

Registro N°: 18559

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 2 días de junio del año dos mil once, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Guillermo J. Yacobucci como Presidente y los doctores Luis M. García y Raúl Ramón Madueño como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara doctora Sol Déboli, a los efectos de resolver en los términos del art. 455 C.P.P.N., en la causa número 13.957 del registro de esta Sala, caratulada “Noble Herrera, Marcela y otro s/ recurso de casación”, el recurso de casación interpuesto contra la resolución de fs. 86/116 del incidente n° 5.477. Comparecieron los recurrentes, doctora Roxana Piña y doctores Alejandro Carrió, Horacio Marcelo Silva e Ignacio Padilla, apoderados de Marcela Noble Herrera y de Felipe Noble Herrera, por la defensa de los imputados Ignacio Fabio Katz, Norma Nélide Teresa Cadoppi y Aldo Rico la Defensora Pública Oficial doctora Laura Beatriz Pollastri, por el Ministerio Público el señor Fiscal General Raúl Omar Plée y el señor fiscal Jorge Auad, por los querellantes Estela Gualdero y Carlos Alberto Miranda su apoderada la doctora Alcira Ríos, con el patrocinio del doctor Pablo Llonto, por la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, también admitida como querellante, su presidenta señora Estela Barnes de Carlotto, y los apoderados de la asociación, doctores Alan Iud y Mariano Gaitán.

Efectuado el sorteo para decidir el orden de votación, resultaron designados para hacerlo en primer término el juez doctor Luis M. García y en segundo y tercer orden los jueces doctores y Guillermo J. Yacobucci y Raúl Ramón Madueño, respectivamente.

El señor juez doctor **Luis M. García** dijo:

-I-

1) Que por auto de 21 de diciembre de 2010 la jueza federal de San

Isidro había resuelto, en cuanto aquí concierne “[...] **III.- HACER LUGAR a la medida de prueba solicitada por la querrela Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, disponiendo así LA EXTRACCIÓN DIRECTA, CON O SIN CONSENTIMIENTO, DE MÍNIMAS MUESTRAS DE SANGRE, SALIVA, PIEL, CABELLO U OTRAS MUESTRAS BIOLÓGICAS pertenecientes en forma indubitada a MARCELA Y FELIPE NOBLE HERRERA, las que resultan necesarias para dar curso al peritaje de poliformismo de ADN con fines identificatorios ordenado en autos[fs. 5461/5462, 6113/6144]. *La diligencia deberá efectuarse según las reglas del saber médico, cuando no fuere de temer perjuicio alguno para la integridad física de los nombrados, según la experiencia común y la opinión del experto a quien habrá de encomendarse la toma de muestras (Cfme. arts. 1, 18, 19, 28, 33 C.N., 218 bis CPPN). [...] V.- CITAR a Marcela y Felipe Noble Herrera para el día jueves 23 de diciembre de 2010 a las 09:00 horas a la sede del Banco Nacional de Datos Genéticos del Hospital General de Agudos Carlos G. Durand, a fin de hacer efectivo lo dispuesto en los puntos resolutivos III y IV, bajo apercibimiento en caso de ausencia injustificada de proceder de conformidad con lo estipulado por el art. 154, primer párrafo, in fine, del CPPN. En dicho marco, y previo a proceder a la debida identificación de las presuntas víctimas y preguntarles en forma separada, si en vista de las actuales circunstancias, han reconsiderado su postura en cuanto a la dación de muestras biológicas, invitándolas a aportarlas en forma libre, voluntaria e informada [...]*” (fs. 8336/8367, cuya copia se agregó a fs. 7/38 del incidente de apelación).**

En virtud de la apelación interpuesta por los apoderados de Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera (fs. 8431/8448), la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, por decisión de 17 de marzo de 2011 dictada en la causa n° 5477 de su registro, resolvió: “CONFIRMAR los puntos dispositivos III y V de la resolución dictada el 21 de diciembre de 2010 en lo que decide y fuera motivo de agravios (confr. 86/116 del incidente de apelación).

2) Contra esta decisión, los abogados apoderados de Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera han interpuesto recurso de casación (fs. 125/161, del incidente de apelación), el cual fue concedido a fs. 163/164.

Pretenden que se deje sin efecto la resolución recurrida, y por

carácter transitivo los puntos dispositivos III y V de la resolución de la jueza federal de fecha 21 de diciembre de 2010, por las razones que más adelante se considerarán.

3) En la audiencia realizada (art. 465 bis C.P.P.N.) han tomado intervención –en ese orden- los doctores Alejandro Carrió, Roxana Piña e Ignacio Padilla, en representación de Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera (en adelante “Los recurrentes”), el señor Fiscal General Raúl Omar Plée y el señor fiscal Jorge Auad, la señora Estela Barnes de Carlotto, y los doctores Alan Iud, Mariano Gaitán, en su carácter de Presidenta y apoderados de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo (en adelante “los representantes de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo”), la doctora Alcira Ríos, apoderada de los querellantes Estela Gualdero y Carlos Alberto Miranda, con el patrocinio del doctor Pablo Llonto (en adelante “los querellantes Gualdero-Miranda”) y la Defensora Oficial que asiste en esta instancia a Ignacio Fabio Katz, Norma Nélide Teresa Cadoppi y Aldo Rico, y de cuyas intervenciones se ha realizado registro de audio (art. 11 de la ley 26.374). No ha comparecido a la audiencia ningún abogado en representación de la imputada Ernestina Herrera de Noble.

Concluida la audiencia quedó el recurso en condiciones de ser resuelto.

-II-

La decisión impugnada no está comprendida entre las enumeradas en el art. 457 C.P.P.N.

Los recurrentes sostienen que sin embargo aquélla debe considerarse una decisión de carácter definitivo -con cita de las sentencias de la Corte Suprema en los casos de Fallos: 313:1113; 318:2518; 326:3758 y 332:1835-, y que es impugnabile por vía del recurso de casación; y que debe considerarse superior tribunal de la causa cuando se trata de garantizar el control de constitucionalidad del art. 31 C.N. en las mismas condiciones en que podría llevarlo a cabo la Corte.

El recurso de casación satisface las condiciones de admisibilidad

pues: **a)** una vez ejecutada de la medida dispuesta por la jueza federal ninguna sentencia podría reparar el agravio que se alega se causa a los recurrentes, que repelen la extracción de su cuerpo de fluidos y tejidos corporales tal como se ha reconocido, antes de ahora, en este mismo caso y en general se reconoce en la jurisprudencia de la Corte Suprema (Fallos: 313:1113, 326:3758, y más recientemente Fallos: 332:1835, “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros”, voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, consid. 3, y sus citas; voto de la jueza Argibay, consid. III.30; voto de la jueza Highton de Nolasco, consid.3, voto del juez Maqueda, consid. 3) y en sentencias de esta Cámara (Sala II, cn° 5565 “Noble Herrera, Marcela y otro s/recurso de casación”, rta: 23/11/2007, reg: 10.959 y Sala I cn° 12.274, “Molinero, Ángel E. y Montero, Alejandro s/recurso de casación”, rta: 08/11/2010, reg: 16.878); **b)** los recurrentes alegan que la decisión judicial que ordena se obtengan de Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera, por vía compulsiva, muestras de sus tejidos o fluidos corporales, con el fin de investigación y comparación de sus patrones genéticos constituye una injerencia en la intimidad que afecta su dignidad, su integridad física y salud psíquica, y sacrifica sus planes de vida de un modo inconciliable con los arts. 19 C.N., 5 CADH, 5 DUDH, 7 PIDCP, por lo que, en la medida en que *prima facie* se ha fundado la existencia de una cuestión federal se aplica la doctrina sentada por la Corte Suprema en Fallos: 328:1108 (“Di Nunzio, Beatriz Herminia”), que ha declarado que “*siempre que se invoquen agravios de naturaleza federal que habiliten la competencia de [la] Corte, por vía extraordinaria en el ámbito de la justicia penal nacional conforme el ordenamiento procesal vigente, estos deben ser tratados previamente por la Cámara Nacional de Casación Penal, en su carácter de tribunal intermedio, constituyéndose de esta manera en tribunal superior de la causa para la justicia nacional en materia penal, a los efectos del art. 14 de la ley 48*” (considerando 13).

En la audiencia los representantes de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo señalaron que la medida ordenada a fs. 5461/5462 en febrero de 2010, conforme a las previsiones de la ley 26.549, era prácticamente idéntica a la que ahora se recurre. Y esa medida había quedado firme.

Así, concluyó que aquella orden que había quedado firme estuvo en condiciones de ser ejecutada, y no se ejecutó porque la jueza intentó obtener

muestras por medios alternativos, para lo cual dispuso la realización de allanamientos, con el fin de secuestrar objetos que pudieran tener células que permitieran obtener un perfil genético. No obstante que la medida anterior ya era ejecutable.

En rigor, los representantes de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo oponen la existencia de preclusión. Sin embargo, la preclusión sólo opera cuando una disposición tomada por el juez y firme no es susceptible de ser modificada por el mismo magistrado; al contrario si se trata de medidas que se ordenan según la discreción del juez a cargo de la instrucción, estas pueden ser dejadas sin efecto incluso de oficio.

De hecho, la decisión de la jueza federal de fs. 5292, 5461 y 6113/6144 implica que modificó su evaluación acerca de la necesidad de la medida de fs. 5461/5462, con arreglo a criterios de subsidiariedad, y que consideró suficientemente idóneo en ese momento recurrir a las vías alternativas que prevé el art. 218 bis párrafo cuarto C.P.P.N. De suerte tal, que sólo cuando se demostró que no era posible realizar la indagación genética a partir de las muestras obtenidas reexaminó la cuestión y dispuso la extracción de mínimas muestras de tejidos y fluidos corporales.

No hay pues obstáculo a la impugnación de la decisión de fs. 86/116.

-III-

Los recurrentes han estructurado su crítica de la decisión de la cámara federal sobre la base de tres abordajes: 1) En la sentencia se dan por probados hechos que no son ciertos, pues Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera no son responsables de la dilación de este proceso; no hay ninguna evidencia seria de contaminación de prueba; 2) se les realizan imputaciones injustificadas sobre una supuesta contaminación de evidencias de la causa; 3) aunque el *a quo* llevase la razón respecto de los puntos anteriores, “*ni siquiera en ese contexto el Estado Argentino puede, a sabiendas, causar un grave daño a personas adultas que ningún delito han cometido*”, y la imposición de contribuir

al esclarecimiento de un delito, por grave que sea, desconoce el principio *pro homine* y afecta la inviolabilidad de la persona.

La complejidad de las cuestiones introducidas en el recurso, y la diversidad de argumentos constitucionales, hace imperioso emprender un abordaje consistente que examine: a) si la medida impugnada constituye una injerencia en los ámbitos de protección constitucional que se invocan, o una limitación del goce de derechos constitucionales u otros derechos humanos, que se dicen afectados por la medida impugnada, y el alcance de la afectación; b) si esa injerencia o limitación tiene base legal, c) si la injerencia o limitación persigue un fin legítimo admitido por la Constitución y los tratados de derechos humanos que la complementan según el art. 75, inc. 22 C.N.; d) si la medida aparece como necesaria en una sociedad democrática y si la restricción o limitación concreta que acarrearía es proporcionada a los fines perseguidos.

Este abordaje debe ser emprendido en el orden propuesto, porque la respuesta negativa a una de las cuestiones tornaría inoficioso el examen de las ulteriores y determinaría el resultado del recurso (vide, *mutatis mutandis*, Corte IDH, caso “*Escher vs. Brasil*”, Serie C., n° 200, sent. de 06/07/2009, § 146).

El orden que aquí propongo, toma en cuenta los “Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (Doc. E/CN.4/1985/4), y sigue el estándar de la más reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de limitación y restricción de derechos humanos (confr. Corte IDH, “*Canese vs. Paraguay*”, Serie C., n° 111, sent. de 31/08/2004, §§ 113/135; “*Tibi vs. Ecuador*”, Serie C., n° 114, 07/09/2004, § 106; “*Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*”, Serie C., n° 125, sent. de 17/06/2005, §§ 144/145; “*Yatama vs. Nicaragua*”, Serie C., n° 127, sent. de 23/06/2005, § 206; “*Acosta Calderón vs. Ecuador*”, Serie C., n° 129, sent. de 24/06/2005, § 74; “*Palamara Iribarne vs. Chile*”, Serie C., n° 135, sent. de 22/11/2005, §§ 197 y 216; “*García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*”, Serie C., n° 137, sent. de 25/11/2005, § 106; “*Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*”, Serie C., n° 140, sent. de 31/01/2006, § 133; “*López Alvarez vs. Honduras*”, Serie C., n° 141, sent. de 01/02/2006, § 67; “*Claude Reyes vs. Chile*”, Serie C., n° 151, sent. de 19/09/2006, §§ 90/91; “*Servellón García vs. Honduras*”, Serie C., n° 152, sent. de

21/09/2006, § 88; “Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs Ecuador”, Serie C., n° 170, sent. de 21/11/2007, § 93; “Pueblo Saramaka vs. Surinam”, Serie C., n° 172, sent. de 28/11/2007, § 127; “Kimel vs. Argentina”, Serie C., n° 177, sent. de 02/05/2008, §§ 51, 56, 58, 70, 74; 83/85; “Bayarri vs. Argentina”, Serie C., n° 187, sent. de 30/10/2008, § 69; “Tristán Donoso vs. Panamá”, Serie C., n° 193, sent. de 27/01/2009, §§ 56; 76 y 116; “Ríos y otros vs. Venezuela”, Serie C., n° 194, sent. de 28/01/2009, § 346; “Perozo vs. Venezuela”, Serie C., n° 195, sent. de 28/01/2009, § 375; “Usón Ramírez vs. Venezuela”, Serie C., n° 207, sent. de 20/11/2009, § 49; “Escher vs. Brasil”, cit., § 129; “Barreto Leiva vs. Venezuela”, Serie C., n° 206, sent. de 17/11/2009, § 55; “Vélez Loor vs. Panamá”, Serie C., n° 218, sent. de 23/11/2010, §§ 166/167).

Este abordaje es pertinente, en la medida en que se disputa la legalidad y legitimidad de medidas dispuestas por una autoridad judicial que no sólo constituyen injerencias en derechos reconocidos y garantizados por la Constitución Nacional, sino también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A este respecto, así como la jurisprudencia de la Corte Suprema (Fallos 318:514; 318:1877; 319:1840; 321:3555; 323:4130; 326:4816), de modo análogo, la Corte IDH ha declarado que *“Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”* (confr. “Gelman vs. Uruguay”, Serie C., N° 221, sent. de 08/03/2011,

§ 193, subrayado agregado, con cita de los casos “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*”, cit., § 124; “*Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*”, Serie C., n° 219, sent. de 24/11/2010, §176, y “*Cabrera García y Montiel Flores*”, Serie C., n° 220, sent. de 26/11/2010, § 225).

El abordaje que aquí adelanto conduce a que los fundamentos de la decisión recurrida, y las críticas que contra ella dirigen los recurrentes sean examinados en el orden propuesto y en cuanto se relacionen con las cuestiones que conciernen a los cuatro pasos de examen.

-IV-

a) Si la medida impugnada constituye una injerencia en los ámbitos de protección constitucional que se invocan.

En sustancia, la medida que viene impugnada tiene por finalidad indagar y determinar la existencia de relaciones de descendencia-ascendencia biológica entre Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera, por un lado y cierto grupo de personas que buscan a sus descendientes o parientes próximos, que habrían sido sustraídos cuando niños, con ocasión de la detención ilegal y desaparición forzada de uno o ambos padres, o que directamente habrían nacido de sus madres, mientras éstas estaban sometidas a una situación de detención ilegal y desaparición forzada.

El conjunto de personas respecto de las cuales se ha dispuesto la comparación de patrones de ADN para la indagación de la relación de descendencia-ascendencia biológica está constituido por: **a)** “los querellantes Gualdero-Miranda”; o **b)** con las personas que, invocando ser o creyéndose familiares de niños desaparecidos o presuntamente nacidos en cautiverio hayan acudido al Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG) y ofrecido y autorizado la conservación de sus muestras de sangre para su comparación en los términos de los arts. 3 y 5 de la ley 23.511 (en adelante “las demás personas que han aportado muestras al BNDG a tenor de los arts. 3 y 5 de la ley 23.511”). Los recurrentes habían formulado su oposición a la comparación con el grupo de personas indicadas en la letra b (confr. fs. 3276/3285 del principal), y mantienen esa oposición.

A los fines de la realización de esa indagación, la jueza federal que

conoce del caso ha dispuesto -en rigor- dos medidas distintas: **1.** la obtención de “*sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas*” (en adelante “obtención de muestras de tejidos y fluidos corporales”), mediante la “extracción directa” esto es, mediante injerencia en los cuerpos de Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera, con o sin su consentimiento. Los interesados no consienten esta injerencia corporal, y esta oposición está en la base de los agravios de los recurrentes; **2.** La investigación genética a fin de establecer patrones de ADN de las muestras obtenidas, y su comparación con los patrones de ADN obtenidos de “los querellantes Gualdero-Miranda” y con los de “las demás personas que han aportado muestras al BNDG a tenor de los arts. 3 y 5 de la ley 23.511”. Si bien se mira, las prácticas clínicas y otras operaciones necesarias para la obtención de las muestras de tejidos y fluidos corporales son instrumentales a la medida de investigación genética mencionada en este último punto.

Corresponde determinar si esas medidas constituyen una injerencia o limitación en alguno de los derechos reconocidos y garantizados por la Constitución Nacional o en los instrumentos internacionales incorporados como complementarios en el art. 75, inc. 22, C.N.

En el recurso de casación los recurrentes han alegado que la medida de obtención de muestras de tejidos y fluidos corporales de Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera se ha decidido “*sin importar sus intereses, su autonomía personal, su dignidad, sus padecimientos, ni los daños a su salud y psiquis que ese aporte ha de aparejarles*”. Argumentan que “*en ese análisis, tampoco importa que ello cree en estas víctimas el terrible dilema de ofrecer elementos de prueba que serán utilizados en contra de quienes les han dado amor y crianza, y no importa cuántas veces se los someta, a lo largo de un proceso penal, a exploraciones en su organismo y ataques a su dignidad*” (fs. 131 vta.).

Según su tesis, se impone “*la dignificación del llamado principio «pro homine», que exige que ningún individuo pueda ser sacrificado en aras de la obtención de un beneficio para otros*” y con cita de doctrina afirma que “*así como*

el asignado contenido a los derechos humanos cuando reconocemos el principio de autonomía de la persona, les atribuimos función específica [...] cuando incorporamos a nuestra concepción moral un principio que refleja el imperativo kantiano de que nadie debe ser usado sólo como un medio, en lugar de ser tratado como un fin en sí mismo. Un principio [...] subyacente a este imperativo es el de la inviolabilidad de la persona, que en su primera formulación establece que ningún individuo puede ser sacrificado por la sola razón de que ello redunde en beneficio de otros individuos, o para alguna entidad supraindividual, como la sociedad en su conjunto, la nación o una clase social” (fs. 132 vta.).

En conexión con el art. 19 C.N. los recurrentes evocan el voto de dos de los jueces de la Corte Suprema que han intervenido en la sentencia del caso de Fallos: 332:1835 (“Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/sustracción de menores de 10 años -causa n° 46/85 A”), en cuanto afirmaron que *“la garantía protegida en el caso de quien, siendo adulto, se niega a una extracción de sangre, es la autonomía en la esfera de la individualidad personal protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea. Esa frontera, construida sobre las bases históricas más memorables de la libertad humana, no puede ser atravesada por el Estado, juzgando cuáles son las intenciones de quien se niega a averiguar su identidad en forma reiterada, siendo adulto y con total discernimiento. No puede haber otro juez que la propia persona afectada con competencia suficiente para juzgar las consecuencias que le acarrearía el esclarecimiento de su propia identidad”* (voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, consid. 15).

Los recurrentes alegan *“violación a las garantías de la dignidad y a la protección de la integridad y salud psíquica”* de sus representados, destacando que sus domicilios fueron allanados, y sus efectos personales y prendas íntimas secuestradas en dos oportunidades diferentes, que la segunda vez se dispuso su requisita personal, que fueron desnudados delante de testigos a fin de obtener sus prendas de vestir íntegras, que fueron objeto de una *“espectacular persecución policial en la vía pública, donde numerosas fuerzas de seguridad hicieron exhibición de armas de fuego”*, evocan que antes de ello *“entregaron*

voluntariamente muestras de sangre para el único examen de histocompatibilidad ordenado a ese momento”, que hay constancia “de la directa intervención de las máximas autoridades del Poder Ejecutivo en el desarrollo de este proceso con menciones, incluso en discursos presidenciales, de la necesidad de develar el mapa genético de [sus] asistidos” (fs. 154 vta./155).

Aducen derecho a la inviolabilidad de la persona, y afectación de la integridad personal, destacando el informe médico psiquiátrico del médico Elías Abdala (fs. 5207/5217) que *“habla concretamente de los daños psíquicos y emocionales que atraviesan las supuestas víctimas de la investigación, al pretender convertírselos en contra de su expresa y reiterada voluntad, expresada de manera clara y concreta, en sujetos pasivos de procedimientos tendientes a cruzar su patrón genético contra todo el grupo de familias que han volcado sus datos en el Banco Nacional de Datos Genéticos”, lo que acarrea “el sacrificio de los planes de vida de dos personas adultas, no imputadas de ningún delito, que enfrentan daños concretos identificados por los profesionales que los han atendido, con clara afectación del principio de la inviolabilidad de la persona reconocido por el art. 18 de la Constitución Nacional”, transcriben el art. 5.1 CADH y señalan que “la integridad física y la psíquica y moral gozan de un mismo grado de protección”, protección cuya consideración –se quejan- ha sido omitida por el *a quo* (fs. 155 vta.).*

También transcriben los recurrentes pasajes de los arts. 7 PIDCP y 12.1 PIDESC (fs. 156), aunque no ofrecen ninguna argumentación concreta dirigida a demostrar el alcance de esas disposiciones y su relación directa con la impugnación de la medida ordenada por la jueza federal.

Arguyen los recurrentes que sus asistidos *“ha sufrido y sufren hasta la actualidad una incansable campaña de verdadera persecución, impulsada por los más altos funcionarios del Estado”* y que *“No hay más que leer los diarios o encender los programas televisivos, **preponderantemente el canal estatal**, para verificar ese horadar constante”*, señalan la difusión y tratamiento que se ha dado

al presente caso relevando las entradas y menciones en el sitio web de Canal 7 de televisión (www.tvpublica.com.ar) y se quejan de *“un verdadero ataque mediático cuya virulencia y efectos psicológicos no puede desconocer ni un lego en la materia”*. Evocando la sentencia de la Corte IDH en el caso *“Loayza Tamayo vs. Perú”* (Serie C., n° 33, sent. de 17/09/1997, cuyo § 57 transcriben), aducen un trato cuyo carácter degradante *“se expresa en un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillar, degradar o romper la resistencia física y moral de la víctima”* reclamando que esos mismos sentimientos merecen protección en el presente caso según el art. 5.1 CADH, a la luz del informe del médico Elías Abdala de 14 de diciembre de 2009. Pretende apoyar sus argumentaciones, además, en las sentencias de la Corte IDH en los casos *“Ximenes Lopes vs. Brasil”* (Serie C., n° 149 sent. de 04/07/2006, de cuyo § 127 transcriben un extracto), *“Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay”* (Serie C., n° 112, sent. de 02/09/2004, de cuyo § 158 transcriben un pasaje) y *“Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”* (Serie C., n° 160, sent. de 25/11/2006, cuyo § 279 parcialmente transcriben).

En cuanto a la afectación de la salud, disputan la argumentación del *a quo* en punto a que la medida de injerencia corporal para la obtención de muestras *“por su insignificancia, no implica daño alguno en su salud”*, o que *“importa una leve e ínfima intrusión respecto de las víctimas”* (con cita del voto del juez Criscuolo), o implica *“una intervención mínima y menor sobre el cuerpo de los apelantes, que en su esencia resulta común y habitual en análisis de rutina”* (por referencia al voto del juez Gurruchaga). Sostiene, apoyándose en la intervención de una diputada en el debate parlamentario en el que se discutió el texto del art. 218 bis CPPN, que *“la extracción compulsiva puede ocasionar un grave daño en la salud, entendiendo que la salud no es sólo el aspecto físico sino también el mental. Poco interesa entonces, que se trate de una pequeña cantidad de sangre la que se extraiga para que el perjuicio se cause y es, precisamente, la persona que merece mayor protección y respeto en el proceso”* (vide fs. 159/159 vta.).

Se agravan así los recurrentes de que *“Ninguno de los principios jurídicos arriba expuestos [...] han sido tenidos en cuenta ni meritados en la resolución [recurrida] a la hora de disponerse la nueva medida compulsiva que, a no dudar, volverá a afectar la integridad y la salud de Marcela y Felipe Noble*

Herrera” (fs. 159 vta.).

A continuación se examinarán separadamente esas alegaciones.

b) La alegada afectación del derecho a la intimidad, la vida privada y la autonomía individual de Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera (arts. 19 C.N. y 11 CADH).

Corresponde examinar si las dos medidas dispuestas, a saber, la obtención de muestras de tejidos y fluidos corporales y la investigación de laboratorio para la identificación de patrones genéticos de Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera constituyen injerencias en la intimidad, y el derecho a la vida privada.

1) El concepto jurídico de vida privada, su complejidad y carácter multiforme.

Constituye ya un lugar común y aparece pleno de sentido, evocar que la Corte Suprema ha declarado que el fundamento constitucional del “*derecho a la privacidad e intimidad [...] se encuentra en el art. 19 de la Constitución Nacional*”. La Corte Suprema ha declarado que el art. 19 C.N. “*En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la*

intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen” (Fallos: 306:1892 “Ponzetti de Balbín, Indalia vs. Editorial Atlántida S.A.”, consid. 8).

En cuanto aquí interesa, según la sintética expresión de la Corte, los derechos de intimidad y de la vida privada son comprendidos como protección jurídica de un “*ámbito de autonomía individual*”; ese ámbito es complejo y requiere la protección contra las injerencias no consentidas “*en la vida privada de una persona ni [...] áreas de actividad no destinadas a ser difundidas*”. Ese ámbito o esfera de inmunidad jurídica comprende “*sentimientos*”, “*relaciones familiares*”, y “*otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal*”. Según el pasaje transcrito, el derecho a estar libre de injerencias en la intimidad o la vida privada no es absoluto, y puede ser objeto de restricciones cuando se persiguen ciertas finalidades legítimas. Así la Corte ha dejado a salvo que, a falta de consentimiento del interesado “*sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen*”.

No entiendo necesario examinar aquí la línea divisoria entre vida privada e intimidad, pues en todo caso, los recurrentes han invocado el derecho al respeto de ambas esferas.

El art. 11 CADH, declara: “**1.** *Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques*”.

Al interpretar esta disposición la Corte IDH ha tomado nota de que esta disposición incluye, entre otras, la protección de la vida privada, y ha declarado que “el concepto de vida privada es un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas, pero que comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos”, en ocasión de considerar que “*la violación sexual de la señora*

Rosendo Cantú vulneró valores y aspectos esenciales de su vida privada, supuso una intromisión en su vida sexual y anuló su derecho a tomar libremente las decisiones respecto con quien tener relaciones sexuales, perdiendo de forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas, y sobre las funciones corporales básicas” (confr. caso “*Fernández Ortega y otros vs. México*”, Serie C., n° 215; 30/08/2010, § 129; y tb. textualmente en “*Rosendo Cantú y otra vs. México*”, Serie C., n° 216; 31/08/2010, § 119, con cita de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [en adelante TEDH] en los casos “*Niemietz vs. Alemania*” § 29, y “*Peck vs. Reino Unido*”, § 57). Asimismo, en el caso citado en primer término, la Corte IDH ha declarado que “*la protección de la vida privada, la vida familiar y el domicilio implica el reconocimiento de que existe un ámbito personal que debe estar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública [...]*” (confr. caso “*Fernández Ortega y otros vs. México*”, cit., § 157).

Si bien el caso citado concernía a un atentado contra la libertad sexual, de la sentencia de la Corte IDH se extrae que, aunque los ámbitos protegidos por art. el 11 CADH no son susceptibles de ser definidos de modo exhaustivo, el concepto jurídico de vida privada comprende un ámbito de autonomía individual entendido como “*derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos*”, o “*derecho a tomar libremente las decisiones*”, o derecho al “*control sobre las decisiones más personales e íntimas*”.

Esta concepción reconoce su fuente en la jurisprudencia que el TEDH ha desarrollado en torno al art. 8 de la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre (en adelante CEDH), y así surge claramente de las sentencias citadas por la Corte IDH. En particular, relevo que el TEDH ha declarado que “*La Corte no estima posible ni necesario intentar definir de manera exhaustiva la noción de "vida privada". Sería en cualquier caso*

demasiado restrictivo limitarla a un "círculo íntimo" donde cada uno pueda conducir su vida personal a su gusto y excluir enteramente el mundo exterior de este círculo. El respeto de la vida privada debe también englobar, en cierta medida, el derecho del individuo de anudar y desarrollar relaciones con sus semejantes" (TEDH, "*Niemietz vs. Alemania*", petición 13710/88, publ. *Arrêts et Décisions*, vol. 251-B, sent. de 23/11/1992, § 29, traducción no oficial).

A su vez, en la otra decisión citada por la Corte IDH, el TEDH ha declarado "*Vida privada es un concepto amplio no susceptible de una definición exhaustiva. El Tribunal ya ha sostenido que elementos tales como identificación por género, nombre, orientación sexual y vida sexual son elementos importantes para la esfera personal protegida por el artículo 8. El Artículo también protege el derecho a la identidad y al desarrollo personal, y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior y puede incluir actividades de naturaleza profesional o de negocios. Existe, pues, una zona de interacción de una persona con otras, aún en un contexto público, que puede caer en el ámbito de la "vida privada" [...]*" (TEDH, "*Peck vs. Reino Unido*", petición 44647/98, sent. de 28/01/2003, § 57, traducción no oficial).

De las citas de jurisprudencia de la Corte IDH destaco particularmente que como ámbito de autonomía individual la vida privada comprende el derecho al nombre, a la identidad, al desarrollo personal y a establecer relaciones con otros. También comprende el derecho al respeto de la vida familiar establecida, aunque no se funde en relaciones de parentesco (art. 11.2 CADH, 17 PIDCP), lo que exige que la vida familiar esté libre de interferencias injustificadas (véase p. ej. el caso de Fallos: 324:2895, "*Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A. s/ daños y perjuicios*", consid. 10 de la mayoría, tb. consid. 9 del voto del juez Vázquez).

Observo también que en el caso de Fallos: 332:1835 los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, han declarado expresamente que las medidas compulsivas para la recolección de fluido sanguíneo constituyen una afectación a la "*privacidad y autonomía de la voluntad*" de la presunta víctima, o de "*la autonomía de la voluntad de la presunta víctima secuestrada*" ("*Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros*", voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, consid. 10), sin desarrollar cuál es el aspecto de la vida privada

afectado, más allá de las referencias a la libertad para configurar los propios planes de vida.

Se intentará a continuación una concreción de la naturaleza de las alegadas afectaciones a la vida privada y autonomía personal, teniendo en cuenta el carácter complejo del concepto de vida privada. El examen se restringirá a las alegaciones de los recurrentes y no agotará otras posibles afectaciones a la vida privada.

2) El derecho a disponer del propio cuerpo

En el primer caso en el que la Corte Suprema se ha visto llamada a examinar una orden de injerencia corporal para la extracción de fluidos sanguíneos, ese Tribunal ha declarado que *“es indiscutible que someter a un menor de edad, que no es víctima del hecho de la causa, y al que no se le imputa acto antijurídico alguno, a una extracción compulsiva de sangre, vale decir, a una prueba que presupone ejercer cierto grado de violencia, por mínima que sea, sobre su cuerpo, invade su esfera íntima, restringe su libertad en cuanto más tiene ella de esencial, esto es, la disponibilidad del propio cuerpo [...]”* (Fallos: 313:1113, “Müller”). Esa interpretación del alcance del art. 19 C.N. ha sido reiterada posteriormente en el caso de Fallos: 316:479 (“Bahamondez, Marcelo”), en el que se trataba de decidir si una transfusión sanguínea no consentida afectaba aquella disposición (confr. voto de los jueces Barra y Fayt, consid. 11, voto de los jueces Belluscio y Petracchi, consid. 9).

Está fuera de duda que una recolección de tejidos o fluidos corporales, separándolos del cuerpo de una persona que no lo consiente, y realizada mediante amenaza o ejercicio actual de coerción, constituye una injerencia en un ámbito de autonomía protegido por el art. 19 C.N.

En sentido concordante, en el caso de Fallos: 332:1835 (“Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros”), la jueza Argibay coincidió en que existe una protección constitucional al derecho a disponer del propio cuerpo

aunque lo ha ubicado en otra disposición constitucional. Afirmó que la situación considerada “–no querer someterse a un examen de sangre que tiene por finalidad extraer un dato que surge del propio cuerpo- parece estar más vinculada con la «vida privada» protegida por el artículo 18 de la Ley Suprema y por diversas normas de pactos internacionales con rango constitucional que resguardan a los individuos de las injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada” (consid. IV.3, con cita de los arts. 12 DUDH, 11.2 CADH, 17 PIDCP), concluyendo que debe analogarse la protección de la vida privada y familiar a la protección que el art. 18 concede al domicilio y la correspondencia y los papeles privados, expresando que el concepto de vida privada “deberá ser precisado por los jueces, a quienes corresponde examinar qué intereses individuales merecen razonablemente incluirse en aquél concepto” (ibídem). Según ese voto, “es difícil concebir algo más «privado» que el propio cuerpo [...] el derecho de cada persona a excluir interferencias o invasiones de terceros en su cuerpo es un componente necesario de la vida privada en la que rige el principio de autonomía personal, por lo que este ámbito debe entenderse incluido dentro del concepto de "vida privada" contenido en las normas internacionales citadas y, por consiguiente, compartir, como mínimo, la misma expectativa de reserva que los lugares expresamente mencionados en el texto del artículo 18 de la Constitución Nacional” (ibídem).

Lo que se dice, rige para la medida de recolección, no se extiende sin embargo a la investigación biológica de los tejidos una vez que están o han sido separados ya del cuerpo, pues esa investigación no afecta la disposición del propio cuerpo.

3) *La afectación de la autonomía individual en conexión con un alegado derecho a abstenerse de toda cooperación a la incriminación a parientes o a personas a las que se deba especial gratitud y la afectación de los sentimientos personales.*

Los sentimientos personales están comprendidos en el campo de protección del art. 19 C.N., según lo declarado en el caso de Fallos: 306: 1892 (“Ponzetti de Balbín, Indalia”) y el respeto de los sentimientos es inescindible de la garantía de un ámbito de autonomía personal. Las relaciones de vida con otras

personas, y en particular, las que caen bajo el campo de la vida familiar, no pueden ser separadas de los lazos de solidaridad y afecto, y los sentimientos que son inherentes a ellos.

Una medida que dispone una extracción de tejidos o fluidos corporales, aun sin consentimiento del afectado, no implica en sí misma, ni en cualquier caso, una interferencia en los sentimientos en relación con la vida familiar.

Sin embargo, cuando la medida de recolección es meramente instrumental a la finalidad de realizar análisis biológicos cuyo resultado podría ser usado como prueba de cargo contra alguna persona con la que se ha establecido una relación de vida familiar y lazos de afecto y solidaridad, ello puede constituir una interferencia en los afectos y los sentimientos, y ser fuente de sufrimiento psíquico, por ejemplo, ansiedad, angustia, temor o culpa, o motivo para el planteamiento de un dilema moral.

La cuestión había sido planteada en el caso de Fallos: 326:3758 (“Vázquez Ferrá, Evelin Karina”), y abordada por varios de los jueces que intervinieron, aunque no con idéntico alcance.

Así se expresó que *“Forzar [a la afectada] a admitir el examen de sangre resultaría, pues, violatorio de respetables sentimientos y, consecuentemente, del derecho a la intimidad asegurado por el art. 19 de la Constitución, a más de constituir una verdadera aberración la realización por medio de la fuerza de la extracción a la cual se niega”* (voto de los jueces Belluscio y López, consid. 10). En otro voto se ha examinado el *“humillante trance que acarrearía ser sometida a una extracción de sangre por la fuerza, con la certeza de que el resultado de dicha práctica podrá ser utilizado en perjuicio de quienes está eximida de aportar declaraciones y otras pruebas en su contra”* (voto del juez Vázquez, consid. 29).

Mientras que esos tres votos sugerirían una inmunidad absoluta, otros jueces han declarado la existencia de una injerencia en un ámbito de protección

constitucional, aunque en términos menos absolutos. Así han señalado que *“no es posible afirmar sin más aditamentos que la extracción de sangre ordenada no constituye una práctica humillante ni degradante, pues ello significaría hacer a un lado que, además del cuerpo, se está produciendo una invasión en el ámbito íntimo de los lazos afectivos de la recurrente”*. (Fallos: 326:3758, “Vázquez Ferrá, Evelin Karina”, voto de los jueces Petracchi y Moliné O’Connor, consid. 27). Sin embargo, estos jueces declararon que un derecho de la presunta víctima a abstenerse o negar toda clase de cooperación a la incriminación respecto del presunto pariente o respecto de la persona a la que se guarda especial gratitud no surge directamente de la Constitución Nacional (considerando 20), aunque tomaron nota de ciertas disposiciones procesales que prohíben las declaraciones de cargo respecto de ciertos parientes, o que reconocen un derecho de abstención. En ese voto, no se ha afirmado que *“al juzgar la proporcionalidad de la injerencia que la medida en cuestión significa se debe computar que ella debería ser realizada sobre una persona a la que, por la fuerza, se la estaría obligando a ser quien, en definitiva, aporte pruebas para que se pueda llegar a la condena de aquellos a quienes su conciencia le indica que debe proteger”* (considerando 27). En el mismo caso, el juez Fayt ha adherido en todos sus términos al voto de los jueces Petracchi y Moliné O’Connor, sin perjuicio de la exhortación adicional que consideró necesario realizar.

En el caso de Fallos: 332:1835 (“Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros”), los jueces Fayt y Petracchi se han remitido a sus respectivos votos en el caso “Vázquez Ferrá, Evelin Karina”.

La afirmación de que no puede inferirse directamente de la Constitución Nacional un derecho a abstenerse a la cooperación para la incriminación de parientes próximos, personas con las que se mantienen relaciones de vida familiar, o se guardan especiales lazos de afecto o gratitud surge con claridad de la opinión de los jueces Petracchi y Moliné O’Connor, y del voto adherente del juez Fayt en el caso “Vázquez Ferrá”, lo que insinúa que más allá de la protección de mera raigambre legal que se conceda, no puede sostenerse una inmunidad absoluta de raíz constitucional. También la jueza Argibay, al votar en “Gualtieri, Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros” ha declarado coincidir con la doctrina de “Vázquez Ferrá, Evelin Karina”, en cuanto la extracción de

sangre compulsiva impuesta a “*a una persona mayor de edad y presunta víctima de los mismos delitos que aquí se juzgan a someterse a la extracción de sangre [...] implica una invasión a la esfera de intimidad del individuo (artículo 19 de la Constitución Nacional), dentro de la cual se encuentran los sentimientos hacia las personas a las que se debe especial gratitud y a las que no se desea perjudicar*” (consid. IV.2). Los términos en los que se ha expresado esta jueza no dan lugar, sin embargo, a entender que existe una inmunidad absoluta contra interferencias en esa esfera de intimidad del individuo.

Más adelante se volverá sobre el punto, al momento de examinar si existe una inmunidad de carácter legal que proteja este aspecto de la vida privada, prohibiendo la extracción no consentida de tejidos o fluidos corporales sobre personas que guarden relaciones de parentesco próximo con el imputado, o mantengan con éste una vida familiar, o lazos de afecto, solidaridad o gratitud.

Aquí basta con señalar que tales medidas constituyen una injerencia en la autonomía personal en conexión con los sentimientos, comprendidos en el art. 19 C.N.

4) El derecho a respeto de la vida privada-incluida la autonomía individual- no es un derecho absoluto y puede ser objeto de restricciones o injerencias.

Tal axioma se desprende de los arts. 19 y 28 C.N., y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El art. 19, segunda frase, lleva ínsita la posibilidad de establecer por ley limitaciones a la autonomía individual y a los derechos en general, incluido el derecho a la vida privada, y el art. 28 C.N. manda que “*Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*”. La idea de limitación en el ejercicio de los derechos es inherente a la de reglamentación.

La sentencia del caso de Fallos: 306:1892, que ha definido el alcance

de la protección del art. 19 C.N. ha declarado que “*nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen*” (Fallos: “Ponzetti de Balbín, Indalia vs. Editorial Atlántida S.A.”, consid. 8, subrayado agregado). No se trata pues de un derecho absoluto, pues es susceptible de restricción o limitación sin consentimiento del afectado o de quienes están autorizados a darlo por él bajo condición de que la restricción esté prevista en la ley y se justifique por alguno de los fines que allí se indican.

El derecho al respeto de la vida privada tampoco es un derecho absoluto en el art. 11 CADH, de cuyo texto transpira que nadie puede ser objeto de injerencias “abusivas o arbitrarias” en la vida privada, cuyo art. 30 establece además las condiciones adicionales para la restricción.

Según lo ha declarado la Corte IDH, “*El derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática*” (confr. “*Tristán Donoso vs. Panamá*”, Serie C., n° 193, sent. de 27/01/2009, § 56; “*Escher vs. Brasil*”, cit, § 116).

c) El almacenamiento en un banco de datos, para un uso posterior, como injerencia en la vida privada.

Los recurrentes han insinuado que la afectación a la vida privada y la intimidad se vería afectada por el hecho de que las muestras y los perfiles genéticos fuese incorporados a un banco de datos que no ofrecía suficientes salvaguardas contra un uso y difusión indiscriminados.

Ciertos actos de coerción o de recolección de informaciones pueden constituir afectaciones a la vida privada en el sentido examinado en las letras anteriores.

Pero también el uso que se haga de esas informaciones, su

divulgación, o su conservación y almacenamiento para un uso posterior también pueden constituir una injerencia en la vida privada independiente de los actos de recolección y uso anteriores, que exigen una consideración diferenciada.

Así, por ejemplo, la Corte IDH, en el marco de medidas de vigilancia de conversaciones sostenidas por vía telefónica, conversaciones que ha declarado caen bajo el campo de protección del art. 11 CADH, ha hecho un examen diferenciado entre los actos de recolección (interceptación y grabación de una comunicación telefónica) y los actos posteriores de divulgación de su contenido, señalando que tanto los primeros, como la divulgación, constituían interferencias diferenciables en la vida privada (confr. Corte IDH, caso “*Tristán Donoso vs. Panamá*”, cit., §§ 58 68, 69, 76; caso “*Escher vs. Brasil*”, cit., §§ 86 y 158), y ha declarado que también la divulgación constituye una injerencia en la vida privada que debe cumplir con los requisitos de reserva legal, finalidad legítima y ser idónea, necesaria y proporcional (confr. Corte IDH, caso “*Tristán Donoso vs. Panamá*”, cit., § 76; “*Escher vs. Brasil*”, cit., § 159).

La conservación de datos personales que caen bajo la protección de la vida privada, o su almacenamiento en un banco de datos personales, puede constituir también una injerencia en la vida privada independiente de los actos de recolección de esos datos personales, y de su uso en un proceso. El Comité de Derechos Humanos ha declarado que “*La recopilación y el registro de información personal en computadoras, bancos de datos y otros dispositivos, tanto por las autoridades públicas como por las particulares o entidades privadas, deben estar reglamentadas por la ley. Los Estados deben adoptar medidas eficaces para velar por que la información relativa a la vida privada de una persona no caiga en manos de personas no autorizadas por la ley para recibirla, elaborarla y emplearla y por que nunca se la utilice para fines incompatibles con el Pacto. Para que la protección de la vida privada sea lo más eficaz posible, toda persona debe tener el derecho de verificar si hay datos personales suyos almacenados en archivos automáticos de datos y, en caso*

afirmativo, de obtener información inteligible sobre cuáles son esos datos y con qué fin se han almacenado. Asimismo, toda persona debe poder verificar qué autoridades públicas o que particulares u organismos privados controlan o pueden controlar esos archivos. Si esos archivos contienen datos personales incorrectos o se han compilado o elaborado en contravención de las disposiciones legales, toda persona debe tener derecho a pedir su rectificación o eliminación” (HRC, Observación General n° 16, “Derecho al respeto a la vida privada, la familia, el domicilio y la correspondencia y protección de la honra y reputación (art. 17)”, 32° período de sesiones, 1988).

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre la base de una consideración diferenciada, ha declarado que *“la memorización [conservación] de datos relativos a la vida privada de un individuo entra en el campo de aplicación del art. 8.1”* (TEDH, caso “Leander vs. Suecia”, Serie A, n° 116, 26/03/1987, § 48). También ha entendido que la creación de un fichero o archivo y su conservación en un archivo organizado, con datos relativos a la vida privada, cae dentro del campo del art. 8 de la CEDH (TEDH, Gran Cámara, caso “Amann vs. Suiza”, petición n° 27.798/95, sent. de 16/02/2000, §§ 69, 70), que necesita de una justificación independiente conforme al principio de reserva legal y al escrutinio de necesidad en una sociedad democrática (ibídem, §§ 71 y ss.). A este respecto, el uso ulterior de la información ya almacenada es indiferente para la calificación del mero almacenamiento como interferencia en la vida privada (ibídem, § 69).

También ha declarado que las huellas digitales, perfiles de ADN y muestras celulares constituyen datos personales en tanto se relacionan con individuos identificados o identificables (TEDH, Gran Cámara, caso “S. y Marper vs. Reino Unido”, peticiones nros. 30.562/04 y 30566/04, sent. de 04/12/2008, § 68), que la conservación sistemática en un banco de datos de muestras celulares y perfiles de ADN constituye una injerencia en la vida privada (ibídem, §§ 70 y 77), y en particular que *“la capacidad de los perfiles de ADN para proveer medios de identificar relaciones genéticas entre individuos [...] es en sí misma suficiente para concluir que su conservación interfiere con el derecho a la vida privada de los individuos afectados”* (ibídem, § 75). Sostuvo el TEDH también que *“aunque, al decidir sobre la cuestión de su justificación, pueda ser necesario distinguir*

entre la toma, uso y conservación de las huellas digitales, por un lado, y muestras y perfiles, por el otro, la conservación de huellas digitales constituye una interferencia con el derecho al respeto de la vida privada” (ibídem, § 86). En lo concerniente a la conservación de muestras y perfiles de ADN el TEDH ha declarado que tales medidas de conservación deben estar previstas en la ley (ibídem, § 95) perseguir una finalidad legítima (ibídem, § 100) y ser necesarias en una sociedad democrática, en el sentido de responder a una necesidad social imperiosa (ibídem, §101). Según el TEDH, la ley doméstica debe proveer garantías apropiadas para evitar cualquier uso de tales datos personales de modo inconsistente con las garantías del art. 8 CEDH (ibídem, § 103), entre ellas, en particular, en cuanto a las posibilidades para hacer remover los datos de la base de datos, o para hacerlos destruir u ofrecer una revisión independiente de la justificación de la conservación (ibídem, § 119). En el escrutinio de estos requisitos, se impone un examen de proporcionalidad (ibídem, § 125).

A la luz de esas consideraciones, debe admitirse que si una vez recogidas muestras de tejidos y fluidos mediante extracción directa a Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera, y obtenidos los perfiles de ADN, las muestras y los perfiles fuesen incorporados al Banco Nacional de Datos Genéticos creado por ley 23.511 y regulado por ley 26.548, esa conservación constituiría una injerencia en la vida privada de los afectados, cuya compatibilidad con la Constitución y con el art. 11 CADH debería ser sometida a un escrutinio independiente de legalidad, finalidad legítima, necesidad y proporcionalidad.

Ahora bien, en este aspecto los recurrentes han introducido una argumentación que no tiene ninguna relación directa con la existencia de un agravio actual, sino meramente conjetural.

La ley 26.548 crea un Archivo Nacional de Datos Genéticos que *“contendrá la información genética de los familiares de los hijos o hijas de personas desaparecidas, así como la de aquellas personas que pudieran ser las víctimas directas”*.

Ahora bien, la ley que regula la actividad del BNDG no establece que toda muestra analizada y todo perfil de ADN obtenido por ese BNDG deban necesariamente ser ingresadas al Archivo Nacional de Datos Genéticos que la ley organiza. Al contrario, la ley distingue entre: a) las muestras que se incorporen a solicitud de “*cualquier familiar directo de personas desaparecidas o presuntamente nacidas en cautiverio*” (art. 6, párrafo primero, en función del art. 5), o los resultados obtenidos a solicitud de los familiares que residen en el extranjero (art. 3); y b) “*la información genética de aquellas personas cuyas muestras hayan sido remitidas al Banco Nacional de Datos Genéticos a través de una causa judicial*” (art. 6, párrafo tercero).

Si bien se mira, en el segundo supuesto, el art. 6 impone una decisión judicial, en una causa concreta, que ordene la remisión de las muestras al BNDG.

Ahora bien, en la decisión recurrida no se ha ordenado que las muestras a obtener por el BNDG en cumplimiento de ella, ni que los resultados del análisis de esas muestras a los fines de obtener los patrones de ADN aptos para su identificación, sean integradas al Banco Nacional de Datos Genéticos.

De tal suerte, no hay agravio actual que esta Sala deba considerar, de modo que es inoficioso el examen de las salvaguardas que la ley establece para la conservación las muestras y patrones de ADN.

d) La medida ordenada y la alegada afectación del derecho a la integridad física de Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera (art. 5.1 CADH).

La Constitución Nacional no enuncia expresamente el derecho, pero se infiere del art. 33 C.N. Además, el art. 5.1 CADH, que complementa la primera parte de la Constitución (arg. art. 75, inc. 22, C.N.), declara que “*Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*”.

Una medida de investigación que dispone el examen de muestras biológicas con fines de comparación e identificación no afecta de modo alguno la integridad física. En cambio, debe examinarse si las prácticas que se realizan sobre el cuerpo de una persona a fin de recolectar las muestras sobre las que se practicará el análisis y comparación constituyen una injerencia en el derecho a la integridad física protegido por las disposiciones mencionadas en el párrafo

anterior.

A priori, la cuestión no puede ser contestada pues la respuesta depende de la naturaleza de la práctica, su mayor o menor carácter invasivo, las precauciones y cuidados con los que se realiza, y su carácter más o menos riesgoso para la salud de aquél sobre quien se practica.

La medida dispuesta por la jueza federal, y confirmada por la cámara de apelaciones, que viene impugnada por los recurrentes, consiste en “*la extracción directa, con o sin consentimiento, de mínimas muestras de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas pertenecientes [...] a Marcela y Felipe Noble Herrera*”. La jueza había dispuesto que la extracción “*deberá efectuarse según las reglas del saber médico, cuando no fuere de temer perjuicio alguno para la integridad física de los nombrados, según la experiencia común y la opinión del experto a quien habrá de encomendarse la toma de muestras*”.

A fin de establecer si una toma de muestras de esa naturaleza constituye una injerencia en la integridad física, dos abordajes son posibles: a) no entran en el campo del art. 5.1 las intervenciones insignificantes o mínimas en la medida en que no afectan de modo relevante la estructura corporal, ni interfieren en las funciones corporales, ni constituyen algún riesgo para la salud o integridad física; b) toda intervención corporal es una intervención en la integridad física, que sólo puede estar justificada si es mínima, no compromete la salud y persigue una finalidad legítima y no desproporcionada.

El primero parece ser el abordaje seguido por los jueces Lorenzetti y Zaffaroni en el caso de Fallos: 332:1835 (“Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros”), quienes han descartado que la orden de extracción compulsiva de sangre emitida en aquel caso afectase la integridad física de las presuntas víctimas (consid. 10), y han declarado que “*no es jurídicamente relevante plantear un conflicto de derechos, invocando el de la presunta víctima secuestrada a preservar su integridad física, porque es insignificante, tanto la extracción como la cantidad de torrente sanguíneo a extraer*” (consid. 14). También aparenta

compartir este abordaje el juez Maqueda, en el mismo caso, en cuanto declaró que “[...] *la extracción compulsiva de sangre en las condiciones del presente proceso no se revela como una medida que afecte los derechos invocados por la apelante al existir indicios suficientes que justifiquen la adopción de medidas propias del proceso de investigación penal y que suponen una intrusión mínima en el cuerpo de la víctima con intervención de personal médico, en condiciones de asepsia e higiene y siempre que no se invoquen serias y comprobadas razones de salud que obstaculicen la adopción de la medida*” (consid. 22). Sin embargo, como se verá, también se alineó con el segundo abordaje.

El segundo abordaje había sido seguido inicialmente en minoría por dos jueces de la Corte en el caso Fallos: 318:2481 (“C., J. A.”, voto en disidencia de los jueces Fayt y Petracchi) y más tarde por la Corte Suprema en el caso de Fallos: 318:2518 (“H., G. S.”), en cuanto aquí había declarado que tal clase de intervenciones “*no representa riesgo alguno para la salud de la afectada, ni constituye una práctica humillante o degradante la medida sólo ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen*” (consid. 10).

En términos análogos se han pronunciado según este abordaje varios jueces de la Corte. Así, en el juez Maqueda, en la sentencia de Fallos: 326:3758 (“Vázquez Ferrá, Evelin”, voto disidente, consid. 28) y en la sentencia de Fallos: 332:1835 (“Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros”, voto disidente, consid. 35), en al expresar que “*no se observa afectación de derechos fundamentales, como la vida, la salud, o la integridad psicofísica, por la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ya que ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, de la defensa de la sociedad y la persecución del crimen*”. También lo ha hecho en igual sentido la jueza Highton de Nolasco, en el segundo de los casos citados (consid. 15).

Según se adopte uno u otro abordaje el escrutinio de constitucionalidad de la medida es más o menos amplio. Pues si por definición la insignificancia de la medida no constituye una injerencia en el campo del art. 5.1

CADH, no cabe entonces examinar su base legal, ni abordar consideraciones de proporcionalidad en sentido estricto.

La medida que aquí viene impugnada ofrece varias alternativas de recolección que no tienen todas, la misma incidencia sobre el cuerpo.

La recolección de cabellos y de saliva de la cavidad bucal, no constituye alteración alguna de la integridad física, ni involucra riesgos para la salud cuando se practican según el *ars* médico. Si la recolección de piel se practica por un método de descamación, tampoco aparece ningún riesgo apreciable. Estas prácticas, pues, no afectan la integridad física.

En cambio, cuando la piel se recoge por métodos que implican ablación del tejido de la piel, o cuando se extrae sangre del sistema circulatorio, por mínima que sea es inevitable la realización de cierta ruptura de la estructura corporal. Aquí, nuevamente, la práctica es insignificante salvo que circunstancias concurrentes hagan riesgosa para la integridad corporal o para la salud física.

La jueza ha ordenado la realización de la medida dejando un cierto margen de elección al experto, indicándole que *“deberá efectuarse según las reglas del saber médico, cuando no fuere de temer perjuicio alguno para la integridad física de los nombrados, según la experiencia común y [su] opinión”*. De tal suerte, subordinada la elección al criterio del experto según la orden, no es forzosa la toma de muestras de sangre o de piel mediante ablación, sino que esta es una de las posibles vías autorizadas por la jueza entre las otras que no afectan la integridad física. Los recurrentes no alegan que ninguna de las medidas ordenadas constituyan una afectación de su integridad física, sino psíquica. Esto es objeto de tratamiento en el punto siguiente.

e) La medida ordenada y la alegada afectación del derecho a la integridad psíquica de Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera (art. 5.1 CADH).

El derecho al respeto de la integridad psíquica tiene la misma fuente constitucional que el de la integridad física.

Los recurrentes han alegado que en el caso las medidas dispuestas afectan la salud psíquica de Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera y en consecuencia constituyen una lesión a su integridad psíquica. Se quejan de que el *a quo* ha omitido toda consideración de este punto.

La naturaleza de la afectación que alegan es un tanto confusa.

Por un lado se apoyan en un informe del médico psiquiatra Elías Abdala (agregado a fs. 5207/5217), sobre *“los daños psíquicos y emocionales que atraviesan las supuestas víctimas de la investigación, al pretender convertírseles en contra de su expresa y reiterada voluntad, expresada de manera clara y concreta, en sujetos pasivos de procedimientos tendientes a cruzar su patrón genético contra todo el grupo de familias que han volcado sus datos en el Banco Nacional de Datos Genéticos”*. Se quejan del *“sacrificio de los planes de vida de dos personas adultas, no imputadas de ningún delito, que enfrentan daños concretos identificados por los profesionales que los han atendido, con clara afectación del principio de inviolabilidad de la persona reconocido por el art. 18 de la Constitución Nacional”*. Invocan el art. 5 CADH, en cuanto reconoce el derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral, y en cuanto declara que nadie puede ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Ahora bien, el art. 5 CADH no prohíbe toda actividad estatal que pueda eventualmente acarrear efectos sobre el psiquismo de las personas, que puedan traducirse en reacciones de malestar, desazón, angustia, miedo, o culpa, o en alguna forma de sufrimiento psíquico, sino las actividades estatales directamente enderezadas a provocar el sufrimiento, calificadas como tortura o trato cruel, o las que, sin perseguir ese fin, acarrear degradación de la persona, entendida como humillación o desvalorización de esta cuando alcanza un cierto grado (confr. HARRIS David / O'BOYLE Michael / Bates, Ed. y BUCKLEY Carla, *“Law of the European Convention of Human Rights”*, 2º Ed., Oxford, 2009, p. 92). Constituye un exceso retórico alegar que infringe el art. 5.2 CADH todo acto que produce un dolor psíquico no intencional, o uno que no causa humillación o desvalorización. Si esta tesis fuera correcta, ningún acto de coerción estatal sería compatible con la disposición, en la medida en que es inherente a cualquier acto impuesto por el Estado, no consentido por el afectado, alguna medida de

imposición de frustración o dolor psíquico. La pura sensibilidad al acto no consentido no califica al acto como acto incompatible con el respeto de la dignidad humana, o como prohibido por el art. 5.2 CADH.

A este respecto evoco el voto del juez Maqueda en el caso de Fallos: 326:3758 (“Vázquez Ferrá, Evelin Karina”). En ese caso los recurrentes habían alegado la afectación de la integridad psíquica y moral y de la libertad de conciencia que la apelante había atribuido a la compulsión a que aportara prueba *“en contra de los sentimientos de crianza”*. Ese juez expresó que *“la alegación de la actora respecto al supuesto agravio psíquico que supondría el cumplimiento de la medida decretada [...] importa una manifestación que revela una extrema susceptibilidad que no resulta razonable si se tiene en cuenta la ausencia de peligrosidad de ese tipo de medidas cuando son llevadas a cabo por personal médico en un contexto sanitario adecuado. En efecto, el carácter rutinario y usual de este tipo de procedimientos es un aspecto que debe tenerse en cuenta a la hora de descartar las defensas formuladas por la recurrente”* (consid. 31).

Agrego aquí que además de las salvaguardas concebidas para evitar o reducir el dolor físico, o riesgos sanitarios, la calificación de una extracción de tejidos como tortura, acto cruel o degradante no se agota en la falta de consentimiento del afectado, sino en un elemento subjetivo de causar dolor psíquico de modo intencional. A ese efecto, el elemento subjetivo debe ser establecido con arreglo a criterios objetivos, que toman en cuenta la naturaleza del acto a practicar, sus modalidades, y en particular, las salvaguardas para evitar o minimizar ese dolor psíquico.

También pueden concurrir circunstancias subjetivas particulares que hagan temer que la constitución psíquica de quien debe soportar el acto haga temer, con arreglo a criterios objetivos, el riesgo de que se desencadene una enfermedad psíquica.

El informe en el que se apoyan los recurrentes, de fs. 5207/5217, se exploya sobre las consecuencias que el proceso en general, y la recolección de

muestras sin el consentimiento de los aquí afectados, podría tener sobre su psiquismo. Pero va más allá de ello, pues en rigor toda su construcción se asienta en la idea de que *“constituye acoso psicológico [el] daño psíquico que fuerza a un individuo a que tome conciencia de una problemática íntima que no desea conocer”*, de que Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera *“están enfrentando desde hace años situaciones de alto impacto emocional para cualquier persona con un desarrollo psíquico normal, y que tocan cuestiones de base de la personalidad, como lo es el tema de su identidad”*. Según afirma ese dictamen privado, *“El atropello de sus voluntades afecta negativamente sus estados de ánimo ya que los fuerza a renunciar a un derecho propio como es el de elegir conocer o no conocer su origen biológico para ser obligados de manera compulsiva a hacerlo”*, y *“el ataque o el cuestionamiento forzado por terceros sobre la identidad es un factor altamente traumático”*. Se expone también que *“Los cambios son tolerables en la medida que tengan ciertos límites, más allá de los cuales aparecen diferentes grados de dolor psíquico y de angustia vinculada a un forzoso replanteo de la identidad”* y que *“la imposición forzada [...] de su identidad puede producir una fractura en el proceso de construcción de la subjetividad”* y sentencia *“Para la salud mental no resulta beneficioso que se obligue a alguien a ver lo que no quiere ver”*, y destaca la necesidad de atender a sus *“deseos de decidir de manera íntima, personal y silenciosa si quieren o no conocer sus orígenes biológicos”*.

Los pasajes transcritos permiten formular dos tipos de consideraciones. Por un lado las opiniones del perito se refieren a los efectos que pueden causar sobre el psiquismo actos heterónomos que imponen a alguien conocer su origen biológico. No se trata pues de una observación que se ciñe al efecto que podría producir la medida aquí impugnada, sino que alcanza a cualquier indagación de sus perfiles de ADN, con fines de determinar ascendencia biológica o relación biológica próxima con otras personas, sobre la base de coincidencia de perfiles aptos para la identificación. Los efectos de esta indagación no consentida y la develación, sobre los que opina el médico que firma el dictamen, son independientes de que las muestras se obtengan del cuerpo de los afectados sin su consentimiento, o por otras vías, mediante la recolección de objetos que soporten células desprendidas del cuerpo, que les puedan ser

atribuidas. En otros términos, serían efectos de la indagación de la ascendencia biológica contra la voluntad de los afectados, y no efecto de la extracción de muestras de tejidos o fluidos. También se observa que en ese informe no se examina diferenciadamente los casos en los cuales la identidad se ha desarrollado y construido sobre la base de la errada creencia de que la madre de crianza y la madre biológica, de aquellos en los que se conoce el carácter de adoptado y no se desea indagar sobre el origen biológico, en punto a las consecuencias que en el segundo caso podría tener respecto del sentimiento de identidad ya formado.

La segunda consideración que suscita ese informe es que excede la incumbencia médica, pues parte del presupuesto de la existencia de un “*derecho propio como es el de elegir conocer o no su origen biológico*”. Ni siquiera los letrados recurrentes sostienen en esos términos absolutos la existencia de un tal derecho. Derecho que por lo demás no existe en esos términos. Por cierto, la indagación de las relaciones de ascendencia biológica de una persona, o las relaciones colaterales próximas, puede constituir una injerencia en la vida privada y familiar. Sin embargo, el derecho ha estructurado la vida familiar, sobre la base de la ascendencia biológica. No hay un derecho absoluto a decidir si conocer o no conocer la ascendencia biológica en los términos que allí se predica cuando otros podrían invocar, legítimamente, un derecho a conocer si esa persona es o no su descendiente biológico, o si guarda una proximidad biológica colateral con ella.

En todo caso, en el campo de la sustracción de niños, los ascendientes y los colaterales próximos tienen un derecho a indagar las relaciones de ascendencia o proximidad biológica y no hay un derecho de la persona que se presume sustraída a repeler una indagación del origen biológico. Esto será fundamentado más adelante.

El dictamen que han invocado los recurrentes, no ofrece por lo demás puntos de apoyo para temer seriamente que la medida que impugnan crearía concretamente el riesgo de una enfermedad psíquica. A ese respecto el dictamen sólo ofrece opiniones generales sobre el “colapso de la personalidad”, y admite

que “*ni la psiquiatría ni la psicología pueden anticipar con certeza lo que vendrá*” aunque “*sí es válido prever posibles riesgos presentes y consecuencias futuras a partir de ciertos datos objetivos*”. Distinto sería el caso si se aportasen “*serias y comprobadas razones de salud que obstaculicen la adopción de la medida*”. (confr. Fallos: 326:3758, “Vázquez Ferrá, Evelin Karina”, voto del juez Maqueda, consid. 32).

Quedan pues por considerar las observaciones de ese dictamen sobre dos puntos. Por un lado, las referencias a que la medida pueda traer aparejada manifestaciones emocionales negativas, como angustia, pánico, depresión, insomnio, oscilaciones en la autoestima, somatizaciones, o trastornos vinculares. Por el otro, las referencias a que están “*puestos en un brete que no eligieron ni decidieron participar, quedando como testigos de cargo contra su madre*” afirmando que “*las tensiones psíquicas que se generan pueden resultar perjudiciales y producir importantes lesiones emocionales*”. Estas cuestiones, están íntimamente vinculadas con las expuestas en el punto precedente IV, b, 3, por lo que serán retomadas juntamente al examinar la proporcionalidad de la injerencia en los sentimientos.

Más allá de lo dicho hasta aquí, y en otro orden, no puedo pasar por alto cierta inconsistencia en la alegación de los recurrentes. Pues éstos, antes de ahora, han consentido ofrecer voluntariamente muestras de sangre bajo condición de que la comparación se limitase con exclusividad a la indagación de “*nexo biológico con las familias Gualdero-García y Miranda-Lanuscou*” rechazando una comparación con otras personas que han aportado material genético al Banco Nacional de Datos Genéticos (confr. fs. 3276/3285). En otros términos, no ofrecen ningún argumento objetivo para sustentar por qué en ese caso no estaría afectada o en riesgo su integridad psíquica por su eventual cooperación a una eventual prueba de cargo contra su madre de crianza, y si en cambio sí lo estaría si la extracción se realiza con el fin de una comparación más amplia.

No se ha sustanciado, pues, en las circunstancias del caso, que la medida de recolección de muestras de tejidos y fluidos corporales que viene impugnada constituya en este caso concreto una injerencia en la integridad física y psíquica de los afectados, según el alcance que cabe dar al art. 5 CADH.

Todas las demás alegaciones que se han hecho sobre la existencia de

una campaña de persecución impulsada por altos funcionarios del Estado, o desde programas televisivos, en particular del canal estatal, al que asigna un “*ataque mediático cuya virulencia y efectos psicológicos no puede desconocer ni un lego en la materia*” no pueden entrar aquí en consideración. Pues en todo caso, aquí sólo se trata de examinar si la medida concreta impugnada constituye una injerencia en la integridad psíquica de los afectados en el sentido del art. 5 CADH. Este proceso no es el lugar para examinar si otros actos atribuidos por los recurrentes a autoridades estatales pudiesen eventualmente constituir afectaciones ilegítimas a los derechos de Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera, y en su caso para proveerles de remedio contra esas afectaciones.

f) La falacia de distinguir entre adultos y niños

Los recurrentes reiteradamente han destacado que para decidir el presente caso no puede omitirse considerar que se trata de medidas dispuestas de personas adultas, que gozan del derecho de desarrollar sus planes de vida de modo autónomo, y no de niños.

Esta diferencia ha sido resaltada por la Corte Suprema a partir de la decisión de Fallos: 326:3758, (“Vázquez Ferrá, Evelin Karina”), y también tomada en cuenta en el caso de Fallos: 332:1835, (“Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros”).

Por cierto, ello tiene relevancia en cuanto se encuentran en cuestión los deberes que tiene el Estado, respecto de niños, de ofrecer especiales medidas de protección, y en particular de asegurar su derecho a la identidad y a preservar las relaciones familiares (art. 8 CDN) y el derecho –en la medida de lo posible- a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7 CDN).

Sin embargo, en los casos anteriores en los que la Corte Suprema había considerado compatible con la Constitución las extracciones de fluidos sanguíneos practicadas sobre niños (p. ej. Fallos: 318:2518 y 319:3370), jamás se abordó la cuestión de la autonomía personal en relación con la protección de la intimidad. En esos casos también las injerencias constituían una intervención

coactiva en el derecho de los niños a disponer de su propio cuerpo, eventualmente también una afectación de los sentimientos y lazos de afecto con quienes los habían criado. Más aún, si fuese aceptable el argumento de que imponer a una persona cooperar en la producción de prueba, en contra de ciertos parientes con los que tiene lazos de afecto constituye un tratamiento cruel, no se advierte entonces por qué dejaría de ser cruel el tratamiento cuando la persona al que se hace cooperar con la incriminación es un menor de edad.

Más aún, si fuese correcta la extensión –bajo la supuesta analogía de finalidad de protección de lazos familiares o de comunidad de vida- de las reglas que establecen prohibiciones probatorias respecto del testimonio de cargo contra parientes, es evidente que esas reglas se aplican por igual respecto de testigos adultos como de testigos menores de edad, porque el código no distingue entre unos y otros (art. 240 C.P.P.N.).

En rigor, si se trata de examinar las múltiples afectaciones a la vida privada, la afectación de los sentimientos y las limitaciones a la autonomía personal, la distinción entre niño y adulto es irrelevante. En esos casos la justificación para las injerencias debe apoyarse –además de la exigencia de legalidad- en criterios de ponderación frente a otros derechos e intereses.

Siempre se impone, pues, un examen de proporcionalidad, porque ni siquiera en estos aspectos, el art. 19 C.N. concede una protección absoluta. Evidentemente, si se trata de un adulto, no entra en consideración en la ponderación un deber estatal de subrogarse en los derechos del adulto en la iniciativa de indagar su ascendencia biológica. El adulto es soberano para decidir si emprender esa indagación. Sin embargo, no tiene exclusividad en la decisión, porque, como se verá, otros derechos o intereses pueden competir con el ejercicio de la autonomía personal del adulto, y conducir a que, pese a los deseos del adulto de que no se emprenda la indagación, esa indagación sea indispensable en protección de intereses de terceros que en el caso concreto prevalecen.

-V-

Examen de la base legal de las medidas recurridas

El principio de reserva legal establecido en el art. 19 C.N. constituye el punto de partida para este examen, en cuanto declara que “*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella*

no prohíbe". Según lo ha declarado la Corte Suprema en el caso de Fallos: 306:1892 ("Ponzetti de Balbín, Indalia vs. Editorial Atlántida S.A.", consid. 8), sólo por ley puede autorizarse una intromisión en la intimidad y la vida privada.

La ley constituye una garantía contra la arbitrariedad y contra el poder ilimitado de los gobernantes.

El principio de reserva de ley del art. 19 C.N. debe ser leído con su complemento, en el caso el art. 30 CADH, que declara que "*Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas*".

La Corte IDH ha interpretado el alcance de esta disposición (confr. Corte IDH, OC-6/86, "*La expresión «leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*", de 09/05/1986), y ha declarado que el artículo 30 se refiere a las restricciones que la propia Convención autoriza a propósito de los distintos derechos y libertades que la misma reconoce (§ 14), que la disposición no puede ser interpretada como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos por la Convención, que se agregaría a las limitaciones permitidas en la regulación particular de cada uno de los derechos, por el contrario, lo que el artículo pretende es imponer una condición adicional para que las restricciones, singularmente autorizadas, sean legítimas (§ 17).

Según la interpretación sentada por la Corte IDH, se requiere una ley en sentido formal, como garantía contra la arbitrariedad, al decir que "*la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley*

adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución” (§ 22). Al requerir que la ley sea emitida por el órgano que ejerce el poder legislativo según el diseño constitucional la Corte IDH ha señalado que “a través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente” (ibídem).

Evoco que, según se ha señalado más arriba, los derechos comprendidos en el art. 11 CADH son derechos susceptibles de restricción, pues esta disposición sólo prohíbe restricciones arbitrarias o abusivas de la vida privada. Como lo ha declarado la Corte IDH en la jurisprudencia citada en el punto IV, se trata de derechos que no son absolutos y su limitación está sujeta a los principios de legalidad, legitimidad y necesidad en una sociedad democrática.

Aunque el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no contiene una disposición análoga al art. 30 CADH, los llamados Principios de Siracusa incluyen la exigencia de reserva legal para la restricción de derechos del Pacto, al declarar que “[...] 5. *Todas las limitaciones a un derecho reconocido por el Pacto serán establecidas por la ley y serán compatibles con los objetivos y propósitos del Pacto*” (confr. “*Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*”, Doc. E/CN.4/1985/4, principio 5), lo que presupone, en primer lugar, que “[...]1. *No se permitirán otras limitaciones o motivos para aplicar estas limitaciones a los derechos garantizados por el Pacto, distintas de las que figuran en las disposiciones del propio Pacto*” (ibídem, principio 1). Del mismo modo que en el art. 11 CADH, en cuanto aquí interesa, los derechos a la vida privada y familiar reconocidos en el art. 17 PIDCP no son absolutos y son susceptibles de restricción bajo condición de reserva legal (arg. “*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, [...]*”).

En lo que concierne al art. 30 CADH, evoco aquí que la Corte IDH ha declarado que “*El primer paso para evaluar si la afectación de un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz de dicho tratado consiste en examinar si la medida cuestionada cumple con el requisito de*

legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales conforme a las cuales se autoriza una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material” (“*Escher vs. Brasil*”, cit., § 130). La exigencia de claridad o precisión es requerida también por los Principios de Siracusa sobre las cláusulas de limitación del PIDCP en cuanto declaran que “17. *Las normas jurídicas que limiten el ejercicio de los derechos humanos serán claras y accesibles a todo el mundo*” (confr. principio 17).

Según la naturaleza e intensidad de la interferencia en la vida privada, será exigible mayor precisión legal. La exigencia de precisión ha sido declarada en varias oportunidades por la Corte IDH, con distinto alcance según el derecho objeto de restricción, y la intensidad o efectos de ésta (“*Yatama vs. Nicaragua*”, Serie C., n° 127, sent. de 23/06/2005, § 206).

Por ejemplo, en materia de restricciones a la vida privada mediante la vigilancia de comunicaciones personales la Corte IDH ha declarado que la ley debe “*indicar reglas claras y detalladas sobre la materia, tales como las circunstancias en que dicha medida puede ser adoptada; las personas autorizadas a solicitarla, a ordenarla y a llevarla a cabo; el procedimiento a seguir, entre otros elementos*” (confr. “*Tristán Donoso vs. Panamá*”, cit., §77 “*Escher vs. Brasil*”, cit., § 131).

Expuesto en términos generales el principio de reserva legal, entiendo adecuado en el caso indagar separadamente la base legal: a) de la orden judicial que dispone la investigación genética a fin de establecer patrones de ADN de muestras obtenidas de Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera, y su comparación con los patrones de ADN obtenidos de “los querellantes Gualdero-Miranda” y con los de “*las demás personas que han aportado muestras al BNDG a tenor de los arts. 3 y 5 de la ley 23.511*”; b) de la orden judicial para que se proceda a la obtención de muestras de tejidos y fluidos corporales mediante “extracción directa” de los cuerpos de Marcela Noble Herrera y Felipe Noble

Herrera, con o sin su consentimiento; y c) la incorporación y conservación en el Banco Nacional de Datos Genéticos de material genético y de informaciones obtenidas a partir de aquel de las personas que se presume o se sospecha podrían haber sido sustraídos, cuando niños, en ocasión de la detención y desaparición forzada de alguno de sus padres o familiares convivientes, o nacidos de su madre mientras estaba sometida a la situación de desaparición forzada.

a) La base legal de las medidas judiciales que disponen la investigación genética con fines de identificación respecto de personas determinadas e identificables.

La base legal de las medidas de investigación y comparación de patrones genéticos está constituida por las disposiciones de los arts. 193, incs. 1, 2 y 3, 199, 206 y 218 bis C.P.P.N., y por los artículos 2, inc. a, 3, inc. c, y 8 de la ley 26.548.

El art. 193 C.P.P.N., declara: “*Finalidad. La instrucción tendrá por objeto: a) Comprobar si existe un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad; 2) Establecer las circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenúen o justifiquen o influyan en la punibilidad; 3) Individualizar a los partícipes [...]*”.

En el caso en que el juez haya tomado a su cargo la investigación (art. 194 C.P.P.N.), el juez tiene la facultad de practicar todas las diligencias pertinentes y útiles a aquél objeto, de oficio o a pedido de parte (arg. art. 199 C.P.P.N.)

El art. 206 C.P.P.N. declara que “*No regirán en la instrucción las limitaciones establecidas por las leyes civiles respecto de la prueba, con excepción de las relativas al estado civil de las personas*”. Estas disposiciones deben ser entendidas en el sentido de que, salvo la excepción que expresamente enuncia, las prohibiciones probatorias, y las limitaciones de valoración probatorias del derecho civil no se aplican al enjuiciamiento criminal regulado por el C.P.P.N. No implica esta disposición, sin embargo, que el juez tenga libertad y autoridad para recurrir a cuanta medida de investigación y prueba aparezca como útil o pertinente al objeto de la instrucción, pues tal concepción absoluta de libertad de la prueba es inconciliable con la garantía de reserva de ley, que exige, en este

campo, que toda medida de prueba que implique injerencia en derechos fundamentales, o ejercicio de coerción, debe tener suficiente base legal según se ha expuesto al principio de este punto.

Puesto que las medidas de investigación genética respecto de personas determinadas e identificables implican una injerencia en su vida privada y familiar, según se ha expuesto *supra*, punto IV b, se requiere de una ley que autorice con suficiente claridad tal clase de indagaciones.

Hasta la promulgación de la ley 26.549, la existencia de una base legal suficientemente clara era dudosa, en tanto ninguna disposición del C.P.P.N. autorizaba expresamente la indagación genética de personas determinadas e identificables. En efecto, el art. 218 sólo regía la inspección corporal del imputado y de otras personas, actividad que no comprende las actividades de investigación genética de tejidos y fluidos humanos, y las reglas sobre conservación de rastros, o sobre el secuestro y conservación de cosas relacionadas con el delito, o que puedan servir de medios de prueba, de los arts. 184, inc. 2, 231, 233 y 261, C.P.P.N. tampoco ofrecían una reglamentación específica sobre las indagaciones que podrían hacerse sobre los rastros y otras cosas secuestradas. Por último, tampoco ofrecía suficiente claridad y precisión el art. 253 C.P.P.N., en cuanto dispone que *“El juez podrá ordenar pericias siempre que para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia pertinente a la causa, sean necesarios o convenientes conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica”*, ni el art. 260, en cuanto da autoridad al juez en estos términos: *“El juez dirigirá la pericia, formulará concretamente las cuestiones a elucidar, fijará el plazo en que ha de expedirse el perito y, si lo juzgare conveniente, asistirá a las operaciones [...]”*.

En particular, estas disposiciones legales, por su carácter general y comprensivo de cualquier tipo de indagación pericial podrían ser aplicadas para ordenar una investigación de tejidos o fluidos corporales con el fin de establecer patrones o perfiles genéticos; sin embargo, habida cuenta de que esos estudios entran en la esfera de la vida privada de las personas, no ofrecen suficiente

protección contra la arbitrariedad, no definen los presupuestos, condiciones, finalidades, y limitaciones de uso en los términos señalados más arriba.

La deficiente base legal, había sido advertida, por lo demás, en algunos votos de los jueces de la Corte Suprema en el caso de Fallos: 332:1835, (“Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros”). Así, por ejemplo, voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, aunque ceñido a la injerencia corporal para la recolección de muestra de sangre (consid. 14). Adelanto que, en este aspecto, no hay ninguna doctrina judicial de la Corte.

Ahora, la base legal está constituida por el art. 218 bis C.P.P.N. introducido por ley 26.549, y por los arts. de la ley 26.548 reguladora del estatuto y funciones del Banco Nacional de Datos Genéticos (en adelante “BNDG”).

En lo que aquí resulta relevante, el texto del art. 218 bis C.P.P.N. dice: *“Obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN). El juez podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) del imputado o de otra persona, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación. La medida deberá ser dictada por auto fundado donde se expresen, bajo pena de nulidad, los motivos que justifiquen su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto [...]”* Si bien se mira, más allá de la defectuosa sintaxis y lenguaje utilizados, el primer párrafo del texto legal no se refiere en rigor a la recolección de los tejidos o fluidos corporales donde se encuentra el ADN, sino a una técnica de laboratorio: la “obtención de ácido desoxirribonucleico”. El ADN se obtiene de esos tejidos, pero nada dice el primer párrafo acerca de los tejidos ni de su modo de recolección. La finalidad para la cual la ley autoriza la obtención de ADN es la identificación del imputado o de otras personas, o “la constatación de otras circunstancias de importancia para la investigación”, lo que implica, como se verá, un segundo paso que consiste en obtener del ADN patrones útiles con fines de identificación.

Los siguientes párrafos del art. 218 bis C.P.P.N. regulan las formas de recolección de los tejidos y sus modalidades, las personas o fuentes de las que éstos pueden ser recolectados, los límites y deberes de respeto en los casos en los que la coerción estuviese autorizada, y la declaración de que en el caso no rigen las prohibiciones del art. 242, ni la facultad de abstención del art. 243 C.P.P.N.

En cuanto aquí interesa, los recurrentes no objetan, en general, que este pasaje del art. 218 bis constituye base legal suficiente para autorizar a un juez a que ordene, por auto fundado, previo examen de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto, los estudios biológicos necesarios para obtener ADN de muestras de tejidos o fluidos corporales del imputado o de otras personas, con el fin de que, determinen “identidad” o constaten otras circunstancias de importancia para la investigación, empleando las técnicas consideradas más idóneas a tal fin, en el actual estado de la ciencia.

Adicionalmente, ciertas disposiciones de la ley 26.584 reguladora del estatuto y funciones del BNDG complementan la disposición anterior. Su art. 2 define su objeto del siguiente modo: *“Constituye el objeto del Banco Nacional de Datos Genéticos garantizar la obtención, almacenamiento y análisis de la información genética que sea necesaria como prueba para el esclarecimiento de delitos de lesa humanidad cuya ejecución se haya iniciado en el ámbito del Estado nacional hasta el 10 de diciembre de 1983, y que permita: a) La búsqueda e identificación de hijos y/o hijas de personas desaparecidas, que hubiesen sido secuestrados junto a sus padres o hubiesen nacido durante el cautiverio de sus madres [...]”*. Mientras que el art. 6 define entre las funciones del BNDG la siguiente: *“El Banco Nacional de Datos Genéticos tendrá las siguientes funciones: [...] c) Actuar a través de su director general técnico y el resto de los profesionales que lo integren como peritos oficiales exclusivos ante los jueces competentes en las causas penales que tengan por objeto la identificación de las personas mencionadas en el artículo 2º inciso a), de la presente ley, emitiendo dictámenes técnicos y realizando las pericias genéticas que les sean requeridas”*.

Mientras que el art. 218 bis define la finalidad de la “obtención de ADN” como identificación y constatación de otras circunstancias importantes para la investigación, el art. 2 de la ley 26.584 acota las finalidades; en cuanto aquí interesa, a la obtención, almacenamiento y análisis de información genética que sea necesaria como prueba para los delitos calificables como delitos “de lesa

humanidad” cometidos en el período que ella indica, y al mismo tiempo erige a los técnicos del BNDG como “*peritos oficiales exclusivos*” ante los jueces competentes en las causas penales que tengan por objeto la identificación de las personas mencionadas en el art. 2, inc. a, de la ley.

Hay pues suficiente base legal que regule la investigación de ADN con fines de investigación de identidad en las causas. Además, la obtención e investigación de ADN está rodeada de ciertas garantías de protección de las personas a las que la investigación se refiere, a saber: deberes de custodia y reserva de los datos e información obrantes en el BNDG, de acuerdo a lo establecido en la ley 25.326 de protección de datos personales (art. 3, inc. b); el deber de implementar, todas las medidas que resulten necesarias a los fines de garantizar la inviolabilidad e inalterabilidad del BNDG (art. 5, *in fine*); la restricción de uso de la información genética incorporada al BNDG al “*único objeto de asegurar su comparación con los datos que se incorporen en el futuro*” (art. 6, *in fine*); deberes de reserva y prohibición de divulgación de la información (art. 9), bajo responsabilidad disciplinaria y en su caso civil y penal en caso de violación del deber de reserva (art. 11). Las posibilidades de investigación de los patrones de ADN son también acotadas, pues en particular sólo autoriza a obtener patrones de ADN “*exclusivamente sobre la base de genotipos que segreguen independientemente, posean alto grado de polimorfismo poblacional, carezcan de asociación directa en la expresión de genes, se encuentren ubicados en regiones no codificantes del ADN y aporten información sólo con fines identificatorios*” (art. 13), lo que constituye una salvaguarda contra un uso desviado a fines no autorizados por la ley, y pone un límite a la indagación de otras informaciones sensibles pero innecesarias para la identificación, que podrían obtenerse del ADN.

Además, a los fines de garantizar la defensa en juicio, la ley provee a “las partes” la posibilidad de controlar los peritajes realizados en el BNDG mediante peritos de parte, cuya actuación se rige por el Libro II, Tít. III, Cap. V, C.P.P.N. cuyas disposiciones la ley expresamente declara complementarias.

En síntesis, se ha diseñado una protección legal compleja como garantía de los derechos afectados por las medidas de investigación de ADN ordenadas por los jueces en las causas que tienen por objeto los delitos enunciados en el art. 2, inc. b, de la ley.

b) la base legal de la medida de recolección de muestras de tejidos y fluidos corporales mediante injerencias corporales sobre las presuntas víctimas.

b.1. La decisión recurrida.

Al confirmar el auto de la jueza federal que había dispuesto “*la extracción directa, con o sin consentimiento, de mínimas muestras de sangre, saliva, piel cabello u otras muestras biológicas pertenecientes en forma indubitada a Marcela y Felipe Noble Herrera [...] con fines identificatorios [...], el a quo fundó su decisión en art. 218 bis C.P.P.N.*

Los votos individuales de los jueces de la Cámara de Apelación, que concurrieron a la misma solución, más allá de sus diferencias, tienen en cuanto aquí interesa las siguientes bases comunes: a) los tres jueces han declarado que el párrafo quinto regía el caso; b) que todos los intentos anteriores para obtener muestras de tejidos corporales de las presuntas víctimas, con fines de obtención e indagación de ADN no habían permitido, por diversas razones, alcanzar la finalidad perseguida; c) que en caso de que la presunta víctima se oponga a la extracción de muestras de su cuerpo, los jueces deben proceder según el párrafo cuarto, que no excluye la obtención de muestras no obstante esa oposición, sujeto a que se hubiesen agotado las posibilidades de obtenerlas por una vía alternativa y en la medida en que apareciese necesario y proporcionado a los fines de la investigación.

Así, se expresa en el primer voto del juez Rudi que “*la primera relación que aparece clara es la conexión entre los textos legales obligatorios del párrafo 5) y del párrafo 1). Porque el legislador indica la posición del ‘imputado’ y de las ‘otras personas’, y dentro del subgrupo de los ‘otros’ ubica lógicamente la hipótesis de la ‘presunta víctima’ o la ‘víctima’ a secas de las reglas 1) y 2) del párr. 5), que son genéricamente las otras personas distintas de la persona del ‘imputado’.*” (fs. 95). Después de destacar la aplicación de los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad expresamente mencionados en el

párrafo primero de la disposición legal, expresó que, en lo que al caso interesa “*las relaciones intertextuales desemejantes entre el imputado y las otras personas comienzan con la valoración del sistema operativo de principios básicos en el caso concreto*”, [...] *En el supuesto de la ‘presunta víctima’ del art. 5) [SIC] en principio está permitido que se oponga a las medidas del párr. 2), y el juez procederá ‘del modo indicado en el cuarto párrafo’ cuando ese juez ‘lo estimare conveniente’ y ‘siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida’ con objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo* [...] (fs. 95vta.). Según ese voto, cuando el juez estima que no podrá alcanzar igual grado de certeza mediante la indagación de soportes con células desprendidas del cuerpo, y “*subsista un caso de grave y fundada sospecha o de absoluta necesidad porque ‘los objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo’ son inútiles, hay una concreta relación situacional que siguiendo los estándares de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad hacen admisibles ‘las mínimas extracciones de muestras biológicas’ inclusive con la oposición de las ‘presuntas víctimas’, que no son ‘todas’ las ‘víctimas’ sino ‘algunas’ entre las varias damnificadas por los delitos de desaparición forzada de sus familiares[...]*”. Agregó que, “*la ventana de la intertextualidad conecta con jerarquía constitucional la obligación de los apelantes a someterse a la prueba de identificación, porque sus oposiciones [en los términos del párr. 5) del art. 218 bis de la ley procesal], están limitadas por ‘los derechos de las demás’ víctimas de la desaparición forzada de personas [...]*” (fs. 95vta.).

El juez Criscuolo, que ha votado en segundo término, declaró que “*[...] el rechazo del imputado a la inspección del art. 218 bis, conlleva un efecto tácito consistente en colocar al juez en la necesidad de decidir por el método que crea más conveniente, ya sea el compulsivo o el alternativo [...] una interpretación adecuada, contextual, sistemática y racional conduce a sostener que –más allá de la técnica legislativa- en los casos que se requiere certeza y necesidad de la medida, también la víctima del delito puede ser obligada a brindar la información útil y necesaria para el esclarecimiento del hecho ilícito una vez agotadas las medidas alternativas, sin que ello afecte garantía constitucional alguna*” (fs. 108). A continuación se refirió al pasaje de la disposición que declara que “*si la víctima se opusiera a la realización de las*

medidas indicadas en el segundo párrafo, el juez procederá del modo indicado en el cuarto párrafo” e interpretó que esa disposición establece que “si la víctima se niega al procedimiento compulsivo, el juez procederá de acuerdo al alternativo; pero si ese modo no da resultado porque no es posible alcanzar igual certeza, será la apreciación judicial la que determine en busca del equilibrio e igualdad de las cosas la vía coactiva para la toma de muestras biológicas y así llevar a cabo la prueba pericial necesaria, razonable y proporcional” (fs. 108 y vta). Concluyó que “una interpretación armónica de la norma implicada, determina que ante la negativa del imputado o de otra persona incluyendo la víctima, será el juez el que analice, según el caso, la conveniencia de aplicar el método compulsivo una vez agotadas las vías alternativas” (fs. 108 vta.).

El juez Gurruchaga, que votó en último término, declaró que “la resolución apelada ha sido dictada en el marco de las facultades procesales atribuidas al juez de instrucción (arts. 193 y 218 bis del CPPN) y su ejecución es una diligencia razonable y necesaria en función de los presuntos delitos investigados en autos y de los objetivos del proceso penal”, y de considerar que “las diligencias que se llevaron a cabo para la obtención de muestras alternativas de material genético, [...] no han servido como material indubitable para realizar el cotejo pericial”, concluyó que “la firme negativa que manifestaron los presuntos damnificados por el hecho, para suministrar una muestra genética de carácter indubitable que sirva de base para un cotejo amplio [...] no deja otra alternativa que disponer la medida corpórea que [...] tiene habilitación legal para ser ejecutada respecto de las presuntas víctimas del delito (art. 218 bis, párrafos 2º, 4º y 5º)”. Al respecto expuso que esta disposición legal “facultó al juez a acudir a procedimientos distintos de la inspección corporal, cuando sea necesario obtener muestras biológicas, y la norma pone especial énfasis en la utilización de esta metodología alternativa `siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida´ (párrafo 4º); en clara alusión a la seguridad que en principio suministran –como muestras de carácter indubitable-

aquellas que se obtienen directamente del cuerpo humano (párrafo 2º del mismo texto).” (fs. 111 y vta.).

En síntesis, los tres jueces han coincidido en que en caso de oposición de la presunta víctima a someterse voluntariamente a la recolección de muestras, la remisión que el párrafo quinto realiza al párrafo cuarto del art. 218 bis C.P.P.N. impone el agotamiento de las vías de recolección alternativas enunciadas en éste, y que si no fuese posible alcanzar la finalidad por medios distintos a la injerencia corporal, entonces la ley autoriza la recolección de las muestras de los cuerpos de las presuntas víctimas mediante coerción.

b.2. Los argumentos de los recurrentes.

Los recurrentes contestan esta interpretación legal.

Afirman que el art. 218 bis C.P.P.N. distingue según las personas en dos grupos. Según su propuesta *“El primer grupo (A) comprende al ‘imputado’ y a ‘otras personas’. En ese caso, los requisitos de admisibilidad y procedencia formales están contenidos en el primer párrafo del artículo. Puede tratarse de una medida tendiente a la ‘identificación’ del ‘imputado’ o de ‘otra persona’ o genéricamente a la ‘constatación de circunstancias de importancia para la investigación”*. Afirman que *“El tercer párrafo, complementario del anterior, trae explícitamente a la norma un principio del derecho procesal general: el de menor lesividad. Todo el párrafo está construido teniendo por mira el respeto a ese principio [...]”*.

En segundo término postulan que el cuarto párrafo sólo comprende al primer grupo, pues según pretenden *“El cuarto párrafo [...] significa –para este primer supuesto de ‘imputados’ u ‘otras personas’- una discrecionalidad del juez, en tanto y en cuanto sea posible alcanzar en abstracto igual certeza con el resultado. Ofrece al juez la posibilidad de hacerse de material genético (ADN) a través del secuestro de objetos idóneos para el estudio, sea mediante registro domiciliario o requisas personales (método alternativo de obtención de ADN)”*.

Mientras que *“El quinto párrafo prevé un supuesto subjetivo totalmente diferente (B): la ‘presunta víctima del delito’. No es el imputado ni tampoco ‘otra persona’ cualquiera. Se trata del presunto damnificado del hecho investigado sobre quien el proceso debe tener particular observancia pues, por su*

misma condición, ya ha sido eventualmente victimizado". En relación a este párrafo señalan que *"además de la diferencia subjetiva apuntada, [existe] otra de tipo objetiva"* en cuando el texto legal se refiere a la obtención de ADN para la investigación de *"un delito de acción pública"*. Deducen de ese término la existencia de una limitación *"que no estaba contenida en el primer supuesto (A)"* y arguyen que *"siendo el material genético del 'imputado' o de 'otra persona' tan relevante para la investigación de los delitos contra la integridad sexual, muchos de los cuales dependen de instancia privada (art. 72 Cod. Penal), sería ilógico que quedara fuera de la disposición del art. 218 bis este tipo de ilícitos en particular"*. Según la tesis de los recurrentes *"a diferencia de la hipótesis (A), en la llamada (B) opera para el juez una nueva barrera sujeta a estándares diferentes"*.

A continuación abordan el examen del párrafo quinto alegando que *"(...) el art. 218 bis habla por primera vez del valor o fuerza que la oposición de la víctima posee en la implementación de esta medida. Dicho en palabras más sencillas, la norma prevé por primera vez cómo proceder en caso que la víctima no preste su consentimiento, ni su cuerpo, para la obtención de material genético (ADN). La consecuencia de esa negativa está redactada en términos obligatorios, no discrecionales, y consiste en que 'el juez procederá del modo indicado en el cuarto párrafo', que ya vimos es el método alternativo de secuestrar material apto para el cotejo genético"*.

Los recurrentes sostienen que la interpretación del *a quo* implica dar el mismo tratamiento a la víctima que al imputado. Argumentan que *"esa equiparación es errónea atento a las múltiples diferencias que existen entre los supuestos que dimos en llamar (A) y (B). Adicionalmente, el estudio de la evolución de la figura, la discusión parlamentaria y la supresión del vocablo 'preferentemente', indican todo lo contrario: que 'otra persona' y 'víctima' no son lo mismo"*.

En punto a ello sostienen que el examen del debate legislativo

conduce a la misma conclusión, y señalan el texto original del párrafo quinto del art. 218 bis la última frase decía “*A tal efecto, si la víctima se opusiera a la realización de las medidas indicadas en el segundo párrafo, el juez procederá **preferentemente** del modo indicado en el cuarto párrafo*”. Sobre la base de ese adverbio, interpretan que “*el proyecto del Poder Ejecutivo tenía en mente validar el examen compulsivo. Así, frente a la negativa u oposición de una presunta víctima a la realización del examen genético, el juez debía ‘preferentemente’ –no única ni exclusivamente- optar por la vía o el método alternativo del cuarto párrafo: obtención de material genético a través de una requisita o a través de un allanamiento. En este esquema original, ello no invalidaba al juez a optar ‘no preferentemente’ por otras vías distintas, incluyendo la compulsiva*”.

Argumentan que sin embargo esa posibilidad fue rechazada en el debate, en el que se suprimió el adverbio “*preferentemente*”. Destacan que “*El bloque del PRO fue absolutamente explícito en cuanto a los efectos que se desearon con esa supresión. Es más, el bloque legislativo del PRO condicionó su acompañamiento (indispensable para la aprobación) del proyecto de incorporación del art. 218 bis a esa modificación o supresión, pues se consideró era la que más se ajustaba al esquema constitucional que nos rige*”. A este respecto, los recurrentes señalan de modo expreso la intervención del diputado Federico Pinedo, intervención que se examinará más adelante. Argumentan que “*en la formación de la voluntad legisferante, y de la sanción del art. 218 bis C.P.P.N., se advirtió concreta y explícitamente la tensión de derechos existente. Esa tensión fue encauzada con el texto que finalmente consintieron los legisladores que votaron por la afirmativa y que es uno que resulta compatible con los fallos de la Corte antes vistos como «Vázquez Ferrá» y «Gualtieri (1)» [...]*”

Pretenden que la eliminación del adverbio “*preferentemente*” fue la condición que puso uno de los bloques legislativos para votar a favor del proyecto, y que “*desoir el condicionamiento que permitió la aprobación de la norma, es ignorar la voluntad del legislador, y violar por lo tanto el principio constitucional de división de poderes [...] **Desconocer este condicionamiento es burlar el espíritu de la ley***” (fs. 151/vta).

Adicionalmente arguyen que la interpretación que el *a quo* ha

asignado al art. 218 bis no tiene apoyo expreso en el texto legal, y que se ha dotado a ese texto de un alcance contrario al art. 2 C.P.P.N. al fijarle un alcance que conduce a que *“la oposición de la víctima es inútil y que resulta viable disparar el procedimiento compulsivo. Y esto sí que no lo dice expresamente la norma”*. Destacan que según el art. 2 C.P.P.N., en caso de duda sobre el alcance de una disposición no es admisible la interpretación más restrictiva de derechos, o en otros términos *“esto significa que frente a la duda interpretativa que puede generar el verdadero alcance del párrafo quinto de la norma que regula el derecho de la víctima a oponerse a brindar material genético, las facultades jurisdiccionales derivadas de dicha oposición siempre deben estar limitadas por la disposición procesal aludida”* (fs. 152/153).

Sobre la base de esa interpretación legal imputa al *a quo* haber incurrido en errónea interpretación del art. 218 bis C.P.P.N., que según la tesis que persigue, no habilita una recolección de muestras por vías compulsivas. En subsidio sostiene que si la interpretación no fuese errónea sería inconstitucional (fs.147/vta).

En la audiencia los recurrentes han mantenido en sustancia estas argumentaciones y la pretensión de que el texto legal no autoriza a recolectar muestras de tejidos o fluidos corporales de las presuntas víctimas cuando ellas se oponen a ese procedimiento, y que en ese caso, sólo estarían habilitadas las vías alternativas enunciadas en el párrafo cuarto del art. 218 bis C.P.P.N.

En lo que a ello respecta, han citado decisiones plenarios de esta Cámara Nacional de Casación Penal en las que se han recogido los principios expresados en la jurisprudencia de la Corte Suprema en punto a la interpretación de la ley, resaltando en particular, y en ese orden, el *“deber de dar pleno efecto a la intención del legislador”*, partiendo de la letra de la ley, en su contexto, esto es, mediante una interpretación sistemática, integral, aplicando todos los métodos de interpretación. Han ampliado sus observaciones sobre el debate parlamentario, llamando la atención sobre dos intervenciones en la Cámara de Senadores de la

Nación, de las que surge que se interpretaba que el texto en discusión reconocía el derecho de las presuntas víctimas a oponerse a la realización de la medida de recolección de muestras.

b.3. La posición del Ministerio Público

En la audiencia el señor Fiscal General se ha limitado a sostener que el *a quo* ha realizado una interpretación acertada del art. 218 bis C.P.P.N. No ha ofrecido argumentos adicionales sobre la interpretación legal, y ha sostenido que la ley ha sido aplicada en el caso, según las exigencias de necesidad y proporcionalidad, cuestión a la que dedicó sus esfuerzos y que debe ser considerada en una etapa ulterior a la que aquí se examina.

b.4. La posición de los querellantes.

Los representantes de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, al tomar intervención en la audiencia, también sostuvieron la interpretación legal realizada por el *a quo*, sin presentar observaciones adicionales, y alegaron que el fundamento de la medida que es objeto de impugnación es la imposibilidad de obtener ADN por vías alternativas a la de la injerencia corporal.

Han sostenido que los argumentos de los jueces de la Cámara Federal de San Martín son suficientes, porque según la ley los jueces no tienen posibilidad de optar. Proponen que según el art. 218 bis C.P.P.N., cuando la presunta víctima expresa su oposición a la extracción de muestras, el juez debe primero procurar la obtención de ADN por medios alternativos, y que, si los intentos fracasan, entonces está autorizado a disponer una injerencia corporal a los mismos fines.

Contestó las alegaciones de los recurrentes sobre el debate parlamentario de la ley, señalando que en el debate los argumentos de los legisladores fueron disímiles, “de uno y otro tipo”, y que en definitiva, la tesis de que la aprobación de la ley habría estado condicionada por la posición del bloque de legisladores del PRO no era correcta, porque, según surge de la información oficial de la página web del Congreso de la Nación, ese bloque, incluido el Diputado Pinedo, en la votación final votó mayoritariamente en contra del texto del art. 218 bis C.P.P.N. que fue aprobado. Señaló además que el Diputado Pinedo no había propuesto simplemente la eliminación del adverbio “preferentemente”

sino un texto distinto que no fue aceptado.

El resto de sus argumentaciones se han dirigido, en lo sustancial, a sustentar que la medida ordenada es necesaria y respeta las exigencias de proporcionalidad sin afectación constitucional, cuestión que, como se ha expresado, corresponde a un examen ulterior.

Por su parte, los querellantes “Gualdero-Miranda” al intervenir en la audiencia no han hecho observaciones puntuales sobre la interpretación y alcance del art. 218 bis C.P.P.N., sino sobre la finalidad, necesidad, y proporcionalidad de la medida ordenada, y sobre los obstáculos fácticos que se han opuesto a ella, cuestiones cuya consideración no pertenece a este estadio del examen.

b.5. La identificación de la base legal y su alcance y la revisión de la decisión recurrida.

Hasta la incorporación del art. 218 bis C.P.P.N., no había en el Código Procesal Penal una base legal expresa que regulase las medidas admisibles para la recolección de tejidos y fluidos corporales humanos como medidas instrumentales a la obtención de ADN y la investigación con fines de identificación, ni tampoco que regulase sus modalidades, condiciones y presupuestos.

Destaco que el art. 218 C.P.P.N. autoriza al juez a proceder, “*cuando lo juzgue necesario [...] a la inspección corporal y mental del imputado*” y “*también podrá disponer igual medida respecto de otra persona [...] en los casos de grave y fundada sospecha o de absoluta necesidad*”. La disposición autoriza a la “*inspección*” del imputado o de otra persona, esto es, actos de observación directa por el juez o por peritos que se realiza por la percepción sensorial, ocular, auditiva, olfativa o táctil, “*cuidando en lo posible que se respete su pudor*”. Los términos empleados no comprenden, al menos literalmente, las inspecciones corporales que se realizan mediante injerencias corporales, tales como las que se intervenciones físicas en el interior del cuerpo, o las que implican separación de

tejidos y fluidos corporales.

Hasta ahora, la jurisprudencia de la Corte Suprema que ha tenido por objeto la cuestión de la compatibilidad de las medidas de recolección de fluidos sanguíneos mediante extracciones corporales, no ha examinado expresamente la existencia de suficiente base legal, lo que ha sido criticado por la doctrina porque la reserva de ley es el primer presupuesto para la restricción o limitación de derechos fundamentales (confr. GUARIGLIA, Fabricio, “*Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*”, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, ps. 203/205, que ha calificado al art. 218 de “*disposición nebulosa*”). Sólo algunos jueces de la Corte Suprema han advertido eventualmente el defecto de ley. Así, por ejemplo, han señalado “[...] *sería prudente que el Estado evitase el penoso espectáculo del ejercicio de coerción física sobre una persona adulta para hacerle sufrir una lesión subcutánea que, en verdad, y cualesquiera sean los antecedentes de legislación comparada, no se haya [SIC] previsto en la ley*”. (voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, Fallos: 332:1835, “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros”, consid. 14). Sin embargo, no han extraído una consecuencia decisiva de la falta de ley que autorizase la injerencia. No hay pues en este punto una doctrina judicial de la Corte Suprema.

Es notable que no obstante la falta de base legal, tres jueces de la Corte Suprema desautorizaron medidas de extracción de fluidos corporales lo hicieron infiriendo por analogía una norma de prohibición probatoria.

Partiendo de la finalidad de defensa de la solidaridad familiar, el fin de mantener la cohesión de la familia, en el caso de Fallos: 326:3758, (“Vázquez Ferrá, Evelin Karina”), los jueces abordaron la cuestión de la existencia de una prohibición normativa para la obtención de fluidos sanguíneos de personas que tuviesen relaciones de parentesco lazos de afecto, solidaridad con ciertos parientes próximos cuando de ello pudiese derivar una prueba de cargo (voto de los jueces Petracchi y Moliné O’Connor, consid. 21, a los que adhirió el juez Fayt).

Relevaron que “*las reglas que autorizan a los testigos a preservar ciertos vínculos familiares tienden a ahorrarle a los individuos la carga de conciencia que representaría verse obligado a traicionar la confianza que caracteriza tales relaciones. Se trata del respeto de lazos afectivos estrechos,*

fuertemente relacionados con el derecho a la intimidad. (Fallos: 326:3758, “Vázquez Ferrá, Evelin Karina”, voto de los jueces Petracchi y Moliné O’Connor, consid. 26, con adhesión del juez Fayt).

Señalaron que “el derecho tradicionalmente ha sacralizado ciertas relaciones familiares y personales muy próximas y se ha abstenido de intervenir en ellas, incluso a costa de dificultar o de frustrar, la posibilidad de perseguir el delito. El Estado, por respeto a la intimidad y la reserva de quien se siente atado por sentimientos de una estrecha comunidad de vida, aparece dispuesto a tolerar que ese individuo le niegue su testimonio a la justicia, y a no castigarlo si limpia la sangre u oculta el botín, producto del crimen de aquéllos frente a quienes se siente obligado. En este contexto, es insostenible que ese mismo Estado esté legitimado a violentar el cuerpo del "encubridor" en busca de prueba incriminante”. (Fallos: 326:3758, “Vázquez Ferrá, Evelin Karina”, voto de los jueces Petracchi y Moliné O’Connor, consid. 30).

En rigor no se llegó en ese voto a la declaración de la existencia de una prohibición probatoria, sino que se afirmó que “al juzgar la proporcionalidad de la injerencia que la medida en cuestión significa se debe computar que ella debería ser realizada sobre una persona a la que, por la fuerza, se la estaría obligando a ser quien, en definitiva, aporte pruebas para que se pueda llegar a la condena de aquellos a quienes su conciencia le indica que debe proteger.” (ibídem, consid. 27), y se concluyó que “sin perjuicio de su relevancia como elemento de convicción, es evidente que la principal función que cumpliría la realización del examen de sangre es confirmarle a la querellante si su penosa búsqueda ha llegado a su fin. Se trata, por cierto, de una pretensión legítima de quien también es reconocida en autos como víctima del hecho investigado. Su interés, no obstante, debe ceder, pues sólo podría ser satisfecho mediante un intenso ejercicio de violencia estatal sobre el cuerpo de la recurrente, que lesionaría el derecho a la intimidad que el art. 19 de la Constitución Nacional le reconoce. (Fallos: 326:3758, “Vázquez Ferrá, Evelin Karina”, voto de los jueces

Petracchi y Moliné O'Connor, consid. 32).

Ahora bien, el derecho argentino no reconoce una prohibición probatoria de similar alcance, en particular, el C.P.P.N. que rige el caso, sólo establece prohibiciones probatorias, entendidas como limitación al recurso de ciertos medios de prueba, con relación a la prueba testifical, sea imponiendo prohibiciones relativas de declarar (art. 242), sea concediendo un derecho de abstención del testigo (art. 243).

Un derecho más extenso no es concedido por la ley procesal. En efecto, si bien ciertas personas que guardan cierto grado de parentesco con el imputado, o amistad íntima, o de especial gratitud, no son punibles cuando realizan ciertos actos que satisfacen los supuestos alternativos de favorecimiento personal o real (art. 277, inc. 4, C.P.). La impunidad no implica también inmunidad contra medidas procesales que se ejecutan empleando coerción. Las personas que realizan esos actos de favorecimiento personal no pueden alegar inmunidad del domicilio en el que se oculta al imputado o pruebas, documentos o cosas que podrían incriminarlo. La correspondencia entre parientes o amigos íntimos no está excluida del secuestro (art. 234), ni sus telecomunicaciones son inmunes a la vigilancia e indagación (art. 236). Tampoco se concede un derecho a negarse a una inspección corporal (art. 218). Ahora, en lo que concierne a las injerencias corporales del art. 218 bis C.P., la ley declara expresamente en su último párrafo que *“En ningún caso regirán las prohibiciones del artículo 242 y la facultad de abstención del artículo 243”*.

Con esta disposición el legislador ha zanjado toda la disputa interpretativa a la que había dado lugar la opinión expresada por ciertos jueces de la Corte Suprema en la sentencia del caso de Fallos: 326:3758 (“Vázquez Ferrá, Evelin”, opinión de los jueces Belluscio, López y Vázquez).

Sin perjuicio de ello advierto que esa extensión analógica no tenía base suficiente porque no contemplaba que no existe analogía entre la imposición legal de un deber de realizar declaraciones bajo juramento –esto es un deber de realizar actos de esencia comunicativa- y la imposición legal de soportar actos estatales, incluso mediante el ejercicio de coerción, que no tienen el carácter de actos comunicativos, distinción que reposa en la comprensión más profunda de la psicología humana que distingue el obligar a hablar, del obligar a soportar ciertos

actos que la autoridad realiza sobre el cuerpo, el domicilio, los papeles privados, la propiedad o interfiriendo ciertas medios técnicos de comunicación de las personas. Sólo si se reconociese base constitucional a una prohibición de ese tipo, podría entrar en consideración la incompatibilidad entre *todas* las medidas que se ejecutan exigiendo la colaboración de la víctima o de otras personas para la producción de prueba no comunicativa. Como se verá, la existencia de una tal base constitucional no aparece fundamentada.

Ahora bien, no resulta imperioso examinar en las circunstancias presentes, el alcance y dificultades que podría presentar el art. 218 C.P.P.N. al momento de examinar la existencia de base legal para ciertas intervenciones o injerencias corporales, en la medida en que la ley 26.549, ha introducido el art. 218 bis C.P.P.N., que constituye la base legal para las injerencias corporales consistentes en la extracción o separación del cuerpo de tejidos o fluidos corporales.

En esa disposición se ha apoyado expresamente la decisión recurrida. Los recurrentes, el Ministerio Público y los demás querellantes que han intervenido en la audiencia, están de acuerdo en que el art. 218 bis C.P.P.N. es el que rige el caso, discrepan sin embargo sobre su interpretación y alcance.

En el punto V, letra a, se ha destacado que el primer párrafo de ese artículo autoriza “*la obtención de ADN*” con la finalidad de identificación del imputado o de otras personas, o “*la constatación de otras circunstancias de importancia para la investigación*”. Este párrafo no determina, sin embargo, de dónde se recogen las células humanas de las que se ha de obtener el ADN. Ello es regulado en los párrafos segundo a sexto del art. 218 bis C.P.P.N. en los siguientes términos:

“Artículo 218 bis: [...]”

[párrafo segundo] *Para tales fines, serán admisibles mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas, a efectuarse según las reglas del saber médico, cuando no fuere de temer perjuicio*

alguno para la integridad física de la persona sobre la que deba efectuarse la medida, según la experiencia común y la opinión del experto a cargo de la intervención.

[párrafo tercero] *La misma será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su género y otras circunstancias particulares. El uso de las facultades coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización.*

[párrafo cuarto] *Si el juez lo estimare conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro domiciliario o la requisa personal.*

[párrafo quinto] *Asimismo, cuando en un delito de acción pública se deba obtener ácido desoxirribonucleico (ADN) de la presunta víctima del delito, la medida ordenada se practicará teniendo en cuenta tal condición, a fin de evitar su revictimización y resguardar los derechos específicos que tiene. A tal efecto, si la víctima se opusiera a la realización de las medidas indicadas en el segundo párrafo, el juez procederá del modo indicado en el cuarto párrafo.*

[párrafo sexto] *En ningún caso regirán las prohibiciones del artículo 242 y la facultad de abstención del artículo 243”.*

Los recurrentes pretenden, en síntesis, que la ley consagra un “derecho de oposición” de la presunta víctima a la práctica de injerencias corporales con el fin de recolección de muestras de tejidos o fluidos corporales indicadas en el segundo párrafo, y que si tal oposición es expresada, el juez no puede ordenar su práctica coercitiva contra su voluntad, y sólo podría disponer las medidas alternativas que enuncia el cuarto párrafo, y que no requieren de una intervención corporal.

El *a quo* ha decidido, en síntesis, que la remisión del quinto párrafo ordenando que “*se procederá del modo indicado en el cuarto párrafo*” impone al juez que, si la víctima se opone, deberá intentar agotar las posibilidades de las medidas alternativas que éste enuncia, no obstante lo cual, tendrá autoridad para

ordenar una injerencia corporal contra la voluntad de la presunta víctima, si no ha sido posible alcanzar certeza por medios distintos de la injerencia corporal.

La fiscalía y los querellantes adhieren a esta interpretación.

Este es el núcleo de la disputa interpretativa. Al fijar el alcance del art. 218 bis C.P.P.N en los puntos disputados, corresponde prescindir de todas las argumentaciones que se han propuesto en punto a los derechos e intereses que se encontrarían en pugna, a la finalidad que persigue en el presente caso la injerencia corporal ordenada, a la necesidad de realizarla para alcanzar esa finalidad, y al examen crítico de proporcionalidad de la injerencia en vista de los derechos e intereses que se alegan en pugna. La consideración de esas cuestiones sólo tiene sentido una vez que se ha identificado la existencia de una suficiente base legal, pues de lo contrario, en defecto de ella, todo examen ulterior sería inoficioso.

Como lo he señalado antes de ahora, y aquí es pertinente evocar, *“la independencia como atributo de la jurisdicción no implica que cada juez esté autorizado a decidir aislado del sistema del Poder que integra [...] si hay algo que parece indiscutible es que los jueces deben ser independientes y sólo están sujetos a la ley, porque si no son independientes ni se sujetan a la ley, pierden dos de los tres atributos que los definen como tales en una República desde el punto de vista constitucional, y sólo queda remanente el poder de decidir casos -poder de jurisdicción de los arts. 116 y ss. C.N.- pero sin sujeción a la ley, esto es según su mejor arbitrio”* (confr. *mutatis mutandis* mi voto en la causa n° 10.405, “Petrelli, Oscar Enrique s/ recurso de casación”, rta. 18/03/2009; Reg. N° 14.075; y en sentido análogo la decisión de la causa n° 12.980, del registro de esta Sala II, “Montevidoni, Hugo Gabriel s/ recurso de casación, rta. 19/04/2011, Reg. N° 18.349).

Se ha expresado en los casos citados que, sin embargo la independencia judicial no puede compararse en su esencia a la independencia que reclaman los librepensadores, y que en el ámbito privado también los jueces pueden reclamar, por ejemplo, bajo la garantía de la libertad de expresión. En el

ámbito del ejercicio de la jurisdicción los jueces no tienen libertad de expresión, en primer lugar porque no tienen libertad de callarse: cuando su jurisdicción está habilitada tienen obligación de pronunciarse, sus sentencias no son en ese sentido un acto facultativo de su libertad de pensamiento y expresión. Aunque sus sentencias sean eventualmente el objeto del debate público y del intercambio de ideas en una sociedad democrática, las expresiones que los jueces formulan en ellas son declaraciones públicas de órganos oficiales del Estado, que tienen un cometido: decidir *todos* los casos “*sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación [...] y por los tratados con las naciones extranjeras*” con el fin de afianzar la justicia (arts. 116 y Preámbulo, C.N.). Por ello, el discurso de la deliberación, aunque libre como consecuencia de la independencia judicial, no es un discurso desconectado del caso y de las reglas pertinentes (la Constitución, la ley y los tratados), y por ende no es comparable al discurso del debate político o académico en una sociedad democrática, en el que la libertad de expresión es inherente.

En el presente punto se trata de interpretar la ley.

Con cita de principios jurisprudenciales los han afirmado en la audiencia, y ello constituye el punto de partida correcto, que “*La primera fuente de interpretación de la ley es su letra*” (Fallos: 299:167; 304:1820), y que no es admisible una interpretación de la ley “*que equivalga a prescindir del texto legal si no media debate y declaración de inconstitucionalidad*”. (Fallos: 314:458, 1949 y 318:630).

Agrego aquí la ley se expresa en proposiciones jurídicas, no es una yuxtaposición de palabras en un determinado orden, cual un diccionario, sino un “*texto*” que tiene un sentido, que trasciende a las palabras individualmente consideradas, y que sólo puede ser comprendido en su alcance considerando el “*contexto*”, esto es, las otras disposiciones que le dan inserción sistemática.

El art. 218 bis C.P.P.N. ha sido incluido en el Libro II, Título III, que regula los medios de prueba admitidos por el código en la instrucción, en el capítulo de “*inspección judicial y reconstrucción del hecho*”, a continuación del art. 218 que regula la inspección corporal y mental del imputado y de otras personas. He señalado más arriba que la inspección directa por el juez, o por peritos, se practica mediante la observación o percepción por los sentidos, y ella

debe ser diferenciada de las injerencias corporales prácticas que se realizan mediante la intromisión o intervención en el cuerpo. El art. 218 bis regula una actividad técnica de investigación sobre la base de indagación de muestras biológicas, cuya finalidad expresa el párrafo primero. Esa indagación se practica a partir de la obtención de muestras de tejidos o fluidos corporales humanos, muestras que pueden recogerse separándolos del cuerpo o por la vía del secuestro de objetos “*que contengan células ya desprendidas del cuerpo*” (párrafos segundo y cuarto). En el primer caso, la práctica de recolección no se limita a la mera inspección u observación del cuerpo, ella constituye una verdadera injerencia corporal. La ley práctica admisibles que pueden realizarse sobre el cuerpo del imputado o de otras personas, por medio de “*mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas*” (párrafo segundo). En el segundo caso –objetos que contengan células separadas del cuerpo- la actividad dispuesta para su obtención presupone por cierto la inspección, pero la excede, en la medida en que la ley permite ordenar ciertas injerencias sobre la libertad personal, tales como el registro domiciliario o la requisa personal (párrafo cuarto, in fine), medidas que están reguladas en el Capítulo II del Título III, del Código (arts. 224, 230 y concordantes C.P.P.N.).

A la luz de este examen contextual, puede establecerse que las facultades de recolección de muestras reguladas en el art. 218 bis, C.P.P.N. no se ciñen a una pura inspección corporal.

La ley define no sólo la recolección de muestras de tejidos y fluidos corporales, sino también las modalidades de la recolección concebidas como garantía de respeto de la salud e integridad físicas del afectado, y de su dignidad, previniendo afectaciones de su pudor, o actos de discriminación o degradantes.

Cuando la recolección se realiza mediante una injerencia corporal, lo que implica la intervención sobre el cuerpo de una persona viva, la extracción o separación de las muestras debe “*efectuarse según las reglas del saber médico, cuando no fuere de temer perjuicio alguno para la integridad física de la persona*”

sobre la que deba efectuarse la medida, según la experiencia común y la opinión del experto a cargo de la intervención”. Además, la ley dispone que la intervención corporal “será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su género y otras circunstancias particulares” (párrafo tercero).

La ley expresamente autoriza el ejercicio de coerción para la realización de estas injerencias corporales. Sin embargo, el ejercicio de coerción está expresamente limitado no sólo por las garantías anteriores, sino en general por el principio de estricta necesidad, en cuanto declara que “El uso de las facultades coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización” (párrafo tercero, *in fine*).

Todas estas salvaguardas y restricciones alcanzan por igual a toda persona sujeta a la medida de intervención corporal.

En el caso de las medidas de recolección de objetos que se sospecha contienen “células ya desprendidas del cuerpo”, son aplicables, según el caso, los arts. 224 y 230 y concordantes C.P.P.N., según sea necesaria una recolección mediante un registro domiciliario, o mediante una requisa de las cosas que la persona afectada lleva consigo. En el segundo caso, también son inherentes facultades de coerción, y la ley dispone como garantía que “Las requisas se practicarán separadamente, respetando el pudor de las personas. Si se hicieren sobre una mujer serán efectuadas por otra” (art. 230, segundo párrafo, C.P.P.N.). Estas salvaguardas protegen a toda persona objeto de la requisa, con independencia de su situación en el proceso.

Ahora bien, el párrafo segundo del art. 218 bis C.P.P.N. que regula cuáles son las injerencias corporales admisibles a los fines de la recolección de muestras de tejidos o fluidos corporales, no define expresamente cuáles son las personas respecto de las cuales pueden ordenarse las injerencias corporales. Sin embargo, se deduce sin esfuerzo que esas injerencias se autorizan sólo a los fines previstos en el primer párrafo (arg. “A tales fines, serán admisibles [...]), y esos fines son la “obtención de ADN” a partir de las muestras obtenidas, y la realización de los análisis técnicos necesarios para la identificación “del imputado o de otra persona” o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación. En síntesis, las medidas de injerencia del párrafo segundo pueden

realizarse sobre cualquier persona, sujeto a que se satisfagan las demás condiciones legales.

Según el párrafo segundo, la injerencia corporal no está condicionada a la voluntad de las personas afectadas, pues se autoriza el ejercicio de las facultades coercitivas “*sobre el afectado*” en la medida “*estrictamente necesaria*”.

Aquí interfieren dos cuestiones problemáticas que conducen al núcleo de las pretensiones de los recurrentes, y que consisten en establecer el alcance y relaciones entre los párrafos cuarto y quinto del art. 218 bis C.P.P.N.

El párrafo cuarto establece que “*Si el juez lo estimare conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro domiciliario o la requisita personal*”.

Además de ciertos defectos de sintaxis, el párrafo cuatro padece de ciertos defectos terminológicos, en cuanto contempla la posibilidad disponer la obtención de ADN “*por medios distintos a la inspección corporal*”. Es impropio porque no se puede obtener nunca ADN de una pura y estricta inspección corporal, el ADN se puede eventualmente obtener de una injerencia corporal, extrayendo muestras de tejidos del cuerpo, o alternativamente de un rastro, es decir, de objetos que sean soporte de “*células ya desprendidas del cuerpo*”. Es obvio entonces que la frase destacada debe ser interpretada como medios distintos de las injerencias corporales declaradas admisibles en el párrafo segundo del art. 218 bis C.P.P.N. Las medidas de secuestro de objetos, en caso de ser necesario habilitadas por una orden de registro domiciliario o requisita personal, son pues medidas alternativas a las injerencias corporales del párrafo segundo.

El juez no tiene libre discrecionalidad para decidir si proceder según el párrafo segundo o la alternativa del párrafo cuarto. Este párrafo, examinado en su contexto, es una concreción de la última frase del párrafo primero que impone

al juez obrar por auto fundado, “*donde se expresen, bajo pena de nulidad, los motivos que justifiquen su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto*”. De tal suerte, la elección debe sujetarse a esos criterios. En particular, los de necesidad y proporcionalidad incluyen consideraciones de idoneidad y subsidiariedad, en la medida que impone sopesar de acuerdo a criterios objetivos, la posibilidad de obtener de una recolección de objetos muestras aptas para una comparación y de alcanzar un grado de certeza equiparable al que se espera podría obtenerse de una recolección de muestras de tejidos o fluidos corporales por vía de una de las injerencias del párrafo segundo.

Los recurrentes ponen en cuestión, sin embargo, que las medidas de injerencia corporal admisibles según el párrafo segundo, puedan ser realizadas sobre las presuntas víctimas del delito objeto del proceso, sin su consentimiento. Alegan que el párrafo quinto constituye una excepción a la disposición del párrafo segundo, que autoriza a emplear medidas de coerción, e invocan que las víctimas tienen inmunidad de coerción según la interpretación y función que asignan al párrafo quinto.

Su tesis reposa en los siguientes puntos: 1. que por primera vez aparece una alusión a las presuntas víctimas en el párrafo quinto, de lo que se infiere que el legislador ha querido darles un tratamiento distinto al caso del imputado y al de las otras personas mencionados en el párrafo primero; 2. que por primera vez aparece una alusión a los delitos de acción pública; 3. que la parte final contempla oposición de la supuesta víctima a las medidas del párrafo segundo, y ordena se proceda según las formas alternativas del párrafo cuarto, excluyendo toda posibilidad de orden coercitiva, pues de lo contrario terminaría por equipararse la situación de la víctima con la del imputado y se privaría a la disposición de sentido y efecto.

Las argumentaciones y consecuencias que los recurrentes pretenden extraer de ellas son incorrectas.

Por cierto, el párrafo quinto establece una consideración especial a la presunta víctima. Esa consideración especial consiste en que “*la medida ordenada se practicará teniendo en cuenta tal condición, a fin de evitar su revictimización y los derechos específicos que tiene*”. Si bien se mira, este pasaje no distingue entre las medidas de injerencia corporal del segundo párrafo, y

las de obtención de objetos que contengan células separadas del cuerpo del quinto párrafo. El término “*medida ordenada*” abarca a ambas clases de medidas. El pasaje sólo tiene por fin recordar la consideración especial que merecen las víctimas en el proceso penal, y en particular indica que la medida se practique teniendo en cuenta su condición de tal a fin de evitar su revictimización, y “*teniendo en cuenta [...] los derechos específicos que tiene*”. Puesto que no declara tampoco este pasaje que la presunta víctima tenga un “*derecho de oposición*” contra la medida, los derechos específicos que tiene la presunta víctima se identifican en general, por remisión a los arts. 79 y 80 C.P.P.N., disposiciones que imponen un trato digno y respetuoso, y proveen a la protección de su integridad física y moral, a la información sobre sus derechos, incluido el de intervención en el proceso, y sobre el resultado de ciertos actos procesales, y al sufragio de ciertos gastos, pero que de ningún modo, le conceden inmunidad general contra medidas de coerción en el marco del proceso penal.

Los recurrentes pretenden inferir un “*derecho de oposición*” de un puro hecho contemplado por la ley. El párrafo quinto no declara la existencia de tal derecho, simplemente contempla cómo debe procederse en la hipótesis de hecho de que la presunta víctima “*se opusiera a la realización de las medidas indicadas en el segundo párrafo*”. En otros términos dispone que si sucede un hecho determinado (la oposición de la víctima), entonces debe procederse de una determinada forma (según lo regula el párrafo cuarto). La última frase del párrafo quinto tiene la estructura típica de una norma de reenvío. Las normas de reenvío definen un supuesto de hecho, y en caso de presentarse el supuesto de hecho no dan directamente la solución, sino que remiten a otra norma para solucionar el caso. Puesto que el quinto párrafo del art. 218 bis C.P.P.N. no establece que en caso de oposición de la presunta víctima (supuesto de hecho de la norma), no podrán obtenerse muestras de tejidos o fluidos corporales (prescripción prohibitiva), no llevan razón los recurrentes cuando predicán que la ley da inmunidad de coerción a la presunta víctima.

Ahora bien, los recurrentes pretenden que una interpretación de este tenor priva de sentido al quinto párrafo. En la audiencia han alegado que el art. 218 bis C.P.P.N. ha establecido un “doble estándar” según se trata de la víctima, o del imputado o de otras personas.

Es correcto que la víctima tiene un estatus especial jurídico por su condición de tal, que se expresa en diferencias de tratamiento en relación al imputado y a otras personas que no son víctimas. Esas diferencias son claras, por ejemplo, en cuanto se observa que a la víctima la regla general que le reconoce más derechos que a los testigos (art. 80 C.P.P.N.), y en particular, en cuanto la primera parte del párrafo quinto manda tener en cuenta la condición de presunta víctima, proceder de modo de evitar la “revictimización” y los derechos que en tal carácter tiene. Es esta consideración la que da explicación de la utilización del término “presunta víctima” por primera vez en el párrafo quinto, sentido que no tendría respecto de otras personas que no son presuntas víctimas. Es sin embargo incorrecto sostener que la interpretación que ha seguido el *a quo*, y que aquí se sostiene privaría de todo sentido y efecto al párrafo quinto, por diversas razones.

Primero, desde el punto de vista fáctico la presunta víctima puede oponerse o no a ser sometida a las medidas de injerencia corporal admisibles según el párrafo segundo. Si prestase su consentimiento sobre la base de una suficiente información previa de las condiciones de realización y los límites que ponen los párrafos segundo y tercero, carece de sentido imponer al juez considerar si estarían disponibles otras medidas que sean por hipótesis menos intrusivas pero igualmente idóneas para alcanzar los fines del párrafo primero.

Segundo, la alusión a los delitos de acción pública no conduce a la consecuencia que proponen los recurrentes que conduciría a distinguir entre las víctimas de delitos de acción pública y las víctimas de delitos dependientes de instancia privada. Según pretenden, esa alusión a delitos de acción pública, que no aparece en el primer párrafo, limitaría la aplicabilidad del párrafo quinto. Infieren que este párrafo no sería aplicable a los delitos dependientes de instancia privada, pues “*siendo el material genético del ‘imputado’ o de ‘otra persona’ tan relevante para la investigación de los delitos contra la integridad sexual, muchos de los cuales dependen de instancia privada (art. 72 Cod. Penal), sería ilógico que quedara fuera de la disposición del art. 218 bis este tipo de ilícitos en*

particular”. Sin perjuicio de señalar que los recurrentes incurren en un reduccionismo que no contempla la existencia de otros delitos dependientes de instancia privada (art. 72, incs. 2 y 3), el argumento es básicamente erróneo. Parte de un presupuesto que insinúa una diferencia que no existe, pues si bien la alusión a delitos de acción pública aparece por primera vez en el párrafo quinto, en ninguna otra parte del art. 218 bis se emplea el término delitos. En cualquier caso, si se tratase de delitos dependientes de instancia privada, que son también delitos de acción pública, la obligación de consideración a la presunta víctima implica que no podrían disponerse medidas de obtención de ADN que impliquen injerencias corporales si la acción pública no ha sido instada. Aquí la instancia privada es un presupuesto de toda habilitación a la instrucción y persecución.

Tercero, el párrafo quinto tiene un sentido: a) si se trata de obtener ADN a partir de muestras y fluidos corporales de las presuntas víctimas, “la medida ordenada se practicará teniendo en cuenta tal condición, a fin de evitar la revictimización y resguardar los derechos específicos que tiene”; y b) que “a tal efecto, si la víctima se opusiera a la realización de las medidas indicadas en el segundo párrafo, el juez procederá del modo indicado en el cuarto párrafo”, esto es, tratando de agotar previamente todas las posibilidades de obtener las muestras “por medios distintos a la inspección corporal” enunciados en ese párrafo. El inicio de la segunda frase “a tal efecto” debe ser entendido en conexión con el primero: al efecto de evitar la revictimización y resguardar los derechos que se le reconocen como presunta víctima.

En síntesis, si la norma de reenvío remite sin distinciones al párrafo cuarto, ello significa que en cada caso el juez deberá comenzar por un examen de proporcionalidad estricto a fin de decidir si, ante la oposición de la víctima, los fines perseguidos con la obtención de ADN pueden probablemente ser alcanzados mediante el secuestro de objetos que soporten células que puedan atribuirse a las presuntas víctimas, o mediante la “extracción” de tejidos o fluidos a tenor del párrafo segundo, y si se respetan las exigencias de proporcionalidad del primer

párrafo.

Los recurrentes se quejan de que la interpretación sentada por el *a quo*, interpretación que en los desarrollos se confirma, equivale a prescindir del texto legal, y en la audiencia han evocado los estándares de interpretación declarados por la jurisprudencia según los cuales al interpretar la ley “*se deben computar la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional*” (Fallos 312:11), “*evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando, como verdadero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto*” (Fallos: 1:300) y han advertido que “*no debe prescindirse de las consecuencias que derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma*” (Fallos: 307:1018)

Sin embargo, su pretensión es inconciliable con los mismos principios de interpretación que declaman, porque se apoya en una interpretación que asigna un alcance y efecto al párrafo quinto del art. 218 bis C.P.P.N., que es inconciliable con su contexto, y que conduce a prescindir del párrafo sexto, sobre el cual ninguna mención se ha hecho.

Si el párrafo sexto declara que “*En ningún caso regirán las prohibiciones del artículo 242 y la facultad de abstención del art. 243*”, esa declaración algún sentido debe tener, y algún efecto útil ha de reconocérsele. Ahora bien, si llevasen razón los recurrentes en punto a que las presuntas víctimas tendrían un derecho a expresar su oposición según el párrafo quinto, el párrafo sexto perdería en parte su sentido, porque no aparece conciliable el derecho de la presunta víctima a oponerse con la declaración de que en ningún caso rigen las prohibiciones ni “*la facultad de abstención*” de los arts. 242 y 243.

Por cierto, la técnica legislativa en este párrafo aparece deficiente, porque en rigor, los arts. 242 y 243 C.P.P.N. no rigen el caso de las injerencias corporales ni el del secuestro de objetos que se presume podrían contener rastros células humanas- con información genética. Los arts. 242 y 243 sólo regulan cierta clase de actos comunicativos –las declaraciones testificales- y las excepciones al deber general de declarar del art. 240 C.P.P.N. Aunque el párrafo

sexto no existiese, sería claro que las disposiciones sobre el deber de declarar no rigen de modo expreso medidas de prueba no comunicativas, que consisten en coleccionar muestras de tejidos o fluidos humanos mediante injerencias corporales o mediante secuestro de objetos.

Más allá de la imperfección técnica es claro que el último párrafo tiene por fin impedir la aplicación extensiva, a pesar de la falta de analogía sustancial, de las disposiciones que prohíben declarar o conceden derechos de abstención.

Estas consideraciones permiten también dar respuesta a la queja de los recurrentes en punto a que el *a quo* habría establecido una interpretación inconciliable con el art. 2 C.P.P.N. Por cierto, esa regla general rige también la interpretación del art. 218 bis C.P.P.N. Sin embargo, el alcance que el *a quo* ha asignado al párrafo quinto de esta disposición tiene suficiente base en una consideración contextual y sistemática, que también toma en cuenta su párrafo sexto que despeja toda cuestión sobre su alcance.

A los fines de poner a prueba el resultado de la interpretación textual, contextual y sistemática es pertinente el recurso a los antecedentes como medio auxiliar de interpretación. El recurso a los antecedentes sólo es admisible en cuanto permita confirmar una interpretación legal, nunca es admisible para sustituirla, porque la ley constituye un mandato objetivo, que según su modo de concreción puede o no coincidir con la voluntad expresada por quienes han intervenido en su elaboración y sanción.

La reforma introducida por ley 26.549 tiene un claro origen, de modo que en su interpretación es pertinente atender al contexto que le dio origen: la denuncia presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violación a los arts. 5, 8, 17 y 25 CADH, en que habría incurrido el Estado argentino como consecuencia de la sentencia de la Corte Suprema en el caso de Fallos: 326:3758 (“Vázquez Ferrá, Evelin Karina Karina”), que culminó con una solución amistosa entre los peticionarios y el Estado argentino, en el que el Poder

Ejecutivo se comprometió, entre otras medidas, a: a) “a enviar al Honorable Congreso de la Nación un proyecto de ley para establecer un procedimiento para la obtención de muestras de ADN que resguarde los derechos de los involucrados y resulte eficaz para la investigación y juzgamiento de la apropiación de niños originada durante la dictadura militar”; y b) “a enviar al Honorable Congreso de la Nación un proyecto de ley para modificar la legislación que regula el funcionamiento del Banco Nacional de Datos Genéticos, a fin de adecuarla a los avances de la ciencia en la materia”. El acuerdo de solución amistosa fue aprobado por la Comisión IDH cuando después de la promulgación de las leyes 23.548 y 23.549, de las que la Comisión tomó nota (confr. Informe N° 160/10, “Inocencia Luca de Pegoraro y otros vs. Argentina”, petición P-242-03, decisión de 01/11/2010, §§ 23, punto 2.1, 26, y punto dispositivo 1). Habida cuenta de que en la denuncia se había alegado que “[la] resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cerró las puertas a una posible investigación de la desaparición de Susana Pegoraro y Raúl Santiago Bauer además de la identificación de Evelin Vásquez Ferrá”, el arreglo amistoso debe entenderse dirigido a superar el obstáculo que la sentencia de la Corte Suprema había constituido para esa investigación.

El Poder Ejecutivo Nacional, en cumplimiento del acuerdo de solución amistosa, había remitido el proyecto de ley al Congreso Nacional, proponiendo un texto legal que ya contenía un pasaje como el que en definitiva fue sancionado como párrafo sexto. Ese pasaje claramente estaba concebido para superar la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso de Fallos: 326:3758 (“Vásquez Ferrá, Evelin Karina Karina”), en particular, habida cuenta de la opinión de los jueces que habían entendido que debía atenderse a la oposición de la presunta víctima de un delito de falsedad ideológica de documento público, supresión de estado civil y retención de una niña menor de 10, por hipótesis nacida y sustraída en ocasión de la detención ilegal de la madre, sobre la base de una extensión de las reglas de los arts. 278 y 279 del anterior Código de Procedimientos en Materia Penal que contenían provisiones similares a las de los actuales arts. 242 y 243 C.P.P.N. (confr. votos de los jueces Belluscio y López, consid. 10; voto del juez Vásquez, consid. 29). La opinión de estos jueces debe diferenciarse de la de otros que, negando raigambre constitucional a los arts. 278 y

concordantes C.P.P.N., no habían propiciado una interpretación extensiva de esa disposición a los supuestos de injerencias corporales, pero habían declarado que *“al juzgar la proporcionalidad e la injerencia que la medida en cuestión significa se debe computar que ella debería ser realizada sobre una persona a la que, por la fuerza, se la estaría obligando a ser quien, en definitiva, aporte pruebas para que se pueda llegar a la condena de aquellos a quienes su conciencia le indica que debe proteger”* (confr. voto de los jueces Petracchi y Moliné O’Connor, considerandos 19 a 26, y esp. consid. 27, y voto concurrente del juez Fayt). También debe diferenciarse de la de los jueces que declararon la impropiedad de extender soluciones del art. 278 CPMP a los casos de injerencias corporales (confr. voto del juez Boggiano, consid. 10; voto del juez Maqueda, consid. 19 y ss.).

Ahora bien, los recurrentes argumentan que el examen del debate legislativo, en particular en la Cámara de Diputados a partir de la propuesta del Diputado Pinedo. Señalan que en la discusión se suprimió el adverbio “preferentemente” y apoyándose en un comentario de doctrina no publicado a la fecha de interposición del recurso que *“la supresión de esa palabra es la que determina la imposibilidad de compeler a la víctima, la voluntad del legislador ha sido que a este sujeto procesal no puede ser pasivo –de manera coercitiva- del método directo de extracción de ADN”* (ahora publicado por BONGIOVANNI SERVERA, José G. *“Extracción compulsiva de ADN. Nuevos aportes para una interpretación constitucionalmente válida del artículo 218 bis del C.P.P.N.”*, en La Ley, 04/05/2011, p. 5, que según observo, constituye un comentario de jurisprudencia crítico a la sentencia de la Cámara Federal de San Martín que se ha traído a revisión de esta Sala).

La proposición es desde todo punto de vista errada. En primer lugar, porque confunde la intervención de un diputado con una supuesta “voluntad del legislador”, ficción ésta que ha sido desautorizada desde hace tiempo, porque lo que rige es el mandato de la ley, y no lo que uno o varios legisladores pudieron

haberse propuesto.

En segundo lugar porque si el trámite legislativo puede dar auxilio a la interpretación del texto objetivo de la ley, la conclusión que se sostiene no consulta de modo exhaustivo el trámite legislativo.

Por razón de simplificación sólo he de señalar que en la Cámara de Diputados se promovieron diferentes mociones para sujetar la admisibilidad de injerencias corporales al presupuesto del consentimiento de la presunta víctima y ninguna de esas mociones tuvo acogida. Así, por ejemplo, los dictámenes disidentes del dictamen de mayoría de las Comisiones de Legislación Penal y de Derechos Humanos y Garantías, emitidos en minoría por la Diputada Guinzburg (confr. Cám. de Diputados de la Nación, Sesiones ordinarias 2009, orden del día N° 2113, ps. 2/3), por el Diputado Acuña (ibídem, p. 3), por los Diputados Gil Lozano, Azcoiti, Calza, Giudici, Lanceta, Morandini y Storni (ibídem, ps. 3/5), por los Diputados Albrisi y Vega (ibídem, p. 5).

Destaco también que al debatirse la cuestión en la Cámara de Diputados el texto del párrafo quinto que venía propuesto por el dictamen de mayoría de las Comisiones, fue objeto de una propuesta de modificación en el que se suprimía el adverbio “*preferentemente*” (confr. intervención de la Diputada César, Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 04/11/2009). Esta Diputada era de aquellas que entendían que “*Ya se trate de imputados o de presuntas víctimas, el Estado puede avanzar incluso de forma compulsiva sobre los derechos de sus habitantes, que por cierto no son absolutos*”.

Hasta ese momento, no había intervenido aún el Diputado Pinedo en el debate de la ley. Esta intervención se produjo mucho más tarde. Al tomar la palabra el Diputado Nacional se refirió a las consultas que había efectuado, y anunció que propondría una “*pequeña modificación*” consistente en una sustitución parcial del párrafo quinto, que según entendía “*permitiría un apoyo casi unánime de esta Cámara al proyecto*”. Éste era el texto que propuso en sustitución del párrafo quinto: “*Asimismo, cuando se deba obtener ADN de la presunta víctima del delito, la medida ordenada se practicará teniendo en cuenta tal condición a fin de evitar su revictimización y resguardar los derechos específicos que detenta. A tal efecto, si la víctima se opusiera a la realización de las medidas indicadas en el segundo párrafo, el juez procederá a ordenar la*

obtención del ADN por medios distintos a la inspección corporal, del modo indicado en el cuarto párrafo.” Según afirmó el Diputado Pinedo *“En estas condiciones creo que muchas de las objeciones que se han planteado de buena fe en este recinto por parte de diputados de diferentes bloques quedarían superadas. Por lo tanto, de aceptarse mi propuesta, adelanto que acompañaremos con nuestro voto afirmativo la sanción del proyecto bajo análisis”*. El texto propuesto por el Diputado Pinedo no era ninguna modificación “pequeña”, era un cambio sustancial que se alineaba en este punto con los de los Diputados que habían firmado los dictámenes en minoría, porque claramente impedía la injerencia corporal si la presunta víctima se oponía a ella.

La propuesta del Diputado Pinedo no fue acogida en el debate que siguió. Más aún, ni siquiera fue objeto de consideración puntual. Efectuada la votación el texto resultó aprobado por 154 votos a favor y 33 en contra.

De tal suerte, el examen del debate parlamentario pone en evidencia que ninguna de las posiciones que se oponían a la ordenación de injerencias corporales cuando mediase oposición de la presunta víctima fue acogida en la votación final. La conclusión que pretenden extraer los recurrentes, tampoco encuentra pues apoyo en el debate parlamentario.

Por cierto, la supresión del adverbio “preferentemente” se hizo a instancias de la Diputada que defendía el proyecto aprobado en mayoría en las Comisiones. Sobre las negociaciones que pudieron haber fuera del recinto, que parecen sugeridas en la intervención de la Diputada César, no hay documentación alguna. En todo caso, las opiniones que pudieron haber expresado en la respectiva Cámara los Senadores Sanz y Petcoff Naidenoff sobre cuál era su creencia acerca del alcance de la ley que estaban votando, de las que trajeron noticia en la audiencia los recurrentes, (confr. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, Sesión de 18/11/2009) tampoco conducen a una inteligencia distinta. Porque lo decisivo no es cuál pudo haber sido el alcance de la ley que los Senadores creían votar, sino cuál es el texto objetivo que votaron.

Esas intervenciones no sirven para aclarar el pensamiento de ese cuerpo, si es que pudiese con propiedad predicarse la existencia del pensamiento de un colectivo. Por lo demás, ninguna regla de interpretación permite adjudicar a un congresista en particular, ni siquiera al miembro informante del proyecto, la voz de la voluntad de Poder Legislativo. Máxime cuando las intervenciones de los miembros de las respectivas Cámaras no han ido claramente en el mismo sentido.

La pretensión de los recurrentes en punto a que en toda tarea de interpretación legal debe darse suficiente atención a la “voluntad del legislador” parte de una máxima que necesita de explicación previa, esto es, por qué la voluntad del legislador –por hipótesis objetivable- podría completar el texto de una ley oscura o no bien lograda. En todo caso, en la tarea de interpretación la ley adquiere existencia objetiva independiente de esos fallos.

En el caso, por las razones explicadas más arriba, concluyo en que el art. 218 bis C.P.P.N. provee una base legal suficiente para ordenar medidas a fin de coleccionar muestras de tejidos o fluidos corporales de una presunta víctima, aunque ésta exprese su oposición, siempre que respete las restantes condiciones legales. A saber, que se trate de una medida de las admisibles según el párrafo segundo C.P.P.N., que sean ordenadas por un juez por auto fundado, que la decisión se ajuste estrictamente a los principios de necesidad, razonabilidad y mencionados en el párrafo primero, en cuya ponderación debe tomarse en cuenta el carácter de presunta víctima, el fin de evitar una nueva victimización, y sus demás derechos. Estos principios imponen limitar el uso de las facultades coercitivas a lo “estrictamente necesario”, según el párrafo tercero, cuando otras medidas alternativas no ofrezcan con probabilidad la misma idoneidad para obtener el resultado perseguido, según el párrafo cuarto. Además, están sujetas a un escrutinio de proporcionalidad que autoriza al ejercicio de proporcionalidad también estricto, según el párrafo primero, que examine en concreto el costo que se impone a la presunta víctima en relación a la importancia de la finalidad perseguida.

b.6. La impugnación subsidiaria de inconstitucionalidad. La inexistencia de una doctrina de la Corte que pueda considerarse consolidada.

Los recurrentes han sostenido que el art. 218 bis C.P.P.N. no ofrece

suficiente base legal para ordenar la práctica de una injerencia corporal para la recolección de tejidos y fluidos de la presunta víctima del delito. En subsidio han sostenido que, si se arribase a la solución contraria, esa ley sería inconciliable con los derechos que la presunta víctima tiene según la Constitución Nacional y ciertos tratados de derechos humanos que complementan la primera parte de ésta.

Se refieren a la decisión de la Corte Suprema en el caso de Fallos: 332:1835 (“Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros”) y afirman que *“La suma de votos acumulados [en esa decisión] permite afirmar que suficientes jueces de la Corte Suprema consideraron a la extracción compulsiva como inconstitucional”* y que el *a quo* ha errado al afirmar que no existe un criterio o doctrina de la Corte que puedan considerarse “consolidados” (fs. 139 vta.). En la audiencia los recurrentes se han extendido sobre este punto, explicando por qué entendían que cinco jueces de la Corte Suprema, o al menos cuatro de ellos, habían rechazado la constitucionalidad de la extracción compulsiva de muestras sanguíneas a la presunta víctima del delito, en un caso que sostiene guarda analogías con el que esta Sala ha sido llamada a decidir.

Concluyen que el alcance asignado por el *a quo* al art. 218 bis C.P.P.N. sería incompatible con la Constitución Nacional, porque ese alcance *“contradice la doctrina expuesta por la Corte Suprema en “Gualtieri Rugnone de Prieto” (Fallos: 332:1835 [...])”* y que *“Esto solo debería bastar para que el pronunciamiento en cuestión sea revocado”*. Alegan que *“El precedente ‘Gualtieri I’ consagra una solución que es enteramente trasladable al caso de autos y que puede enunciarse así: Ni aun en los delitos llamados de lesa humanidad, donde un examen de histocompatibilidad aparezca como una prueba necesaria para esclarecerlo, y aunque existan suficientes evidencias de que existió una apropiación de hijos de personas desaparecidas, pueden los jueces ordenar un examen compulsivo, con extracción de sangre incluida, contra la presunta víctima de la apropiación que no consiente semejante avance en su autonomía”* (fs. 136).

Consideró que lo decidido en ese caso por la Corte permite afirmar que la medida que autoriza la extracción compulsiva de sangre u otras muestras es inconstitucional, sobre la base del cómputo de resultados al que se arribó en los votos individuales.

Así, han señalado que *“Los jueces Fayt y Petracchi, se remitieron a sus votos anteriores en ‘Vazquez Ferrá’ y consideraron a la extracción compulsiva como lesiva del principio de intimidad. Recuérdese que en ‘Vazquez Ferrá’, en el voto conjunto de los jueces Moliné y Petracchi, al que adhirió en lo sustancial el juez Fayt, se había hablado de la necesidad de respetar los ‘lazos afectivos estrechos, fuertemente relacionados con el derecho a la intimidad’”*. Agregaron que *“De igual manera el voto de la juez Argibay es otra ratificación expresa de su adhesión al principio central del caso Vázquez Ferrá, en cuanto prohibió la realización de un examen compulsivo de histocompatibilidad (...)”* (fs. 140). Mientras que *“Otros dos jueces, Lorenzetti y Zaffaroni, lejos están de haber propiciado en su voto la revocación de la doctrina de aquel caso. Una lectura seria de ese voto muestra que para dichos jueces el caso presenta una colisión de intereses y derechos constitucionales de tal magnitud, que no es posible privilegiar a uno por sobre el otro, dada la equivalencia que advierten.”* (fs. 40 vta.). En la audiencia han reforzado esta argumentación.

Ahora bien, esa cuestión no debe ser tratada en este estadio, porque en todo caso, como se verá, en ninguno de los jueces que han intervenido en el dictado de la sentencia que invocan los recurrentes ha declarado que la obtención compulsiva de muestras de tejidos o fluidos del cuerpo de la presunta víctima sea en sí misma incompatible con la Constitución, sino que sus conclusiones han estado guiadas por consideraciones de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En efecto, los jueces Lorenzetti y Zaffaroni no han concluido que una extracción no consentida de fluidos y tejidos corporales pudiese ser siempre y en todo caso contraria a la Constitución Nacional sino que consideraron que en ese caso la extracción no era compatible con la Constitución sobre la base de consideraciones de subsidiariedad (vide consid. 20). Y en particular han señalado que *“en la causa no se han agotado las posibilidades de obtener material genético por medios menos lesivos que la intervención física sobre la víctima, por lo cual*

resultaría violado el criterio de menor ofensividad antes señalado” (consid. 27), principio que sólo se aplica si existe la posibilidad de recurrir al medio más restrictivo cuando no está disponible o fracasa el menos restrictivo.

Los jueces Petracchi y Fayt se han remitido a sus respectivos votos en la sentencia de Fallos: 326:3758 (“Vázquez Ferrá, Evelin Karina”), y han declarado expresamente que la cuestión debía ser decidida con arreglo a criterios de proporcionalidad (confr. considerandos 27 y ss. del voto de los jueces Petracchi y Moliné O’Connor en ese caso, al que a su vez había adherido el juez Fayt).

Y la jueza Argibay, tampoco. Al contrario, según su interpretación constitucional reseñada más arriba en el punto IV, *“La decisión de encuadrar constitucionalmente el derecho [del recurrente] a oponerse a la extracción compulsiva de sangre dentro de la protección del artículo 18 de la Constitución Nacional tiene una importante consecuencia que debe ser ponderada, pues dicha garantía admite que en ciertos supuestos el Estado pueda interferir en distintos aspectos de la vida privada de una persona. Esta posibilidad está dada por la necesaria intervención de un juez que deberá estimar si la medida es razonable, es decir, si tan grave interferencia en los derechos individuales está justificada en orden a obtener los elementos de juicio imprescindibles para fallar el caso”* (consid. IV.4 del voto de la jueza Argibay, que en definitiva votó por hacer lugar al recurso extraordinario atendiendo a que las razones que habían sustentado una anterior decisión de autorizar la injerencia, ya no concurrían por haber alcanzado el afectado la mayoría de edad, y porque las nuevas que ahora proponía el Procurador General no habían sido propuestas en las instancias anteriores para que los jueces competentes pudieran evaluarlas como fundamentos de sus decisiones).

Evidentemente, tampoco la jueza Highton, ni el juez Maqueda, admitieron que la medida que decidió la extracción sanguínea sin consentimiento del afectado pudiese en el caso concreto ser inconciliable con la Constitución, y ellos, a diferencias de los restantes, confirmaron la decisión recurrida. (voto de la jueza Highton, consid. 19 y 20; voto del juez Maqueda, consid. 35 a 40).

En suma, la sentencia de la Corte Suprema que los recurrentes invocan será tomada en consideración en los puntos de examen que se abordan a continuación.

Sólo he de hacer una advertencia previa, pues entiendo que el *a quo* no ha errado al señalar que no existe una doctrina consolidada de la Corte Suprema. Si fuese correcto que tal doctrina existe, la cuestión aparecería de un modo relativamente más sencillo, pues sólo sería necesario examinar si existe analogía sustancial entre el caso allí decidido y el presente, y aplicar el estándar jurídico de la alegada doctrina. Se sostiene que los jueces deben ajustarse a las decisiones dictadas por la Corte Suprema en casos similares (Fallos: 307:1094; 312:2007; 316:221; 318:2060; 319:699 y 321:2294), deber que se sustenta tanto en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional de las leyes dictadas en su consecuencia, como en razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional (arg. Fallos: 25:364; 212:51 y 160; 256:208; 303:1769; 311:1644 y 2004; 318:2103; 320:1660; 321:3201 y sus citas), en tanto no se aporten argumentos novedosos que pongan en crisis la doctrina establecida por la Corte Suprema.

A este respecto, si la Corte Suprema ha sentado doctrina sobre una cláusula de la Constitución, y el caso que deben decidir los tribunales inferiores guarda sustancial analogía con la decisión de la Corte en la que aquella doctrina ha sido sentada, entiendo irrelevante discurrir acerca de si esa doctrina es jurídicamente obligatoria y de seguimiento imperativo por los tribunales inferiores, o si su seguimiento deriva de una regla utilitaria sin carácter normativo. En cualquier caso incumbe a los tribunales inferiores examinar la existencia de una doctrina de la Corte, su aplicabilidad al caso, sus razones, y eventualmente la exposición de razones propias para apartarse de aquélla. Ello es así pues la independencia como atributo de la jurisdicción no implica que cada juez esté autorizado a decidir aislado del sistema del Poder que integra (confr. *mutatis mutandis* mi voto en la causa n° 10.405, “Petrelli, Oscar Enrique s/ recurso de casación” -rta. 18/03/2009; Reg. N° 14.075-).

En efecto, la independencia de criterio del juez en la interpretación de la ley y la Constitución, no excusa de la jurisprudencia establecida por los tribunales que tienen jurisdicción para revisar sus decisiones, porque el deber de

afianzar la justicia les impone considerar si la decisión que habrán de tomar superaría probablemente un recurso o impugnación de la parte afectada.

En otras circunstancias me he expresado sobre este problema al emitir mi voto en la causa n° 6025, del registro de esta SALA II, “Condori Mamani, Miguel Ángel s/recurso de casación” (rta. 13/08/2008, Reg. N° 13.070), donde desarrollé las razones por las que entendía que debía seguir la jurisprudencia de la Corte Suprema a pesar mi inteligencia contraria de una disposición del Código Penal. Considero oportuno reproducir aquí esas razones.

Dije entonces que no se trata aquí de buscar un valor “moral” del pronunciamiento, o de una jurisprudencia “vinculante” no fundada en la ley sino en un principio de autoridad, pues tal principio no existe en un Poder Judicial en el que no hay subordinación jerárquica de unos jueces a otros que intervienen en una instancia posterior. Se trata de preservar el principio republicano que exige una interpretación igualitaria de la ley, a la que todos los jueces están sometidos. Sólo el respeto de ese principio de interpretación igualitaria, en casos en que es de prever que la interpretación contraria al precedente no superaría el eventual escrutinio de la Corte Suprema, impone a los jueces extrema prudencia. Porque no se trata de hacer prevalecer las propias razones, porque se crean éstas mejores: se trata antes bien de que los jueces de un único Poder Judicial aseguren una aplicación igualitaria de la ley, que satisfaga la seguridad jurídica que emana de su aplicación uniforme y de la práctica constante de la jurisprudencia de sus tribunales (véase Cám. Nac. de Apelaciones en lo Civil, Sala E, “Del Águila, Sonia Karen y otro c. Expreso Gral. Sarmiento S.A.T. y otro”, rta. 26/05/2008, en LL 7/7/2008, p. 8; tb. el voto de la jueza Kemelmajer de Carlucci, en los casos de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, “Funes, Emma M. v. Mateu Bustos Marcela A.”, Sala 1ª, sent. de 25/2/2004, en LL Gran Cuyo 2004-328; y “Furnari, Roberto V. v. Sánchez Coris, Guillermo F.”, Sala 1ª., sent. de 26/4/1988, en JA 1989-IV-212). Detrás de ello hay una razón política: si los jueces, invocando su independencia de criterio, estuviesen autorizados a someter a revisión constante

los criterios de interpretación de los que discrepan, entonces no habría seguridad alguna acerca del alcance de la ley ni de cómo ésta será aplicada en los casos futuros, y esa revisión constante no sólo pugnaría con el principio republicano, sino con el mandato del Preámbulo de la Constitución de afianzar la justicia, donde “afianzar” implica, entre otras cosas, dar seguridad a los involucrados en los juicios acerca del alcance de la ley y adicionalmente cimentar la confianza de los habitantes en las decisiones de sus jueces como última palabra estatal para la defensa de los derechos y la solución de los conflictos.

En este sentido he sostenido que el seguimiento del precedente de la Corte Suprema tiene por último fundamento similitudes con uno de los fundamentos del llamado *stare decisis* vertical del *common-law*, aunque esta regla no sea estrictamente trasladable a nuestro sistema constitucional . Así se expresa que “*el stare decisis en el common law norteamericano es una norma jurídica cuyo sentido axiológico se encuentra en los valores orden, seguridad, paz y justicia*” (CUETO RUA, Julio César, *El "Common Law"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, cit., p.104).

Por cierto, si la solución que los jueces consideran errada, llevase además a resultados que no fuesen compatibles con los mandatos constitucionales, o repugnasen abiertamente al sentido de justicia del caso concreto, los jueces podrían no obstante apartarse de lo que “*está decidido*” por la jurisprudencia de la Corte Suprema (véase al respecto LEGARRE, Santiago, *Stare decisis y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos*, en *El Derecho Constitucional*, vol. 2005, ps. 676/680).

En suma, los jueces no pueden excusarse de considerar cuál es el sentido de una jurisprudencia establecida por la Corte Suprema, y qué posibilidades reales tendría una decisión divergente de superar un recurso ante la Corte Suprema.

Ahora bien, si existe una decisión emitida sobre la base de fundamentos divergentes, pero no existe una doctrina claramente establecida por la Corte Suprema, que pueda ser tomada como precedente, entonces las consideraciones anteriores son imposibles de aplicar.

Así sucede en la sentencia del caso de Fallos: 332:1835 que pronuncia por mayoría una decisión del caso, pero no sienta ninguna doctrina

común que ofrezca un estándar claro para resolver el presente caso. A este respecto evoco que debe distinguirse entre el acuerdo en la solución y el acuerdo en los fundamentos. Distinción que es trascendental porque, si no hay acuerdo en los fundamentos, no son claras los principios y razones por los que esta Cámara debería decidir y elegir, entre los fundamentos discordantes de los votos individuales de los jueces de la Corte Suprema aquellos que podrían fundar la alegada inconstitucionalidad del art. 218 bis C.P.P.N.

Ello no impide que, en cuanto sea pertinente, en el examen que a partir de aquí se emprende, pueda tomarse nota del valor argumentativo de los votos individuales de aquél caso.

-VI-

Legitimidad de los fines perseguidos por las medidas.

Un derecho sólo puede ser objeto de limitación, si la ley que autoriza la limitación persigue un fin legítimo. El fin se considera legítimo cuando se trata de alguno de los fines autorizados por la Constitución o los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que la complementan.

El principio 1 de los Principios de Siracusa declara que “*No se permitirán otras limitaciones o motivos para aplicar estas limitaciones a los derechos garantizados por el Pacto, distintas de las que figuran en las disposiciones del propio Pacto*”. A su vez, el principio 10 establece que “*Siempre que, conforme a las disposiciones del Pacto, se exija que una limitación sea "necesaria", este término implicará que la limitación: a. Se basa en uno de los motivos que justifican las limitaciones reconocidas por el artículo pertinente del Pacto [...]*” (“Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (Doc. E/CN.4/1985/4),

Por su parte, la Corte IDH ha declarado que “*La Convención no se limita a exigir una ley para que las restricciones al goce y ejercicio de los*

derechos y libertades sean jurídicamente lícitas. Requiere, además, que esas leyes se dicten ‘por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas’ [...] (confr. Corte IDH, OC-6/86, “*La expresión «leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, de 09/05/1986, § 28).

Según la sentencia Fallos: 306:1892 (“Ponzetti de Balbín, Indalia vs. Editorial Atlántida S.A.”, consid. 8) son admisibles injerencias y restricciones al derecho a la vida privada, tal como lo definió la Corte Suprema en aquel caso, siempre que “*medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen*”

El presente proceso es de naturaleza penal, y tiene por objeto la investigación de un delito, y en su caso la identificación de sus partícipes, y el enjuiciamiento y castigo de los responsables. Se persigue, pues un fin legítimo, “*la persecución del crimen*” en los términos antes citados.

En el caso de Fallos: 332:1835, varios de los jueces han estimado que la persecución del crimen es una finalidad legítima para la restricción de los derechos afectados por una medida de recolección de fluidos sanguíneos de la presunta víctima del delito investigado (voto de la jueza Highton de Nolasco, consid. 11; voto del juez Maqueda, consid. 16), o “*la defensa de la sociedad y la persecución del crimen*” (voto del juez Maqueda, consid. 35), o “*el resguardo de la libertad de los demás y la persecución del crimen*” (voto de la jueza Highton de Nolasco, consid. 15; voto del juez Maqueda, consid. 4).

Dos precisiones son al efecto necesarias.

Primero, la finalidad de persecución del crimen no es suficiente para justificar cualquier injerencia en el ámbito de protección del art. 19 C.N., ni en cualquier caso. Como lo ha señalado el juez Maqueda, en el caso de Fallos: 332:1835, “[...] *el balance entre los intereses de toda persona a no sufrir invasiones a su privacidad y el interés estatal en la persecución penal debe incluir una necesaria ponderación de los instrumentos escogidos y los fines hacia los que se dirige la específica medida de coerción dispuesta en la causa. A dichos efectos corresponde tamizar la medida por los filtros de necesidad, adecuación y proporcionalidad*” (considerando 17). La jueza Highton ha señalado que “*El derecho a la intimidad -tutelado por el artículo 19 de la Norma Fundamental también debe*

ponderarse tanto a la luz de los diversos derechos consagrados por el texto como en relación a las facultades estatales de restringir el ejercicio de tal derecho, en un marco razonable, para la necesaria eficacia en la persecución del crimen” (consid. 11).

Los jueces Zaffaroni y Lorenzetti no han puesto en cuestión que la persecución del crimen y la defensa de la sociedad puedan constituir un fin legítimo que justifique la restricción de ciertos derechos en el marco de las medidas de investigación penal. Sin embargo han advertido que *“la persecución a ultranza del crimen puede acarrear lesiones al derecho de la presunta víctima secuestrada de carácter irreparable”* (consid. 4); y declarado que *“la pretensión punitiva del Estado -el llamado jus puniendi- no puede habilitar una coacción que lesione a ninguna víctima en forma grave y contra su voluntad invocando un nebuloso y abstracto interés social, o sea, adjudicándose la voluntad de todos los habitantes e incurriendo con ello en la identificación de Estado y sociedad, porque además de caer en una tesis autoritaria, en cualquier caso le está vedado incurrir en una doble victimización”* (consid. 11). Si bien se mira, en esa visión, reposan nuevamente criterios de proporcionalidad en el que se sopesa el “derecho a la verdad de las otras víctimas”.

Los jueces Petracchi y Fayt, en el mismo caso, se han remitido a sus votos en Fallos: 326:3578 (“Vázquez Ferrá, Evelin Karina”). El voto conjunto del juez Petracchi y Moliné O’Connor en aquel caso, al que había adherido el juez Fayt, admitía que en otras circunstancias no es ilegítima la finalidad de resguardo de la libertad de los demás, defensa de la sociedad y persecución del crimen (confr. consid. 16), aunque destacó la injerencia debe ser sometida a control de proporcionalidad (confr. consid. 27), lo que implica un juicio de proporcionalidad entre el fin legítimo y las restricciones que acarrea a quien ha de sufrir la medida.

En rigor, la finalidad que legitima las injerencias en el marco de un proceso penal no puede reducirse solamente a la averiguación de la verdad (en sentido procesal) con la finalidad de persecución del crimen. Como se ha

señalado, “*el proceso penal -en un Estado de derecho- no tiene solamente el fin de perseguir la averiguación de la verdad histórica; su meta es, antes bien, la de proteger los intereses de los afectados y procurar, en general, que la búsqueda de la verdad se lleve a cabo por medios formalizados y orientados por respeto a los principios*” (HASSEMER, Winfried, *La responsabilidad penal por crímenes de Estado y el cambio de sistema político en Alemania bajo la lupa de las causas de justificación*”, en NDP, 1998-A p. 75).

No se trata pues de la pura abstracción de la finalidad de persecución del crimen, sino de la persecución del crimen en atención a los concretos intereses de los afectados por ese crimen. Evoco aquí que se ha advertido que “*las leyes de procedimientos en materia penal, que no sólo atienden al interés general afectado por el delito, para aplicar al castigo señalado al mismo por las leyes de fondo, sino que deben velar asimismo por el interés de las personas directamente afectadas a causa de su perpetración*” (Fallos: 326:3758, “Vázquez Ferrá, Evelin Karina”, voto del juez Vázquez, consid. 23).

La consideración de los intereses de quienes han sido concretamente afectados por el delito concreto, da contenido y límite a la difusa finalidad legítima de “persecución del crimen”. Este es el campo de aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, en cuyo escrutinio deben considerarse la naturaleza del delito, y de las afectaciones e intereses de sus presuntas víctimas.

La segunda precisión se deduce de la finalidad de persecución del crimen, y de la consideración de los derechos de los afectados por ese crimen. Excede el objeto de la persecución procurar, en el marco del proceso penal, todos los remedios de las eventuales afectaciones.

Así, adelanto, que en este proceso no puede perseguirse ni la modificación del nombre de Marcela Noble Herrera ni de Felipe Noble Herrera presuntas víctimas de los hechos de sustracción y ocultamiento de niños objeto de este proceso, ni la modificación de su emplazamiento en el estado de familia que tienen en la actualidad, ni la impugnación de la concesión en adopción decidida por los tribunales judiciales de la Provincia de Buenos Aires. En todo caso, el proceso penal no es la vía procesal a tal fin, materias para las que la ley provee vías judiciales contenciosas específicas, que no pueden ser promovidas de oficio por el Estado, sino por las personas legitimadas.

-VIII-

Establecido que las medidas impugnadas persiguen una finalidad legítima, corresponde a continuación abordar el examen de proporcionalidad, que impone indagar su necesidad, y la proporcionalidad en sentido estricto.

El art. 218 bis, primer párrafo, C.P.P.N. condiciona la admisibilidad de las medidas que regula con arreglo a criterio de “*necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto*”. Pero aunque estableciese de modo expreso tal condición, tal escrutinio vendría impuesto según el estándar adelantado en el punto III de este voto.

a) Necesidad de las medidas de injerencia

El escrutinio de necesidad concreta de las medidas de injerencia se determina por relación al objeto del proceso, con arreglo al criterio de idoneidad, y al principio de subsidiariedad.

1) Por relación al objeto procesal.

El objeto del proceso determina en primer lugar si la medida es necesaria. Ello es así porque las facultades de injerencia se enmarcan en el proceso penal, y en particular en el régimen regulado por el Código Procesal Penal de la Nación, durante la instrucción, por la finalidad de “*comprobar si existe un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad*”, por la de “*establecer las circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenúen o justifiquen o influyan en la punibilidad*” y por la de “*individualizar a los partícipes*” (art. 193, incs. 1, 2 y 3).

En el caso de “Müller”, la Corte señaló que las normas que confieren atribuciones amplias a los jueces para disponer medidas de prueba deben entenderse razonablemente dirigidas a la averiguación de los hechos presuntamente delictivos que constituyen el objeto sumarial y no otros cualesquiera (Fallos: 313:1113, considerando 15). Por ello, la mayoría del

Tribunal entendió que la medida excedía el objeto de la investigación penal y afectaba el régimen de adopción plena.

En cambio la Corte Suprema ha admitido la recolección de muestras sanguíneas cuando el estudio ordenado guardaba relación directa con el objeto procesal de la causa, era conducente para el esclarecimiento de los hechos y no excedía de los límites propios del proceso en que fue dispuesto (Fallos: 318:2518, “H., G. S.”).

En el caso de Fallos: 332:1835, se presenta nuevamente la necesidad por relación al objeto del proceso, en cuanto declara que corresponde “*evaluar si la medida de que se trata aparece como una diligencia razonable en función de los objetivos del proceso*” (consid. 17), o si guarda “*inmediata vinculación con el objeto procesal*” (ibídem, consid. 19).

También se abordó la necesidad de la medida en relación con el objeto del proceso en el caso de Fallos: 326:3758, (“Vázquez Ferrá, Evelin Karina), y se había declarado que “[...] *ni siquiera se aprecia la necesidad del examen sanguíneo —calificado por la cámara de prueba meramente complementaria— para concluir en la existencia del delito que motiva el proceso. En efecto, ésta se encuentra prácticamente fuera de duda a partir de la confesión lisa y llana de ambos procesados, con lo que en rigor la prueba no estaría destinada a demostrar la comisión del delito sino la existencia del verdadero lazo de parentesco con la querellante; y a este respecto, su determinación poco añadiría puesto que la misma infracción penal existiría si la recurrente fuera hija de la hija de la querellante, que si lo fuera de otra persona. [...] Todo lo cual no guarda relación directa con la finalidad de comprobar y juzgar el delito que en esta causa se investiga*” (voto de los jueces Belluscio y López, consid. 11). Han adherido a la idea de que la prueba era meramente complementaria los jueces Petracchi y Moliné O’Connor (consid. 31). También el juez Boggiano había declarado que “*no es imprescindible para determinar la verdad de lo ocurrido a los fines del proceso penal que se sigue contra los procesados. En efecto, ningún dato relevante se aportaría con la investigación acerca de si la nombrada es o no nieta de la querellante, puesto que de las pruebas hasta ahora reunidas se desprende que no es hija de los procesados y ésta circunstancia es suficiente para comprobar la infracción criminal que se examina, al menos desde una evaluación*

externa de los hechos [...] la extracción de sangre no guarda nexo con la comprobación del delito que motiva el proceso, el que se configuraría cualquiera fuese la filiación de Evelin Karina Vázquez Ferrá” (Fallos: 326:3758, “Vázquez Ferrá, Evelin Karina”, voto del juez Boggiano, consid. 13). Afirmando también que *“la prueba de histocompatibilidad es innecesaria, pues excede el objeto propio del proceso en que fue dispuesta y el interés público no se ve afectado por la negativa de la recurrente a practicarla”* (Fallos: 326:3758, “Vázquez Ferrá, Evelin Karina”, voto del juez Boggiano, consid. 15).

Puede ponerse en discusión la corrección de esas afirmaciones, pues, si el objeto del proceso no era solamente que la niña no era hija de los padres aparentes que la habían inscripto y criado, sino que se trataba de la hipótesis de que la niña habría nacido mientras su madre estaba en situación de desaparición forzada y sustraída a ésta, pertenecía entonces también al objeto del proceso penal determinar las circunstancias del nacimiento de la niña, la identidad de su madre, y las circunstancias de la sustracción. Además, habida cuenta de que en el caso se había constituido como querellante quien presumía que la niña podría ser su nieta, entonces no era indiferente al objeto del proceso determinar la existencia de patrones de ADN que permitieran establecer la relación de ascendencia-descendencia, porque el interés legalmente reconocido a la querellante para actuar como tal, no abarcaba la sustracción de cualquier niño, en cualquier circunstancia, sino la sustracción de quien podría ser su nieta. Ello era suficiente para considerar la pertinencia de la medida con relación al objeto del proceso, con independencia de si era jurídicamente posible, y *prima facie* efectiva, una acción civil de emplazamiento de estado (sugerida por los jueces Belluscio y López, consid. 11, y Boggiano, consid. 16), que tiene un objeto distinto de la querrela criminal.

El defecto de la argumentación en aquel caso fue advertido claramente por el juez Maqueda, que declaró que *“el objeto penal no se ciñe a la demostración de la ausencia de relación biológica de los imputados con la recurrente. En efecto, la querellante ha denunciado que Evelin Karina Vázquez*

Ferrá había sido apropiada por Policarpo Luis Vázquez y Ana María Ferrá a pesar de que era hija biológica de Susana Beatriz Pegoraro y Rubén Santiago Bauer, razón por la cual la dilucidación acerca de la identidad biológica entre la querellante con la persona supuestamente apropiada en 1977 integra el ámbito de averiguación propio de la presente causa penal. (Fallos: 326:3758, “Vázquez Ferrá, Evelin Karina”, voto del juez Maqueda, consid. 38).

Sentadas las bases teóricas, corresponde examinar la pertinencia de las medidas impugnadas al objeto del proceso.

Este proceso se remonta a la denuncia realizada por la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo ante el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n° 2 de San Isidro – Secretaría n° 5 el 30 de abril del 2001. La asociación denunciante expresó que “[...] *Ante las numerosas y constantes denuncias recibidas en la sede la Institución que presido sobre el hecho de que Ernestina Herrera de Noble con domicilio en Laprida 2789- Lomas de San Isidro, Provincia de Buenos Aires adoptó en 1976 dos niños hijos de desaparecidos y ante el conocimiento de que existe una denuncia efectuada ante V.S. por una señora de apellido Jajan sobre ese hecho, vengo a manifestar lo que es de conocimiento de esta institución y a solicitar medidas a fin de esclarecer la verdad sobre los dos hijos que fueron adoptados por Herrera de Noble en 1976*” (cfr. fs.5).

A raíz de esa denuncia, la señora Fiscal actuante, presentó requerimiento de instrucción en fecha 12 de junio de 2001 (fs. 11/12). Allí requirió la instrucción del proceso, indicando como imputados a Ernestina Herrera de Noble, Monseñor Plaza y a Aldo Rico el hecho, en los mismos términos en que fueron relatados por la presidente de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, esto es, para investigar si los dos niños adoptados por Ernestina Herrera de Noble eran hijos de desaparecidos. En su presentación requirió distintas medidas probatorias.

Desde el inicio la investigación estuvo orientada a determinar las circunstancias en que Ernestina Herrera de Noble obtuvo la guarda de los niños, el esclarecimiento en que los dos niños fueron presentados a la jueza, una niña el 13 de mayo de 1976 por la misma señora Herrera de Noble, y un varón, el 7 de julio de 1976, por una mujer que habría dicho ser su madre y lo habría entregado para que fuera dado en adopción.

Como primera medida el juez de federal requirió y agregó copias de la causa nro. 7308/76 “N.N. s/abandono”, del registro del Juzgado de menores n° 1 de San Isidro, iniciada con la presentación de la niña y de la causa nro. 9149/76 caratulada “N.N. s/abandono” del registro del mismo tribunal, iniciada con la entrega del niño, tribunal que a la fecha de inicio había estado a cargo de la jueza Ofelia Edith Hejt. También se agregaron copias de expedientes anteriores donde se habían formulado denuncias del mismo tenor.

En el expediente 7308/76, el día 13 de mayo de 1976 declaró la señora Ernestina Herrera de Noble que “[...] *el día 2 del actual, en horas de la mañana, sintió llorar en la puerta de su casa a un bebé. Que la mencionada criatura se hallaba dentro de una caja de cartón y era de sexo femenino. Que la dicente la recogió y mantuvo a la niña en su hogar por varios días, esperando si se presentaban a reclamarla. Que no habiéndolo hecho nadie, decidió presentarse ante el Tribunal, por considerar que debía efectuar la denuncia, ante los estrados de la justicia. Que inmediatamente llevó a la niña a un médico pediatra de confianza, acompañada de la Sra. Yolanda Echagüe de Aragón, domiciliada en la casa vecina, quien también descubrió a la criatura en el lugar en que fue dejada. Que asimismo presenció el hecho el Sr. Roberto García, cuidador de una finca vecina. Que como no ha tenido descendencia de su matrimonio, y se ha encariñado con la criatura, desea la guarda de la misma, con fines ulteriores de adopción. Que desde ese día, llama a la menor Marcela Noble Herrera, y que así desearía que se la inscribiera a la misma, si de las averiguaciones practicadas al efecto surgiera que no está inscripta en el Registro Civil, -y que no es hallada su progenitora-[...]*” (copia de fs. 91).

La jueza decidió, el 14 de mayo de 1976: “*Otorgar la guarda de la menor NN (mujer) o Marcela Noble Herrera a Da. Ernestina Laura Herrera de Noble, con carácter provisional y a disposición de este Tribunal*”. (fs. 98).

Después de haber concedido la guarda, el mismo día, recibió declaración como testigos a Yolanda Echagüe de Aragón y a Roberto García, que

en lo sustancial ratificaron el relato de la señora Ernestina Herrera de Noble acerca de cómo había sido encontrada abandonada a la niña, frente a la puerta de su casa, en una caja de cartón (confr. copias de fs. 101 y 102, respectivamente). Sin embargo, más tarde uno de los testigos formuló rectificaciones y se retractó de las anteriores. La otra testigo, Yolanda Echagüe de Aragón, no pudo ser oída por el juez federal, porque se determinó que había fallecido el 03/10/99 (fs 352).

En su declaración de fs. 362/623 Roberto Antonio García dijo que fue chofer de la señora Herrera de Noble y no cuidador de la casa de la vecina Yolanda Echagüe Aragón. Refirió que *“Que cuando el declarante tenía 36 o 37 años de edad aproximadamente comenzó a trabajar para el Diario Clarín. Que ésto fue en el año 1952 aproximadamente, cuando se cumplieron siete años de la apertura de ese periódico. Que su trabajo era el de chofer particular del Sr. Roberto Noble. Que cuando éste falleció, comenzó a trabajar para su esposa. Que trabajó en total, durante 38 años aproximadamente, con esa familia. Que el declarante se jubiló en el año 1977 aproximadamente, a los 60 años de edad (...). Preguntado que fue por si era cuidador de una finca vecina de donde vivía la Sra. Herrera de Noble, respondió que no, que únicamente desempeñó la tarea de chofer”*. Por lo demás, relató que la imputada vivía en un domicilio en la calle Libertador y Godoy Cruz, pero nunca en la calle Laprida en San Isidro. Consta en el acta de la declaración que *“Preguntado que fue por si el día 2 de mayo de 1976 presenció el descubrimiento de una criatura en la puerta del domicilio ubicado en la calle Laprida 2789 de San Isidro, respondió que no. Leída y exhibida que le fue al declarante la declaración obrante en fotocopia a fs. 102, dice que reconoce como suya una de las firmas estampadas al pie de la misma, se rectifica, dice que esa firma se asemeja por sus características a la suya, a la que hacía en ese momento, pero no puede afirmar que sea de su puño y letra. [...] Quiere dejar asentado que el contenido de aquella declaración contiene datos no ciertos, que son los siguientes: nunca se domicilió en la calle Laprida nro. 2828 de las Lomas de San Isidro, nunca se desempeñó como cuidador de la finca de la Sra. Yolanda Echagüe de Aragón, y que ni siquiera la conoce. Preguntado que fue por si alguna vez concurrió a un Juzgado o Tribunal, nunca concurrió a uno [...]. Preguntado que fue por si en alguna oportunidad en su vida concurrió a un Tribunal de Menores de San Isidro, respondió que no, que nunca lo hizo. A otras*

preguntas de S.S., el declarante respondió que se enteró por comentarios, que la Sra. Herrera de Noble había hallado en la puerta de su casa, en una caja, a una criatura, pero nunca presenció su descubrimiento. [...] Que leída que le fue la declaración prestada por Ernestina Herrera de Noble, a fs. 93/vta, dice que nunca presenció ningún hecho relacionado con el descubrimiento de una criatura, que eso es una mentira, que como ya lo expresara tampoco nunca fue cuidador de ninguna finca y él nunca fue a un juzgado de menores a prestar declaración desmintiendo la declaración que tiene una firma que no sabe decir si le pertenece, aunque es muy similar a la suya. Nunca presenció el hallazgo de una niña en una caja de cartón [...]”.

El expediente nro. 9149/76 caratulada “N.N. s/abandono”, iniciado el 7 de julio de 1976 ante el mismo Juzgado de menores n° 1 de San Isidro, a cargo de la jueza Hejt, tuvo inicio con la presentación de una mujer que dijo ser Carmen Luisa Delta (fs.1 del expte. y copia fs.52 de la causa principal), de la que se levantó la siguiente acta: “*En la audiencia del día 7 de julio de 1976, comparece ante SS Da. Carmen Luisa Delta, quien acredita su identidad con C.I. n° 5.847.175, expedida por la Policía Federal, la que a preguntas que se formulan declara: llamarse como queda dicho, ser de nacionalidad argentina, soltera, de 25 años de edad, ocupación de estudiante de abogacía, domiciliada en la calle Gobernador Ugarte n° 2781, de la localidad de Olivos, partido de Vte. López, quien a preguntas que se le formularan sobre su comparendo, declara: Que el día 17 de abril pasado, la dicente dio a luz a un niño de sexo masculino, el que no fue inscripto ni reconocido por la declarante, en el Registro Civil. Que cuando la deponente se presentó ante el Tribunal, en el mes de mayo pasado, con la intención de entregar a su hijo con fines de adopción, se le manifestó que pensara en la resolución a adoptar, sin precipitarse, lo que la llevaría a arrepentirse posteriormente, del paso dado. Que en todo este tiempo, la declarante ha tenido oportunidad de pensar bien sobre el futuro de su hijo, y es su deseo entregarlo al Tribunal, para que una familia lo adopte. Que sabe lo que esta actitud implica, y*

en este acto renuncia a los derechos inherentes a la patria potestad sobre su hijo, notificándose que el Tribunal lo entregará con fines de adopción en la fecha, a lo que está de acuerdo. Que avala su actitud en el hecho de que los padres de la dicente, hicieron un viaje, ignorando el estado de la declarante, como asimismo que ha dado a luz a una criatura. Que en todo este tiempo, el niño fue cuidado por una amiga de la dicente, la que por otra parte, no puede continuar teniéndolo. Que es cuanto desea declarar.”

En la misma fecha, por nota de la Secretaria, se dejó constancia de haber informado a la jueza “[...] *que la Sra. Ernestina Laura Herrera de Noble, quien es guardadora de la menor Marcela Noble Herrera, en la causa n° 7308 (...), ha solicitado la guarda con fines de adopción de dos menores, para criarlos como hermanos. Secretaría, 7 de Julio 1976.*” En la misma fecha la jueza convocó a comparecer a la señora Ernestina Laura Herrera de Noble, la que compareció inmediatamente el mismo día (fs. 53), y se dejó constancia de que expresó que *“habiendo visto en los estrados de este tribunal, al menor NN (varón) o José Luis, solicita la guarda del mismo con fines de adopción. Que solicita [...] que de no hallarse inscripto el nacimiento del causante, el mismo lleve los nombres de Felipe Noble Herrera, ya que lo reconoce implícitamente como a su hijo, siendo su mayor deseo poder fundar una familia, para que el causante y la menor Marcela Noble Herrera que ya se encuentra bajo su guarda, sean verdaderos hermanos”*. También el mismo día la jueza entregó al niño en guarda provisoria (fs. 54).

Más tarde, por decisión de 19 de agosto de 1976 (fs. 57) la jueza dispuso: *“1° Imponer al menor causante, de sexo masculino, el nombre de Felipe Noble Herrera; 2° Disponer la inscripción de su nacimiento en el Registro Provincial de las Personas, fijando en cuanto ha lugar por derecho, como lugar de nacimiento San Isidro, partido del mismo nombre, y como fecha del mismo, el día 17 de abril de 1976, siendo hijo de NN; 3° Librar oficio al Registro Provincial de las Personas, para el debido cumplimiento de la presente resolución, debiendo remitirse copia del acta de nacimiento y Doc. Nac. de Identidad que se labren en la oportunidad.”*

Más tarde se determinó que la C.I. n° 5.841.175 corresponde a Domingo Miguel Gómez y que el nombre de Carmen Luisa Delta no se registra

número alguno, por lo que no se le expidió nunca una cédula de identidad (fs. 301).

Los recurrentes han puesto en cuestión que haya indicios de que Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera pudiesen ser hijos de desaparecidos, y sobre esa base cuestionan la necesidad de la medida ordenada que abarca la comparación con perfiles de ADN obtenidos de todas las personas que, en la convicción de ser parientes de niños nacidos de sus madres cuando éstas estaban en situación de desaparición forzada, han aportado muestras al BNDG.

La cuestión ha sido contestada en la audiencia por los representantes de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, remitiéndose a las decisiones y peticiones de fs. 3782/3838, 4107/4112 y 4864/4873. Han destacado que los expedientes del juzgado de menores en los que se concedió la guarda de los niños mostraban irregularidades documentales, que el alegado hallazgo de la niña no fue tal, que la persona que supuestamente se había presentado al juzgado para entregar el niño, y expresando su voluntad de ofrecerlo en adopción no existía, y señaló que estaba documentado que la misma jueza que actuó en esos casos ya había dado en guarda a otra familia un niño hijo de desaparecidos.

Esta Sala no tiene jurisdicción para determinar, en este estadio, de modo exhaustivo las cuestiones de hecho que constituyen el objeto del sumario. En rigor, la objeción de los recurrentes que impone el examen de cuestiones de hecho por lo regular no comprendidas en el art. 456 C.P.P.N., sólo puede ser abordada en la estricta medida en que se vincula con las cuestiones federales que se proponen, y en particular con la necesidad de la medida de limitación de derechos impugnada.

Se observa que desde la denuncia y el requerimiento que habilitó la instrucción la hipótesis era que los niños adoptados podrían ser hijos de desaparecidos. Se toma nota, también, de que ciertos datos iniciales de los expedientes en el que los niños fueron dados en guarda, y después en adopción, que se referían al modo en que los niños habrían sido hallados o entregados, han

sido refutados o puestos en cuestión, tales como las verdaderas circunstancias en que la señora Herrera de Noble entró en poder de la niña a quien más tarde se dio el nombre de Marcela Noble Herrera, o la rectificación del supuesto testigo presencial, que dijo no haber presenciado nada, negó vivir o tener alguna relación de conchabo en la casa vecina, y declaró que era chofer de la imputada Herrera de Noble desde muchos años atrás. En otro orden se toma nota de que la persona que presuntamente presentó en el juzgado a un niño que dijo había dado a luz, sin inscribirlo, dio una identificación falsa, y jamás fue encontrada, lo que pone en duda si la persona que lo entregó era su madre biológica, a lo que se suma la celeridad de los procedimientos documentados para entregar en guarda al niño el mismo día a la aquí imputada, a quien más tarde se dio el nombre de Felipe Noble Herrera.

Esos hechos, además, se remontan a la presentación de la niña ante el juzgado, por la señora Herrera de Noble, el día 13 de mayo de 1976, y a la entrega del niño en el mismo juzgado, en condiciones hasta ahora no esclarecidas, el día 7 de julio de 1976. Las fechas ofrecen el marco del contexto histórico, en el que tuvo lugar la primera aparición de dos niños ante una autoridad pública, niños que parecen haber sido incriptos en los registros de nacimientos, y en circunstancias extremadamente sospechosas acerca de cómo fueron hallados o recibidos. Al examinar el punto no puede omitirse considerar la existencia de un patrón de desaparición forzada de personas, algunas veces detenidas ilegalmente junto con sus hijos, otras veces la detención y desaparición de mujeres embarazadas que dieron a luz en esa situación, cuyos hijos fueron entregados a personas que no eran familiares, y su origen ocultado.

Esto basta para satisfacerse en punto a que la medida se ajusta al objeto definido en el requerimiento de instrucción, y de que es necesaria, en las circunstancias del caso, para determinar si Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera, son hijos de personas desaparecidas, y si guardan ascendencia o proximidad de parentesco colateral, con parientes de personas desaparecidas que han aportado muestras al BNDG a fin de encontrar las personas que buscan.

Los recurrentes no tienen legitimación para redefinir o limitar el objeto del proceso, impetrando una indagación por comparación reducida al grupo de familiares que se han presentado como querellantes en este caso.

Hay sin embargo un punto en el cual la extensión de la medida de comparación de perfiles genéticos, en la forma en que ha sido ordenada, excede la necesidad con relación al objeto del proceso. En la resolución impugnada la jueza federal ha dispuesto “*dar curso al peritaje de poliformismo de ADN con fines identificatorios ordenado en autos*”. Es evidente que se refiere a la decisión de fs. 5461/5462 del juez que antes intervenía en el sumario, por la que había dispuesto obtener nuevas muestras de sangre de Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera para determinar “*si son hijos de personas desaparecidas durante la década de 1970, pero sin el límite antes señalado*”, esto es, por comparación con el conjunto de muestras de material y información genética de familiares reclamantes conservadas en el BNDG.

La comparación con *todos* los perfiles genéticos aportados al Archivo de Datos Genéticos por los familiares directos de personas desaparecidas o que presumen ser familiares de niños nacidos durante el cautiverio de sus madres es innecesaria por relación al objeto del proceso. Si la niña fue presentada por Ernestina Herrera de Noble a la jueza de menores el día 13 de mayo de 1976, la comparación no debe abarcar los perfiles de las muestras aportadas por parientes de personas detenidas o desaparecidas –con certeza- después del 13 de mayo de 1976, porque a esa fecha es certero que la niña ya había nacido. Por las mismas razones, habida cuenta de que el niño fue presentado al juzgado de menores el día 7 de julio de 1976, la comparación no debe abarcar los perfiles obtenidos de las muestras aportadas por parientes reclamantes con relación a personas detenidas o desaparecidas –con certeza- después de esa fecha.

b) Idoneidad de las medidas.

Las medidas de restricción de los derechos comprometidos según se los ha identificado en el punto IV precedente sólo pueden ser admisibles si por su configuración aparecen idóneas para alcanzar el resultado perseguido.

Si, según el objeto del proceso, se persigue determinar si Marcela

Noble Herrera y Felipe Noble Herrera hijos de personas detenidas ilegalmente y colocadas en situación de desaparición forzada, por hipótesis detenidos junto con uno o ambos padres o nacidos de la madre mientras estaba en situación de desaparición forzada, y entregados después a quienes no eran ni sus padres ni parientes, entonces, la indagación de la ascendencia biológica es necesaria, además idónea, según las condiciones en que fue ordenada. En efecto, en el actual estado de la ciencia y de la técnica, no se cuestiona la idoneidad de la comparación de ciertas cadenas o secuencias del ADN a los fines de establecer identificación de ascendencia o descendencia o cierto parentesco colateral próximo, sobre una base estadística, con un grado de seguridad rayano en la certeza. Los recurrentes no disputan la idoneidad.

En lo que se refiere a la medida instrumental, consistente en la recolección de las muestras de tejidos o fluidos (sangre, piel, cabellos, saliva) separándolos del cuerpo, tampoco está cuestionada su idoneidad para ofrecer material del que extraer secuencias de ADN a los fines de establecer identificación.

En este sentido, las medidas recurridas no sólo son necesarias sino idóneas para los fines perseguidos.

c) Subsidiariedad.

Como se ha examinado más arriba, el art. 218 bis C.P.P.N. introducido por la ley 26.549, que autoriza medidas de recolección de tejidos y fluidos corporales como la que aquí se impugna, ordena proceder conforme a los principios necesidad, razonabilidad y proporcionalidad (párrafo primero).

El principio 11 de la Principios de Siracusa declara que “*Al aplicar una limitación, un Estado no utilizará medios más restrictivos de lo que sea necesario para lograr el propósito de la limitación*”. De allí que la necesidad, según el subprincipio de subsidiariedad, impone examinar cuáles son las medidas disponibles previstas en la ley para alcanzar de modo idóneo la finalidad que se persigue, y elegir de entre las disponibles la que acarree menos restricciones a los derechos del afectado, o al menos restricciones menos intensas.

La Corte IDH ha expresado a este respecto, que “*cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho*

protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue” (caso “*Yatama vs. Nicaragua*”, Serie C., n° 127, sent. de 23/06/2005, § 206).

En su voto conjunto en el caso “*Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros*”, los Jueces Lorenzetti y Zaffaroni consideraron especialmente que en el caso “*la coerción física sobre la víctima presuntamente secuestrada se evitaría si se agotasen previamente las posibilidades de tomar las muestras de manera no invasiva en el cuerpo de ésta, lo que aparece a todas luces como más respetuoso de su dignidad y acorde con los principios constitucionales argentinos*” (consid. 20), y que “*en la causa no se han agotado las posibilidades de obtener material genético por medios menos lesivos que la intervención física sobre la víctima, por lo cual resultaría violado el criterio de menor ofensividad antes señalado*” (consid. 27). Transpira de estos pasajes la necesidad de atender al principio de subsidiariedad.

La ley vigente también regula una forma alternativa para la obtención de muestras de células humanas con fines de obtención de secuencias de ADN a los fines de la identificación o de otras circunstancias importantes para la investigación, al disponer que “*siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) por medios distintos de la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro domiciliario o la requisa personal*”.

Al decidir la cuestión el *a quo* consideró que se habían agotado los esfuerzos para obtener muestras de células que pudiesen atribuirse de modo indubitable a Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera, y que ya no había otra vía disponible distinta de la extracción de muestras de tejidos o fluidos mediante una intervención corporal. El juez de primer voto, doctor Rudi, declaró que “*cuando ha pasado un tiempo de espera de casi una década, y subsiste un caso de grave y fundada sospecha o de absoluta necesidad proque “los objetos*

que contengan células ya desprendidas del cuerpo son inútiles, hay una concreta relación situacional que siguiendo los estándares de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad hacen admisible “las mínimas extracciones de muestras biológicas” inclusive con la oposición de las “presuntas víctimas”. El juez que votó en segundo término, doctor Criscuolo expresó que en el caso existe un interés público determinado por el largo plazo que ha atravesado la investigación, que la jueza a quo “tuvo en cuenta, en lo sustancial, que las diligencias alternativas ordenadas en el legajo a los fines de obtener los perfiles genéticos necesarios para la comparación con los del banco de datos, no resultaron positivas –según surge de los testimonios de los profesionales que intervinieron en su análisis- a los fines de obtener muestras idóneas o útiles e inequívocas” y no habría otro medio para obtener los perfiles genéticos de Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera con el fin de determinar sus vínculos biológicos. El juez de tercer voto, doctor Gurruchaga relevó que los métodos alternativos, en los términos señalados por la Corte en “Gualtieri” no tuvieron éxito puesto que “(...) de los informes incorporados a fojas 6549/6574, 7962/8019, 8087/8088 y 8098/8101 del principal se concluye que no es posible afirmar que los perfiles mayoritarios de sexo femenino y masculino obtenidos en autos respecto de las muestras allí indicadas, pertenezcan de manera indubitable a Marcela y Felipe Noble Herrera; lo cual genera un estado de incertidumbre que impide considerar estas muestras a los fines periciales (informes de la Dra. María Belén Rodríguez Cardozo, del Banco Nacional de Datos Genéticos y del Dr. Julián Martín Larriba, perito de una de las querellas).” (fs. 110 vta.). También destacó que en la audiencia se consultó a los apelantes sobre la posibilidad de utilización de las muestras de sangre existentes, o la disponibilidad de medidas alternativas, y agregó que “[dada] la evidente pérdida del factor sorpresa que es clave en una pesquisa, no resulta posible persistir en el intento de obtener vías alternativas. Por lo que al presente de esta prolongada investigación, debe considerarse agotado ese camino”.

Los recurrentes no cuestionan estos aspectos, en particular, no ponen en discusión que las muestras disponibles no pueden ser usadas a los fines del cotejo, ni tampoco indican que todavía hubiesen disponibles otras vías para obtener objetos que soportan células separadas del cuerpo. En vez de ello han

empleado sus esfuerzos a refutar otros pasajes de la decisión recurrida. Alejan que no es imputable a Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera la dilatación del proceso, que es falso atribuirles la contaminación de las prendas secuestradas.

Esas argumentaciones, entendibles a partir de ciertos pasajes de dos de los votos de la decisión recurrida, se desvían del centro de la cuestión. Lo decisivo aquí, a fin de juzgar la necesidad de la medida impugnada con arreglo al principio de subsidiariedad, es que se afirma que ninguna de las muestras disponibles es –en su estado presente- idónea para la obtención de ADN con fines de identificación de modo indubitable.

Por cierto, siempre podría pensarse en un nuevo intento de obtener muestras soportadas en objetos, sin necesidad de las extracciones corporales. Sin embargo, dos consideraciones se imponen. Por un lado, también constituiría una decisión desproporcionada la que ordenase repetidas veces registros de domicilio y requisas personales, que siempre suponen un cierto grado de violencia y coerción. En esos términos, la única diferencia de grado en cuanto a la intimidad y autonomía se expresa en que en las injerencias corporales es necesario intervenir sobre el cuerpo de una manera más intensa. Por el otro, las diferencias de intensidad de la injerencia en ámbitos de la autonomía personal y la vida privada son insignificantes cuando se compara modalidad de la práctica de extracción de unos pocos cabellos, o de descamaciones de piel, o hisopados bucales para obtención de saliva.

La única diferencia sustancial que persiste se refiere a que en el caso de secuestro de objetos se exige una cooperación de menor extensión que en el caso de colocarse a disposición para la recolección de una muestra mediante una injerencia corporal. Además, en el primer caso, cierta cooperación es exigida, por ejemplo, cuando se pide a la persona que se desvista o se saque alguna de sus prendas.

Como última observación cabe señalar que ninguna de las formas de recolección de tejidos o fluidos humanos reguladas en el segundo y cuarto párrafo

requieren del consentimiento. De tal suerte, a los efectos de realizar un escrutinio de necesidad según el subprincipio de subsidiariedad ninguna relevancia tiene que los representados de los recurrentes se hubiesen opuesto sistemáticamente a las dos clases de medidas. En frente a la oposición, que compete a los jueces decidir si existe una medida alternativa a la injerencia corporal mediante extracción de muestras, que ofrezca todavía idoneidad y posibilidades de conducir a resultados confiables par la consecución de los fines perseguido.

Entiendo pues, que el *a quo*, más allá de las observaciones que aquí se realizan, ha realizado de modo suficiente un examen de la existencia de medidas alternativas que pudiesen resultar menos incisivas o en una injerencia menor en los derechos de Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera.

b. El escrutinio estricto de proporcionalidad

El examen de proporcionalidad en sentido estricto tiende a asegurar que toda restricción de derechos fundamentales responde en el caso concreto a una necesidad social imperiosa. Ese examen debe indagar cuál es la medida de la restricción de derechos que se impone al afectado, para satisfacer o garantizar las finalidades del proceso, y en su caso los derechos de otros, y decidir si ese la restricción que se impone al afectado es proporcionada conforme al fin que se persigue y la naturaleza de los derechos e intereses en conflicto en el caso concreto.

1) La naturaleza de los delitos objeto de este Proceso.

La naturaleza y gravedad del delito es en un caso como el presente un elemento relevante, no sólo por el interés público que pudiese despertar para la persecución penal en una sociedad democrática, sino porque existe una conexión estrecha entre la naturaleza y gravedad del delito, los derechos afectados, y la intensidad de la afectación.

Evoco aquí la sentencia dictada en la causa n° 9569 del registro de la Sala II, “Rivas, Osvaldo Arturo y otros s/ recurso de casación” (rta. 08/09/2009, Reg. N° 15.083). Allí se dijo que las sustracciones de niños nacidos mientras su madre estaba en situación de desaparición forzada, no son meramente delitos “vinculados” o que sean “consecuencia” de una desaparición forzada, sino antes

bien, forman parte de la ejecución de la desaparición forzada de la madre. En efecto, definida la desaparición forzada de personas como la privación de la libertad de una persona, cometida por agentes del Estado o por personas que actúen con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, lo distintivo y característico de la desaparición forzada es este segundo elemento de la definición, que, si no se presenta, no se diferencia de otros delitos comunes, cuales el plagio, la privación de libertad, el homicidio, y otros tratamientos inhumanos conexos. La desaparición forzada es tal por la falta de información sobre la existencia de la privación de libertad, o por la negativa a reconocer su existencia, o por la falta de información sobre el paradero de la persona. En términos llanos, lo característico del delito es la pérdida de todo rastro de la persona colocada en situación de desaparición forzada.

Desde esta perspectiva, se afirmó que *“al menos en los casos en los que la persona colocada en esa situación de desaparición da a luz un hijo durante su cautiverio, la sustracción del niño nacido, el ocultamiento de los datos del lugar de nacimiento, y de la identidad de su madre, la retención u ocultamiento del niño, el emplazamiento en un estado de familia que no corresponde a su nacimiento, la expedición de documentos ideológicamente falsos para ocultar la verdadera identidad de la madre y las circunstancias del nacimiento, y la obtención de documentos de identidad falsos sobre la base de los actos anteriores, constituye parte de los actos ejecutivos de desaparición forzada de la madre, pues mediante esos actos se oculta todo dato que podría dar noticia de la suerte de la madre”*. Atendiendo a que la desaparición forzada constituye una violación múltiple de derechos, *“con aquellos actos se pretende borrar toda traza de que la mujer colocada en situación de desaparición forzada ha sido madre, en un determinado momento y lugar, del que no se quiere informar, porque informar impondría dar noticia sobre el paradero o la suerte de la madre”*.

Desde esa perspectiva, se ha entendido que *“la sustracción, retención y ocultamiento de un niño nacido en parto que tuvo lugar durante el cautiverio de la madre en situación de desaparición forzada, la alteración de su estado civil, y la creación de instrumentos falsos sobre su nacimiento y sobre su identidad son parte ejecutiva de la desaparición forzada de la madre”*.

En este sentido, puede concordarse –al menos en casos como éstos– con la argumentación del Procurador General en el caso de Fallos: 328:4423 (*“Videla, Jorge Rafael s/ incidente de apelación y nulidad de prisión”*), en punto a que *“del universo abarcado por el delito de desaparición forzada de personas, un sector, el que se refiere a la desaparición forzada de menores de 10 años sustraídos a sus padres, se encuentra ya previsto como un caso específico del delito –más genérico– del artículo 146 del Código Penal, que se le enrostra[ba] al imputado”*.

En esa sentencia se destacó que al menos en los casos de niños nacidos durante el cautiverio de su madre también los niños son *“víctima de la desaparición forzosa, no sólo en el sentido de que ésta afecta a la familia de la persona desaparecida [...] sino en el sentido de que el niño ha sido –de modo promiscuo con su madre– objeto de una privación de libertad física desde el nacimiento al menos hasta su separación de ella, privación que está seguida de actos directamente dirigidos a ocultar su nacimiento, su filiación, y borrar toda traza de estos, funcionales a la finalidad de negar la existencia del nacimiento, o de informar sobre el destino del niño”*.

Según esa comprensión lo señalado el niño es víctima directa de desaparición forzada, y no meramente víctima en sentido extenso de la desaparición forzada de su madre, pues *“está incluido como objeto del delito de desaparición –entendido como objeto sobre el que recae la acción– no sólo la madre sometida a situación de desaparición, sino al niño mismo como “desaparecido”, aunque la privación de libertad de éste hubiese cesado con la entrega a personas distintas de los familiares”*. El niño entregado a otros sigue siendo un desaparecido, mientras se niegue u oculte información sobre lo que ha ocurrido con él.

Tal comprensión que aparecía insinuada en la doctrina aunque con algún matiz diferencial (FOLGUEIRO, Hernán, *“Sobre la extracción compulsiva de*

sangre para la investigación del delito de desaparición forzada de personas, en Rev. Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis-Nexis, año 2005, n° 7, p.259, esp. p. 260), ha sido afirmada en una decisión muy reciente expuesta por la Corte IDH en el caso “*Gelman vs. Uruguay*” (Serie C., N° 221, sent. de 08/03/2011).

Ha declarado la Corte IDH que “*la sustracción de niños y/o niñas efectuada por agentes estatales para ser entregados ilegítimamente en crianza a otra familia, modificando su identidad y sin informar a su familia biológica sobre su paradero [...] constituye un hecho complejo que implica una sucesión de acciones ilegales y violaciones de derechos para encubrirlo e impedir el restablecimiento del vínculo entre los menores de edad sustraídos y sus familiares*” (“*Gelman vs. Uruguay*”, § 120). Tal clase de hechos afectan el denominado derecho a la identidad del niño sustraído, si bien no expresamente contemplado en la Convención, a diferencia del art. 8 CDN, comprende entre otros “*el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia*” (confr. § 122, 123).

Desde esta perspectiva se ha expresado en esa sentencia que “*el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar*” (§ 125). Esta clase de hechos constituyen “*una injerencia ilegal por parte del Estado en su familia de origen, la cual vulner[a] el derecho de protección a la misma, al imposibilitar u obstaculizar su permanencia con su núcleo familiar y establecer relaciones con él*” (§ 126). También esta clase de hechos constituyen una lesión al derecho al nombre, reconocido en el artículo 18 CADH, donde evocó su jurisprudencia en punto a que el nombre y el apellido son “*esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia*”, y que el cambio de nombre para suprimir su identidad y ocultar la desaparición forzada de su madre lesiona aquella disposición del la

CADH (§ 127). Declaró asimismo que la separación de un niño de sus familiares implica, necesariamente, un menoscabo en el ejercicio de su libertad (§ 129).

Sobre la base de esta violación múltiple de derechos, la Corte IDH declaró que *“la sustracción, supresión y sustitución de identidad de [un niño o niña] como consecuencia de la detención y posterior traslado de su madre embarazada a otro Estado pueden calificarse como una forma particular de desaparición forzada de personas, por haber tenido el mismo propósito o efecto, al dejar la incógnita por la falta de información sobre su destino o paradero o la negativa a reconocerlo”*, en los términos de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (§ 132).

2) *Los derechos de las víctimas.*

A partir de esa caracterización de la sustracción del niño o niña como desaparición forzada, resulta que no sólo el niño es víctima de la desaparición forzada, sino también sus ascendientes y parientes próximos.

En general, esto ya había sido establecido en la jurisprudencia de la Corte IDH, al declarar que en el caso de la sustracción de niños se afectan los derechos del niño sustraído a la familia y al nombre (*“Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala”*, Serie C., n° 211, sent. de 24/11/2009, §§ 196).

La Corte ha declarado –en general- que los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas. (Corte IDH, caso *“González y otras (“Campo Algodonero ”) vs. México”*, sent. de 16/11/2009, Serie C., n° 205, § 415, y sus citas).

Así, ha entendido que *“la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de la víctima es una consecuencia directa de ese fenómeno, que les causa un severo sufrimiento por el hecho mismo, que se acrecienta, entre otros factores, por la constante negativa de las autoridades estatales de proporcionar información acerca del paradero de la víctima o de iniciar una investigación eficaz para lograr el esclarecimiento de lo sucedido”* (Corte IDH, caso *“Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia”*, sent. de 01/09/2010, Serie C., N° 217, § 126, con ulteriores citas).

En efecto, según la jurisprudencia de la Corte IDH, la inactividad o defecto de cooperación de autoridades estatales para determinar el paradero o lo

sucedido con niños desaparecidos, y en su caso el defecto de diligencia para castigar a los responsables, procurar el reencuentro familiar acarrea a los parientes que buscan a los niños sentimientos de frustración provocan afectaciones a la integridad personal (física y psicológica) que constituyen infracciones al art. 5 CADH.

El siguiente pasaje de la sentencia de la Corte IDH en el caso de las “Hermanas Serrano Cruz”, ilustra el punto: *“La madre de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz falleció con la esperanza de que sus hijas estuvieran con vida y de que algún día su familia se pudiera reunir nuevamente; murió sin que el Estado hubiera determinado lo sucedido a sus dos hijas y establecido su paradero. La imposibilidad de averiguar el destino de sus hijas y la constante sensación de poder encontrarlas con vida le provocó un sentimiento de culpabilidad e impotencia. La frustración de no contar con la ayuda y colaboración de las autoridades estatales para determinar lo sucedido con Ernestina y Erlinda y, en su caso, castigar a los responsables, así como determinar el paradero de aquellas y lograr el reencuentro familiar, ha provocado graves afectaciones en la integridad física y psicológica de los familiares”* (Corte IDH, “Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador”, sent. de 01/03/2005, Serie C., n° 120, § 114). Concluyó la Corte IDH que *“el Estado violó, en perjuicio de los familiares de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma”* (ibídem, § 115; véase también caso “Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala”, Serie C., n° 211, sent. de 24/11/2009, § 217).

Después de señalar que la incertidumbre y ausencia de información por parte del Estado acerca de lo ocurrido a una persona desaparecida constituye fuente de sufrimiento y angustia, la Corte IDH destacó que acarrea además sentimientos de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigar los hechos, y declaró que *“[...]la inactividad de las autoridades estatales o la falta de efectividad de las medidas adoptadas para*

esclarecer los hechos y sancionar a los responsables de los mismos, afectaron la integridad psíquica y moral [de los parientes próximos] lo que hace responsable al Estado por la violación del derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las referidas personas” (Corte IDH, caso “Heliodoro Portugal vs. Panamá”, sent. 12/08/2008, Serie C., N° 186, §§ 174, 175).

En particular ha reiterado esa concepción al declarar que los familiares de los niños sustraídos víctimas de desaparición forzada pueden ser, a su vez, víctimas de una infracción al art. 5.1 CADH pues *“en casos que involucran la desaparición forzada de personas, es posible entender que la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de la víctima es una consecuencia directa de ese fenómeno, que les causa un severo sufrimiento por el hecho mismo, que se acrecienta, entre otros factores, por la constante negativa de las autoridades estatales de proporcionar información acerca del paradero de la víctima o de iniciar una investigación eficaz para lograr el esclarecimiento de lo sucedido” (“Gelman vs. Uruguay”, Serie C., N° 221, sent. de 08/03/2011, § 133). La violación del referido derecho se configura “tanto por las consecuencias sufridas ante los hechos del caso, como por la búsqueda de justicia” (§ 134).*

De suerte tal que ante los hechos de la desaparición forzada, el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal de los familiares también por la vía de investigaciones efectivas (Corte IDH, caso Anzualdo Castro vs. Perú, sent. de 22/09/2009, Serie C., n° 202, § 113). La ausencia de recursos efectivos ha sido considerada por la Corte como fuente de sufrimiento y angustia adicionales para las víctimas y sus familiares (Corte IDH, caso “Blake vs. Guatemala”, *supra* nota 42, §114; caso “Heliodoro Portugal Vs. Panamá”, *supra* nota 58, §174, y caso “La Cantuta Vs. Perú”, *supra* nota 58, §125). Así, *“la realización de una investigación efectiva es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones”*, como lo es el derecho a la integridad personal (Corte IDH, caso de la “Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala”, sent. de. 24/11/ 2009, Serie C., N° 211, § 206).

En algunos casos, además, por las especiales circunstancias, la Corte

IDH ha declarado que la ineficacia de la investigación y el trato dado a los familiares durante todo el proceso de búsqueda de verdad ha provocado en ellos un gran sufrimiento y angustia que configura trato degradante, contrario al artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 (Corte IDH, caso “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, sent. de 16/11/ 2009, Serie C., n° 205, § 424). Ha entendido que la demora de las investigaciones, su carácter incompleto o inefectivo exagera los sentimientos de impotencia en los familiares y en algunos casos particulares que *“la privación continua de la verdad acerca del destino de un desaparecido constituye una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos”* (Corte IDH, caso *“Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Reparaciones y Costas”*, sent. de 27/02/2002. Serie C., N° 92, § 114; caso *“La Cantuta Vs. Perú”*, supra nota 58, §125, y caso *“Goiburú y otros Vs. Paraguay”*, supra nota 59, § 101). En igual dirección, el TEDH ha declarado que en vistas del sufrimiento de abatimiento y angustia continuada como resultado de la desaparición de su hijo, y de su imposibilidad de saber lo que le había ocurrido, y de la manera en que sus reclamos fueron tratados por las autoridades, la peticionaria había sido sometida a tratamiento inhumano contrario al art. 3 CEDH (TEDH, Primera Sección, *“Bazorkina vs. Rusia”*, petición n° 69481/01, sent. de 27/07/2006, § 141).

En otro orden, en razón de la especial naturaleza de la desaparición forzada como violación múltiple de derechos la Corte IDH ha declarado que ellos constituyen también una grave injerencia ilegal por parte del Estado en la familia de los ascendientes y familiares próximos, pues la desaparición vulnera el derecho de ascendientes y familiares a la protección a su familia, *“al imposibilitar u obstaculizar su permanencia con su núcleo familiar y restablecer relaciones con éste”* (§ 135). Así, en el citado caso, la Corte IDH declaró que el Estado era responsable por la violación de los derechos a la integridad personal y a la protección de la familia, reconocidos en los artículos 5 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Juan Gelman,

abuelo de la niña sustraída (§ 138).

También ha declarado la Corte IDH que la desaparición forzada de un niño afecta el derecho de sus padres y hermanos a la protección de la familia (Corte IDH, caso “Molina Theissen vs. Guatemala”, sent. de 04/05/2004, Serie C., N° 106. § 44).

Según la jurisprudencia de la Corte IDH, el derecho a la protección de la familia adquiere aún mayor relevancia cuando ocurre una separación excepcional del niño de su familia (Corte IDH, opinión consultiva “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, OC-17/02, 28/08/2002, Serie A, n. 17, pp. 105-106, § 71), al punto de que el derecho a la protección de la familia requiere medidas positivas por parte del Estado (Corte IDH, “Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador”, sent. de 01/03/2005, Serie C., n° 120, voto razonado del juez Cançado Trindade, § 25).

En otro orden, el Comité de Derechos Humanos ha declarado que el “secuestro” de una niña en ocasión de la desaparición forzada de su madre, la falsificación de su partida de nacimiento y su adopción por otra persona, constituían “*numerosos actos de injerencia arbitraria e ilegal en su vida privada y en su vida familiar, en violación de lo dispuesto en el artículo 17 del Pacto*”, y que esos actos constituían asimismo violaciones a la vida privada y familiar de su abuela, que continuaban mientras durasen sus efectos “*si se considerase que los efectos continuados de esas violaciones constituyen en cuanto tales violaciones del Pacto [...]*” (HRC, Comunicación N° 400/1990, “Darwinia R. Mónaco c. la Argentina”, 03/04/1995, § 10.4).

El relevamiento precedente, pone en evidencia que los ascendientes y familiares próximos son víctimas de la desaparición forzada de los niños sustraídos en ocasión de la ejecución de la desaparición forzada de sus padres, o de los nacidos mientras su madre se encontraba en tal situación, y que por la propia naturaleza de violación múltiple y continuada de derechos, lesiona su derecho a la integridad personal, incluida la integridad psíquica, su derecho a la protección de la familia, su vida privada y familiar. El Estado tiene obligación de investigar la suerte corrida por el niño, y hacerlo de modo diligente y eficiente, porque la continua negativa o la ineficiente investigación intensifica la lesión a aquellos derechos de los familiares. Es indiferente al respecto si todos o algunos

de los que buscan a sus descendientes han pedido constituirse como querellantes en todos los procesos que tienen por objeto casos de desaparición de niños. El deber de investigar “*debe ser asumid[o] por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares*” (Corte IDH, Corte IDH, “*Velásquez Rodríguez*”, sent. de 29/07/1988, Serie C, N°. 4, § 177, “*Godínez Cruz*”, Serie A, N°. 5, § 188. Comparar más abajo “*Caballero Delgado y Santana*”, Serie A, N°. 22, § 58).

La obligación del Estado no se reduce, solamente, a la satisfacción de un derecho a saber lo ocurrido, o “derecho a la verdad”. La Corte IDH ha reiterado la existencia la obligación de investigar y sancionar a los responsables, y de efectuar una búsqueda seria de las víctimas en el caso de niños colocados en situación de desaparición por actos atribuibles a agentes del Estado, al declarar que el Estado “*en el cumplimiento de su obligación de investigar los hechos denunciados, identificar y sancionar a los responsables y efectuar una búsqueda seria de las víctimas, elimine todos los obstáculos y mecanismos de hecho y derecho que impidan el cumplimiento de dichas obligaciones [...], de modo que utilice todas las medidas a su alcance, ya sea por medio del proceso penal o mediante la adopción de otras medidas idóneas*” (Corte IDH, “Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador”, sent. de 01/03/2005, Serie C., n° 120, § 180).

A los fines de satisfacer esta obligación, se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la necesidad de creación de Bancos de datos genéticos. Ha declarado que “*en caso de desapariciones forzadas de personas es de suma importancia que se cuente con un banco de datos genéticos que permita identificar a las personas desaparecidas o sus restos entre las medidas de*

reparación” (Corte IDH, caso “Molina Theissen vs. Guatemala, sent. de reparaciones (Art. 63.1 CADH)” de 03/07/2004, Serie C., N° 108, § 90), y que en consecuencia, en función de los deberes de garantía, ha ordenado que *“el Estado debe adoptar en su derecho interno, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para crear: [...] b) un sistema de información genética que permita la determinación y esclarecimiento de la filiación de los niños desaparecidos y su identificación [...]”* (Corte IDH, caso “Molina Theissen vs. Guatemala, sent. de reparaciones (Art. 63.1 CADH)” de 03/07/2004, Serie C., N° 108, § 91 y punto resolutivo 8).

En un caso de dos niñas desaparecidas en un contexto de conflicto armado, que podrían estar vivas y haber sido dadas en adopción, reiteró que *“El Estado debe utilizar todos los medios económicos, técnicos, científicos y de otra índole idóneos para determinar el paradero de [las niñas] solicitando, en caso de ser necesario, la cooperación de otros Estados y organizaciones internacionales”* y ordenó que a ese fin *“el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para crear un sistema de información genética que permita obtener y conservar datos genéticos que coadyuven a la determinación y esclarecimiento de la filiación de los niños desaparecidos y sus familiares y su identificación”* (Corte IDH, “Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador”, sent. de 01/03/2005, Serie C., n° 120, §§ 181 y 193).

También ha destacado la insuficiencia de los bancos de datos forenses y la necesidad de la creación de un banco de datos genéticos a nivel nacional, formado por la información genética de familiares de personas desaparecidas, organizados de un modo que asegure la suficiencia de los datos contenidos en las referidas bases, así como la eficacia de dichas bases para la investigación de las desapariciones Corte IDH, caso “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, sent. de 16/11/2009, Serie C., n° 205, § 511, 512, y punto dispositivo 21 de las reparaciones).

3. *El balance concreto entre los derechos e intereses en tensión en el presente caso.*

Los recurrentes han sostenido que las finalidades de investigación no

justifican que ningún individuo pueda ser sacrificado en aras de obtención de un beneficio para otros, y apoyan esta afirmación con cita del voto de dos jueces de la Corte Suprema en el caso de Fallos: 332:1835 (“Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros”, voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, consid. 13). Allí, se afirmó que “[no] es posible legitimar el pretendido *jus puniendi* del Estado en base a la obligación jurídica internacional de castigar a los responsables de crímenes de lesa humanidad. Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, es verdad que el Estado está obligado por el derecho internacional plasmado en las convenciones y en el *jus cogens* a perseguir y sancionar a los responsables de crímenes de estado contra la humanidad y en forma especial en el caso de desaparición forzada de personas. Pero también es verdad incuestionable que el derecho internacional de los derechos humanos obliga a la protección de las víctimas y que la víctima indiscutible de este crimen -aunque no la única- es la propia persona desaparecida.

No existe convención ni costumbre internacional alguna que habilite a un Estado a cumplir un mandato internacional negando o violando otro, salvo que se interprete el derecho internacional en forma contradictoria y, por ende, irracional. La cláusula pro homine tiene por objeto, precisamente, evitar interpretaciones semejantes”.

Esta pretensión de los recurrentes merece dos respuestas. Por un lado, la tensión no se plantea, en este caso, simplemente entre los derechos de las presuntas víctimas, Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera, y un difuso interés estatal de castigar hechos que aparecen como crímenes de lesa humanidad. La tensión se plantea entre los derechos de aquéllos, y los derechos concretos de las otras víctimas de la desaparición forzada, los parientes que reclaman para encontrar a las personas que cuando niños fueron objeto de desaparición forzada. En el punto anterior se ha señalado que está involucrado su derecho a la protección de su integridad psíquica lo que incluye el deber de proveerle remedios para paliar o hacer cesar sus sufrimientos psíquicos, a no ser tratadas por el estado

de una manera que pueda ser calificada de cruel o inhumana, a la protección de la familia, truncada por la desaparición, al respeto y protección de su vida privada, incluida no sólo la vida familiar sino al remedio de las interferencias contra sus planes de vida.

Expuesta de este modo la tensión, es incorrecta la invocación del principio *pro homine*, porque este principio, que puede aplicarse frente al interés estatal en la persecución penal, incluso de delitos graves, no ofrece ninguna posibilidad operativa en caso de conflicto de intereses y derechos fundamentales o humanos entre varias personas. Porque ese principio, que puede sintetizarse, en cuanto aquí interesa, como directiva a asegurar en la mayor medida los derechos humanos de la persona, y de interpretar de manera restrictiva los supuestos de limitación de esos derechos, no permite alcanzar ese fin cuando hay dos o más personas cuyos derechos entran en conflicto y el aseguramiento de los derechos de una implica la restricción de los derechos de otra.

La peculiar pretensión de los recurrentes, no se hace cargo de que, su aspiración acerca del alcance los derechos de Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera cuya protección reclaman, tiene como contrapartida, la frustración de los derechos de los parientes, posibles víctimas, que han sido lesionados o frustrados con la ejecución de la desaparición y con la ineficacia del Estado en llevar adelante una investigación que conduzca a dar remedio a su búsqueda y a sus lesiones, también mediante el juicio y castigo de los eventuales responsables.

El principio *pro homine* no provee de una solución, sino que es el escrutinio estricto mediante el principio de proporcionalidad el único que puede ofrecer el criterio para la solución del presente caso.

En los casos en los que existe una colisión entre derechos, la Corte IDH ha aplicado criterios de proporcionalidad para ponderar las restricciones y las consecuencias que podrían traer consigo éstas (“*Salvador Chiriboga vs. Ecuador (reparaciones y costas)*”, serie C., n° 222, sent. de 03/03/2011, § 75). En la concepción de la Corte IDH “*el principio de proporcionalidad constituye un importante criterio o herramienta de aplicación e interpretación de normativa interna y de instrumentos internacionales, para determinar la atribución de responsabilidad al Estado. Ello depende de la naturaleza del derecho que se alega violado, de las limitaciones generales o específicas que admita su goce y*

ejercicio, y de las particularidades de cada caso” (caso “Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, Serie C., n° 140, sent. de 31/01/2006, § 133).

En caso de conflicto entre derechos de personas distintas, ha señalado la Corte IDH que *“la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio”*, de modo que responda a un criterio de estricta proporcionalidad (caso “*Kimel vs. Argentina*”, Serie C., n° 177, sent. de 02/05/2008, § 56).

El representante del Ministerio Público, ha alegado en la audiencia, que además se justifica la medida dispuesta, en la medida en que es necesaria por ser la única idónea para hacer cesar un delito que se sigue cometiendo. En la sentencia de esta Sala en el caso 9569, “Rivas, Osvaldo Arturo y otros s/ recurso de casación” (rta: 08/09/2009, reg: 15.083) se ha declarado que el delito de sustracción de menores, y su posterior ocultamiento, son delitos de ejecución permanente o continuada, pero que, sin embargo, *“(…) una vez que el sujeto pasivo del delito alcanza la mayoría de edad civil, desaparece el objeto de protección de la norma del art. 146 C.P; ello impide sostener que el delito pueda seguir consumándose cuando ya no hay objeto de protección y cuando ya no hay objeto material de la acción susceptible de ser retenido u ocultado (...)”*.

En esto se diferencia del delito de desaparición forzada, que hasta ahora no ha sido incorporado al catálogo del código penal, de modo que no es hábil el argumento de la necesidad de hacer cesar un delito que se seguiría cometiendo, si ese delito, como tal, no está definido en la ley doméstica. Ello no impide, sin embargo, que si los hechos calificados según la ley doméstica, constituyen una parte o tramo de la ejecución del delito de desaparición forzada, según es definido por el derecho internacional aplicable, entonces sean tenidos en cuenta, a los fines del juicio de proporcionalidad, las particulares afectaciones a

los derechos de las víctimas que produce ese delito, y las consecuencias de su impunidad.

En distintos votos de los jueces que han intervenido en las dos decisiones de la Corte Suprema de las que los recurrentes pretenden extraer criterios para la solución del caso, transpira la necesidad de reconocer cuáles eran los derechos que en concreto se presentaban en conflicto, y de dar una solución con arreglo a un escrutinio de proporcionalidad (así, de modo evidente, en Fallos: 326:3758, “Vázquez Ferrá, Evelin Karina”, voto del juez Vázquez, consid. 21, voto del juez Maqueda, consid. 23). Por cierto, esto es lo único común de las sentencias, porque la identificación de los derechos e intereses relevantes y la decisión sobre los criterios de preponderancia en el caso no tienen un patrón común, y por ello impiden reconocer una doctrina establecida.

Por ejemplo, se ha declarado que *“la pretensión punitiva de los querellantes se encuentra también fundada en derechos subjetivos familiares de los que aquéllos son titulares y en su derecho a conocer la verdad sobre la suerte de su hija”* (Fallos: 326:3758, “Vázquez Ferrá, Evelin Karina”, voto del juez Maqueda, consid. 34). Y también estaría en juego el derecho a la identidad de los familiares próximos al declarar que *“también corresponde valorar el hecho de que los vínculos jurídicos familiares, que determinan el estado de familia, integran la identidad de la persona de manera que, desde esa perspectiva, la identidad personal de la querellante, cuya jerarquía constitucional ha sido reconocida por esta Corte (Fallos: 318:2518), fundamenta también el derecho que intenta hacer valer en su demanda”* (ibídem, párr.. 35, con cita del voto del juez Bossert, consid. 18, en el caso de Fallos: 321:2767). Reconoce este juez, también, la necesidad de *“conjugar armoniosamente aspectos propios de la esfera de la intimidad de las personas, protegidos por el art. 19 de la Constitución Nacional, con otros que la trascienden y acaban por interesar a la sociedad toda, obvio objeto de protección del orden normativo”* (Fallos: 308:2268). (Fallos: 326:3758, “Vázquez Ferrá, Evelin Karina”, voto del juez Vázquez, consid. 21, voto del juez Maqueda, consid. 25).

En el mismo caso, el juez Boggiano atendió a *“la tensión entre el derecho a la intimidad de la apelante, persona plenamente capaz que en todo momento manifiesta su absoluto desinterés en conocer su origen, y el de la*

querellante que pretende conocer la verdad acerca de la sustracción de su presunta nieta. Asimismo, los mencionados derechos deben conciliarse con la tutela del interés público propia del proceso penal que reclama la determinación de la verdad en el juicio, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia” (Fallos: 326:3758, “Vázquez Ferrá, Evelin Karina”, voto del juez Boggiano, consid. 7). Este juez entiende también que está en tensión el derecho a la intimidad de los parientes que buscan a los niños desaparecidos, en estos términos: “La pretensión de la querellante es inherente a los sentimientos y relaciones familiares de proximidad existencial, que hacen al derecho a la identidad y a la intimidad (doctrina de Fallos: 321:2031 disidencia del juez Boggiano). La del apelante tiene similares características pues consiste en el rechazo de toda intromisión tendiente a poner de manifiesto una realidad biológica que no le interesa conocer” (Fallos: 326:3758, “Vázquez Ferrá, Evelin Karina”, voto del juez Boggiano, consid. 8).

En el voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, en el caso de Fallos: 332:1835, han entendido que se encuentran en conflicto “la privacidad y autonomía de la voluntad” de la presunta víctima o simplemente “la autonomía de voluntad de la víctima presuntamente secuestrada” y “el derecho a la verdad de los supuestos familiares biológicos” (“Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros”, voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, consid. 10). Allí han declarado que *“planteando todas las posibles hipótesis e imaginando lo que significaría para las víctimas una u otra de las decisiones, es decir, si se sacrificase el derecho de unas o el de otras, aparece claro que el respeto al derecho a la verdad de la presunta familia biológica no requiere necesariamente que la otra víctima (secuestrada) cargue con todas las consecuencias emocionales y jurídicas del establecimiento de una nueva identidad formal o jurídica; bastará con que la familia biológica sea informada de la identidad y de ese modo se ponga fin a la búsqueda de décadas y termine la comisión del delito, pues en caso que la prueba resultase indicadora del vínculo, la verdadera identidad se hallará materialmente*

establecida y la supresión habrá cesado, sin que para ello tenga relevancia alguna que la otra víctima la haga o no valer en derecho” (“Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros”, voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, consid. 19). Este pasaje muestra que, para estos jueces, el derecho al respeto a la autonomía personal de Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera sólo entraría en tensión con el derecho a la verdad de los parientes próximos. En ese abordaje no han entrado en consideración posibles afectaciones a la integridad psíquica de unos y otros, ni del derecho de los allí querellantes a la protección de la vida privado y de la familia, o a no ser sometidos a tratos crueles e inhumanos.

En el mismo caso, la jueza Highton de Nolasco ha identificado un número mayor de derechos que entrarían en tensión. Así después de reconocer que la querellante aparecía como víctima de la sustracción del niño que presumía podría ser su nieto, nacido durante la desaparición de su madre, identificó entre los intereses en pugna, los del recurrente, *“que aduce que la práctica compulsiva de la prueba hematológica viola su derecho a la intimidad, a la integridad física, psíquica y moral, a la dignidad, a la vida privada, a no ser privado de su libertad sino en los casos y formas establecidas en la ley, a no ser arbitrariamente detenido o arrestado, a la igualdad ante la ley y a no ser sometido a torturas”*; y por el otro, los de quien sería su presunta abuela biológica en cuanto pretendía *“conocer la verdad de los hechos para determinar si, efectivamente, quien se opone a la realización de la prueba hemática es efectivamente su nieto, descendiente de su hija desaparecida y avanzar, además, en la medida de lo posible, en la investigación sobre la desaparición forzada de su hija*” (“Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros”, voto de la jueza Highton de Nolasco, consid. 9 y 10), y también el interés estatal en la persecución del crimen (consid. 11), y de *“dilucidar la verdad en el ámbito del proceso penal”* (consid. 12) y el *“derecho a la verdad”* que en su voto parece exceder el de la finalidad general procesal de averiguación del hecho. (consid. 14), derechos e intereses que obligaban a una ponderación concreta (consid. 13).

Los jueces Zaffaroni y Lorenzetti han declarado que *“no es posible deducir de [los derechos] la solución de la controversia porque surge un campo de tensión entre derechos de rango similar. El conflicto ocurre cuando la plena satisfacción de un derecho conduce a la lesión de otro igualmente protegido.*

Como se ha señalado, es lo que ocurre en el caso, puesto que si se hace lugar a la búsqueda de la verdad perseguida por la familia biológica, se lesiona la autonomía personal de quien se niega a la extracción de sangre” (“Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros”, voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, consid. 15).

Considero que este abordaje no es apropiado, pues sólo en contadas veces la Constitución o los tratados de Derechos Humanos ofrecen indicios de un derecho preferido o de un rango “preeminente”. De lo que se trata es que, si se encuentran en conflicto derechos que en abstracto no tienen preeminencia sobre otros, debe examinarse en concreto la cantidad de derechos en conflicto, y la intensidad o gravedad de la limitación a ese derecho que la medida concreta que se impugna acarrearía respecto de cada uno de esos derechos, porque los derechos pueden ser de igual rango en abstracto, pero la intensidad de la lesión que la medida de injerencia produce puede ser apreciada diferenciadamente en concreto.

Por cierto, como se dice en ese voto, al examinar la proporcionalidad de la medida de extracción de tejidos y fluidos corporales “*no se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea*”. Es en ese aspecto legítimo el interés de los afectados adultos y capaces en oponerse a tal medida pues no puede discutirse que “*No puede haber otro juez que la propia persona afectada con competencia suficiente para juzgar las consecuencias que le acarrearía el esclarecimiento de su propia identidad*”. Que el interés sea legítimo, no funda un derecho a que esa medida no sea realizada, porque la sustracción de un niño después de su nacimiento, mientras la madre estaba en situación de desaparición forzada, también ha afectado los planes de vida de sus ascendientes y colaterales próximos, y los sigue afectando en la medida en que su búsqueda no termine. El interés legítimo en decidir, conforme a la propia autonomía, lo que se quiere conocer, no tiene sin embargo una protección jurídica que erija a ese interés en un “derecho a no conocer el

propio origen biológico” o si se quiere, la ascendencia, cuando a este interés se enfrentan los intereses legítimos de otras personas al ser jurídicamente reconocidos, dan derecho a conocer si el primero es un descendiente o un pariente próximo. Derecho que debe reconocerse, al menos, a los presuntos abuelos y a los presuntos hermanos que reclaman ese reconocimiento.

También debe entrar en consideración que el Estado falló en la protección de la familia de quienes presumen ser parientes de los niños desaparecidos, cuestión que excede del derecho a la vida privada, según se ha señalado más arriba.

En otro orden, en los votos de los jueces Petracchi y Fayt, en el mismo caso, que se remiten a sus intervenciones en la sentencia de Fallos: 326:3758 (“Vázquez Ferrá, Evelin Karina”, la consideración decisiva se había apoyado en criterios distintos de los de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni). En aquel caso se había considerado desproporcionado el sufrimiento psíquico y el dilema moral que planteaba a los afectados el hecho de que asentir a la práctica de la extracción sanguínea podría constituir una cooperación a una prueba de cargo contra las personas que los habían criado, con las que habían establecido lazos de afecto y solidaridad (consid. 27, 30, 31 y 32). Sin embargo, esos jueces no habían considerado ni en aquel caso, ni en el de Fallos: 332:1835, ni la intensidad del sufrimiento y del dolor que acarreó el delito, a la que se sumó el dolor de una búsqueda que continúa, y que prolonga los sentimientos de dolor y frustración. A este respecto, no puede omitirse la jurisprudencia de la Corte IDH, antes relevada, que no sólo ha declarado que el delito, su defecto de esclarecimiento y la impunidad resultante constituyen afectaciones a la integridad psíquica en los términos del art. 5 CADH, y, según los casos, puede constituir un trato cruel e inhumano.

En el voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni se expresa que aquellos parientes de desaparecidos “A [la] *desolación de la ausencia sin respuesta suman la presunción o la certeza de que un nieto, un hermano, un sobrino, andan por el mundo sin saberlo. La carga del dolor de la pérdida y la angustia de saber que por lo menos existe un ser humano sobreviviente pero al que no se puede hallar, configuran un daño de imposible reparación. La magnitud de semejante carga hace de estas víctimas personas dignas de ser*

admiradas, pues ninguna de ellas canalizó su dolor por la vía de la venganza, sino que siempre confiaron en el Estado y en la jurisdicción y no dejaron de reclamar ante ella, aportando de este modo su enorme cuota de respaldo al estado de derecho, que por cierto, no siempre ha sabido responder adecuada y menos oportunamente” (“Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros”, voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, consid. 16).

No se trata de personas que ocurren a los tribunales en busca de admiración, ni incumbe a los tribunales declarar si merecen tal admiración. Se trata de personas que, porque guardan fe en la justicia a pesar la falta de resultados, siguen reclamando un recurso judicial efectivo para que el Estado repare el mal causado por sus propios agentes, y mitigue el dolor inferido, adoptando todos los medios necesarios y legítimos para obtener finalmente la respuesta que buscan desde hace más de treinta años. El reclamo a las autoridades del Estado y a los tribunales no es el silicio de un penitente religioso, es la expresión externa y pública de una letanía de dolor que no acaba, y que pide remedio judicial antes de que acabe su existencia.

En la medición de esa intensidad del dolor, no puede perderse de vista que el tiempo es el marco de la libertad de voluntad, la autonomía individual y los planes de vida.

Una negativa de las autoridades estatales a ofrecerles una vía para encontrar una respuesta a una búsqueda incesante con el argumento de que ello afecta a los planes de vida de la presunta víctima de la desaparición forzada (los niños robados cuando niños) es una afrenta a la idea liberal que reconoce a *toda* persona la libertad de ajustar su conducta a sus planes de vida.

La sustracción violenta de los niños, en situación de desaparición, no sólo ha afectado los planes de vida de esos niños, que tenían derecho a medidas especiales de protección de sus padres, y en defecto de ellos de sus parientes próximos y del Estado (confr. “Rivas Osvaldo Arturo y otros s/recurso de casación”, causa n°9569, rta.18/09/2009, Reg.15.093), también ha influido en los

planes de vida que pudieron haberse forjado sus abuelos, o los que tendrían derecho a decidir sus hermanos, en el marco de la protección jurídica del derecho a la vida familiar. Ambos grupos han debido, por la fuerza del mal estatal, ejercer opciones y emprender un nuevo plan de vida consistente en una gesta que en un contexto de Estado de Derecho jamás habrían imaginado. Oponer el respeto de los planes de vida de las presuntas víctimas de desaparición forzada (los niños robados) a las otras víctimas, quienes por la fuerza del mal, se han visto empujados a incluir en sus planes de vida la búsqueda incesante, es un tratamiento cruel frente a la espada del tiempo. Equivale tanto como sostener que deben privilegiarse los planes de vida de quienes no desean conocer su origen biológico mientras tienen tiempo para revisar sus opciones, frente a los planes de vida de muchos de aquellos sobre cuyas cabezas la espada el tiempo se aproxima y las opciones se reducen. Esta respuesta también perpetúa la victimización de los presuntos parientes.

Sin dejar de desconocer el derecho a la autonomía personal que tienen las personas a quienes los recurrentes representan, aquí nuevamente el art. 32 CADH ofrece el criterio de decisión, en cuanto el derecho al ejercicio de decisiones libres y autónomas “*está limitado por los derechos de los demás [...] en una sociedad democrática*”, cuando el ejercicio de ese derecho acarrea un costo desproporcionado al ejercicio de los derechos de los demás.

Concluyo así que en el presente caso, la decisión recurrida debe ser confirmada, pues las limitaciones e injerencias que acarrea para los que deben ser objeto de la recolección de muestras de tejidos y fluidos corporales, no son en las circunstancias del caso, desproporcionadas al fin que con ellas se persigue.

-IX-

Por las razones expuestas, propongo al acuerdo se rechace el recurso de casación de fs. 125/161, y se confirme la decisión recurrida en todo cuanto ha sido objeto de impugnación, declarándose que la confrontación de perfiles de ADN deberá limitarse a lo que se expresa en el punto VIII, letra a, in fine (arts. 470, 471 *a contrario sensu*).

Atento a la complejidad de las cuestiones involucradas, y a que los recurrentes pudieron haberse razonablemente creído con derecho en vista de la

inexistencia de una doctrina judicial claramente establecida, entiendo ajustado que las costas sean soportadas en el orden causado (arts. 530 y 551, C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Guillermo J. Yacobucci** dijo:

-I-

Que si bien la decisión recurrida no integra el elenco previsto en el art. 457 CPPN, ha de considerarse equiparable a sentencia definitiva por el carácter irreparable de la medida, conforme lo ha admitido la Corte Suprema (Fallos 332:1835). En esa línea, la crítica expresada en la audiencia por el Dr. Alan Iud, letrado patrocinante de la querrela formulada por Abuelas de Plaza de Mayo, sobre la base de la pre-existencia en el proceso de medidas que no fueron oportunamente impugnadas ni atacadas de nulidad, no puede ser de recibo. Ello así, por cuanto las alternativas que padecieron hasta el presente la concreción de esa prueba y el mecanismo para su realización, evidencian la actualidad del agravio y lo irreparable de la medida cuya ejecución se critica.

Por lo demás, los argumentos traídos a consideración de ésta Sala provocan una cuestión de naturaleza federal que, por imperio de la doctrina de la Corte Suprema desenvuelta en el precedente “Di Nunzio, Beatriz Herminia”, reclama la previa intervención de la Cámara Nacional de Casación Penal, a los efectos del art. 14 de la ley 48. En virtud de esos presupuestos, los recursos resultan entonces formalmente admisibles.

-II-

En cuanto al contenido material de los planteamientos y las respuestas que cabe dar a los distintos agravios expresados por los recurrentes y, que fueran detallados en la opinión que lidera el acuerdo, adelanto mi

coincidencia con cada una de las conclusiones alcanzadas en su voto por el juez doctor Luis García y, sustancialmente, con las argumentaciones que son su fundamento respectivo. En consecuencia y por razones de brevedad solo haré algunas consideraciones concurrentes a lo allí expresado.

En efecto, es necesario remarcar frente a los agravios de los Dres. Alejandro Carrió y Roxana Piña, que la sanción de la ley 26.549, por la cual se incorporó al Código Procesal Penal de la Nación el art.218 bis, modificó el marco de referencia normativo que se presentaba ante sucesos como el que resulta objeto de los recursos bajo análisis. De esa forma, se asumió la cuestión en términos que podrían definirse como de una “laguna axiológica”, pues se carecía de criterios de proporcionalidad fundados legalmente que permitieran atender los conflictos suscitados en esos casos, entre intereses de altísima significación sostenidos además por valores constitucionalmente reconocidos. Por lo tanto, las consideraciones, apreciaciones y referencias que se han hecho en oportunidad de la audiencia oral por aquellos letrados deben ser puestas en relación con este aspecto, que aparece regulado a través de la reforma.

Esta circunstancia se hace evidente a partir de los pronunciamientos de los tres poderes del Estado. Así, en las motivaciones expuestas por el Poder Ejecutivo Nacional al remitir el proyecto de ley al Congreso de la Nación –en el contexto de la Petición n°242/03, “Pegoraro”, de la Comisión IDH- se indicó que su finalidad era “regular en forma específica los alcances de las distintas facultades de investigación con los que la autoridad estatal cuenta, no sólo para lograr la determinación de la identidad real de personas sospechadas de ser víctimas de actos de desaparición forzada de niños instrumentados durante el último gobierno militar, sino también respecto del imputado o de otra persona involucrada en el proceso”. Por eso se consideró que “la extracción de sangre o de otros fluidos corporales tales como la saliva..., así como también la toma de una muestra de cabello resultan ser medidas indispensables para la realización de un examen de histocompatibilidad”.

En esa línea precisó que en el supuesto de resultar necesaria la obtención de la muestra mediante una “intervención en el cuerpo” de la presunta víctima, debería practicarse “teniendo en cuenta la referida condición, a fin de evitar su revictimización y resguardar los derechos específicos que detenta”. A tal

efecto, según se señalaba en el texto, el proyecto estipulaba que si el magistrado lo estimara conveniente y fuera posible alcanzar igual certeza en el resultado de la medida, la obtención de ADN podría concretarse “por medios distintos a la inspección corporal”. De esa manera, el Poder Ejecutivo entendió que respetaba los estándares de proporcionalidad en la injerencia, pues aclaró que, “puede darse el caso en que la extracción compulsiva de una muestra hemática genere una lesión grave a la integridad física de la persona cuya identidad se encuentre controvertida”. En tal supuesto se debería procurar “la obtención de una muestra de cabello o de saliva que permita la realización del examen de histocompatibilidad, pudiendo incluso ordenar que la extracción de estas muestras se realice compulsivamente”.

De todos modos, el texto advirtió que “la realización en forma compulsiva de una medida de injerencia física en contra de la voluntad de la supuesta víctima de desaparición...podrá generar consecuencias en su integridad psíquica, que el Estado tampoco puede desconocer y por ende, debe atender”. Es así que, asumiendo tales circunstancias, el proyecto remitió a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (G.291; L.XLIII. “G.R. de P., E.E. y otros s/sustracción de menores de 10 años –art.146- resuelto el 11 de agosto de 2009, reiteradamente evocado durante la audiencia), en cuanto busca un “punto de equilibrio” entre el modo de “materializarse el derecho a la verdad sin lesionar los derechos de persona alguna o bien, en su caso, a costa de una mínima lesión de las garantías de quienes son víctimas involuntarias de los hechos”.

Justamente, ha sido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en esos casos, la que apareció entre las referencias de este proyecto finalmente sancionado como ley de la Nación por el Congreso y a cuya interpretación –enfrentada- recurrieron los apelantes y las querellas. Así, en los conflictos sobre cuestiones análogas, más allá de no encontrarse una comunidad de fundamentos o posiciones mayoritarias entre los miembros del Alto Tribunal que permitan conformar una doctrina establecida, se ha reconocido la existencia

de intereses encontrados sostenidos en derechos constitucionalmente garantizados, donde su ponderación a través de criterios de proporcionalidad padecían la falta de un soporte legal.

Sobre el particular, en el precedente “G.291; L.XLIII. “G.R. de P., E.E. y otros s/sustracción de menores de 10 años”, la Corte Suprema reconoció la complejidad de la situación y la existencia de intereses en pugna al señalar: “Que la obligación de investigar por parte del Estado, si bien es irrenunciable, de todos modos debe compatibilizarse con el principio de protección de los derechos de “la víctima”, extremo que también aparece consagrado por el derecho internacional de los derechos humanos”. Sin embargo, advirtió que en la cuestión concurrían “víctimas” con pretensiones encontradas, pues por un lado aparecía quien argumentaba que la concreción de una medida semejante a la que aquí se analiza violaba entre otros derechos los de “preservar, cuestionar o esclarecer su identidad, el de integridad física, el de intimidad, el de propiedad, el de disponer del propio cuerpo y del patrimonio genético” y por el otro, “los de quienes serían su familia biológica...que pretenden conocer la verdad de los hechos para determinar si, efectivamente, quien se opone a la realización de la prueba de histocompatibilidad es...descendiente de su hija desaparecida y, paralelamente, avanzar además, en la medida de lo posible, en la investigación sobre la desaparición forzada de la misma”.

Aquí se muestra el núcleo del problema y la necesidad de su regulación legal dentro del marco del principio de proporcionalidad al que recurre el fallo de la Corte Suprema. Por eso se dice que “...aparecen entonces enfrentados principios y derechos constitucionales de similar jerarquía, circunstancia que obliga a los jueces a ponderar con extrema prudencia los valores e intereses que coexisten con el fin de arribar a una solución que conjugue de manera armoniosa aspectos propios de la esfera de la intimidad de las personas, protegidos por el artículo 19 de la Constitución Nacional, con otros que la trascienden, y acaban por interesar a la sociedad toda”.

Más precisamente la Corte identifica en el fallo (G.1015) los extremos de esa relación conflictiva al indicar que “bajo tales condiciones se hace necesario encontrar un punto de equilibrio, esto es, determinar de qué manera puede materializarse el derecho a la verdad sin lesionar los derechos de persona

alguna o bien, en su caso, a costa de una mínima lesión de las garantías de quienes en la especie son víctimas involuntarias de los hechos”.

Si se atiende en especial al voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, asumido en su exposición por los recurrentes, se explica “que en una primera mirada colisionarían el interés punitivo del Estado, el derecho de la víctima secuestrada a su privacidad y autonomía de voluntad y el de los familiares biológicos a conocer la verdad. De un análisis más profundo resultaría que lo que se halla en juego conflictivo en la causa y en el punto que incumbe decidir, es la autonomía de voluntad de la víctima presuntamente secuestrada y el derecho a la verdad de los supuestos familiares biológicos”. Esto resultaría así, ya que en la particular observación de ambos jueces, el Estado no tendría en verdad legitimación para aplicar medidas coercitivas sobre las presuntas víctimas en virtud de que el delito ha sido ejecutado por el propio aparato estatal que, además, se ha mostrado ineficaz para hacer cesar esta situación.

En ese contexto entonces se inscribió la sanción legislativa que incorporó el art.218 bis al CPPN estableciendo el marco legal al que debe sujetarse la cuestión planteada por la decisión del *a quo* y que tuvo por eje central de su justificación el sometimiento de este tipo de conflictos a las reglas del principio de proporcionalidad.

Los recurrentes proponen, de todos modos, una interpretación del enunciado en virtud del cual se establecerían dos supuestos diferentes o, como ha especificado la Dra. Piña en la audiencia, un “doble estándar” –a partir del sujeto que padece la injerencia- y que determinaría dos procedimientos también distintos. En esa línea, cuando el sujeto en cuestión resulte considerado potencial víctima, los recurrentes entienden que la ley no permite en modo alguno la obtención compulsiva de muestras.

En lo sustancial, los recursos señalan que al omitirse el término “preferentemente” que integraba el enunciado del proyecto enviado por el Poder Ejecutivo, se desechaba la posibilidad de que los magistrados, aún como instancia

subsidiaría y de ultima ratio, pudieran justificar una injerencia corporal en esas personas si no se contaba con su consentimiento. Para sostener ese planteo se hizo mención a circunstancias del debate parlamentario y en particular a la posición de los miembros del “PRO”, las explicaciones del Diputado Pinedo y las consideraciones del Senador Petcoff Naidenoff.

Vale recordar en esa línea y con relación a las propias consideraciones de la letrada volcadas en la audiencia, que la Corte Suprema tiene dicho que “la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador” (Fallos, 302:973). Sin embargo, “la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley” (Fallos, 299:167) pues así como “los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió” (Fallos 300:700), las leyes “deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras que emplean sin violentar su significado específico” (Fallos 295:376).

En esta tarea, el rigor de los razonamiento lógicos no debe desnaturalizar los fines que inspiran la norma, ya que “no es siempre método recomendable el atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que las nutre es lo que debe rastrearse en procura de una aplicación racional” (Fallos 316:3045).

Los recurrentes postulan que el enunciado del art.218 bis del CPPN debe ser considerado a la luz de la voluntad “del legislador”, discurriendo en una línea que puede calificarse de “psicologista” en tanto evoca opiniones o consideraciones individuales de ciertos legisladores durante la discusión del proyecto. Esa propuesta hermenéutica carece de una fundamentación razonable en tanto no se ha demostrado que las opiniones a las que remite sean la expresión de voluntad de un cuerpo legislativo y no la de un individuo en particular. La noción de “voluntad del legislador” es un argumento transcategorico dentro de las teorías de la interpretación, ya que aparece relacionado al mismo tiempo con criterios lingüísticos, históricos, sistemáticos y teleológicos. Ahora bien, en tanto suponga justificar la decisión interpretativa en la convicción de un legislador en particular –criterio “psicologista”- debe demostrar que esa posición es la que expresa en verdad la voluntad y convicción de un cuerpo colegiado que reúne posiciones políticas diferentes. Nada de eso sucede en este caso, pues se ha hecho mención a

opiniones de legisladores particulares que en modo alguno conformaron la mayoría en la fundamentación de la aceptación del texto legal; antes bien, el propio desarrollo de la discusión y el texto finalmente aprobado muestran su ineficacia como expresión de significado jurídico del enunciado hecho ley.

Resulta evidente en la actual etapa de comprensión de la naturaleza de la actividad legislativa, que la noción de “voluntad o intención de legislador” remite en realidad a la conformación de un consenso, acuerdo o integración de una multiplicidad de voluntades. Por principio, este consenso no se identifica con la mera voluntad individual de un representante sino con la compleja integración de voluntades que se pronuncian en sentido más o menos unívoco. Esto se alcanza merced a la función o finalidad perseguida a través del enunciado normativo que se apruebe y que permita identificar la orientación imperativa de quienes votaron a favor de su promulgación. Así, la génesis de la ley se integra con el sentido teleológico y normativo de sus proposiciones (Betti).

Se trata pues de una intención o voluntad objetivada en el texto respecto de la cual las apreciaciones particulares solo pueden dar un indicio de lo efectivamente perseguido con el enunciado. Por eso fallan los recurrentes en justificar que las consideraciones hechas en el debate parlamentario por algunos diputados y senadores expresen en verdad el significado normativo del art.218 bis del CPPN. Esa falencia y a la vez la comprobación de lo contrario a lo sustentado por los letrados, es verificada claramente a través del análisis de la discusión parlamentaria. En la Cámara de Diputados se indicó por ejemplo, que el texto sometido a consideración pretendía legitimar “una herramienta que...en pos de la averiguación de la verdad...avance incluso de manera compulsiva sobre los derechos de sus habitantes que por cierto no son absolutos”. Se reconoció incluso que podrían ser “afectadas, en particular las presuntas víctimas pero mínimamente” (Diputada Nora Noemi Cesar).

Más claras resultaron aún las expresiones del Diputado Miguel Ángel Barrios en cuanto declaró que “la búsqueda de la verdad en este particular delito

justifica la extracción de ADN sin consentimiento”, por eso indicó que la norma se propuso “avaluar la extracción compulsiva, solo en el caso de este delito de lesa humanidad en particular”, quedando sujeto a la valoración mediante ciertos criterios de proporcionalidad. Esta finalidad también fue advertida por el Diputado Hugo Acuña, aunque adoptando una actitud crítica, ya que expresó que “este proyecto que prevé la extracción de sangre compulsiva como última instancia para casos de búsqueda de desaparecidos, tiene por finalidad encontrar el material genético, pero no lo busca en el cuerpo del apropiador sino en el de su víctima”. Por eso consideró negativamente el enunciado de la norma y reconoció no haber logrado “cambiar la redacción” a fin de incorporar ciertos principios constitucionales. Otro tanto admitieron las Diputadas Marta Velarde y Nora Ginzburg, aunque de contrario, el Diputado Gorbacz apreció que el proyecto es “absolutamente equilibrado”.

Desde otra perspectiva, el Diputado López Arias pretendió excluir lo que asumió como finalidad del texto, es decir, según sus palabras: “invasión del cuerpo y de la voluntad de la víctima”. Ante ese objetivo de la ley y la defensa de la autonomía plena de la presunta víctima, el Diputado Fernando Iglesia fue terminante y se extendió en un planteo contrario a esas disposiciones normativas. Puede verse así, que del debate en la Cámara de Diputados se observa que la votación asumió que el texto votado integraba la cláusula que legitima la extracción compulsiva de muestras sobre la propia víctima, de modo tal que aquellos legisladores que no estaban de acuerdo votaron en contra de la norma o dejaron expuestas sus disidencias. También se advierte que el texto con el cual se estaba trabajando había incluido una serie de reglas que son propias del principio de proporcionalidad y que no estaban contenidas en el proyecto del Poder Ejecutivo. No se encuentra pues que las alegaciones de los recurrentes tengan base objetiva en esas discusiones.

Tampoco se alcanza esa situación con motivo del debate en el Senado. La Dra. Roxana Piña durante la audiencia hizo mención para sostener la interpretación que propicia a las consideraciones del Senador Petcoff Naidenoff.

Sin embargo de los propios dichos de ese legislador, sobre todo en el intercambio de opiniones con la Senadora Riofrio y luego con el Senador Marín, se advierte que no hay coincidencias con el texto que se va a votar –incluso en lo

que respecta a la extracción compulsiva de muestras sobre el imputado- pero que en virtud de ciertos valores políticos que allí se arguyeron terminaría acompañando la iniciativa. Por eso resulta clara la posición de la Senadora Escudero que señaló expresamente que se oponía a la extracción compulsiva sobre la víctima y las apreciaciones de la norma en relación con los arts.242 y 243. De allí que haya propuesto sin éxito una modificación del texto de manera tal que se prohíba “avanzar de modo compulsivo...frente a la oposición de la víctima” y, más adelante diferenciar las opiniones mediante una votación general y otra en particular”. En esto resultó preciso el Senador Pérez Alsina que, justamente, señaló que su colega Naidenoff no advirtió que el enunciado de la ley podía “ordenar una medida compulsiva contra el damnificado”.

Las posiciones encontradas durante el debate en Senadores tuvieron además su expresión al momento de la votación, donde el proyecto recibió en general una aprobación de cincuenta y siete votos contra uno negativo, mientras que en particular se verificaron cuarenta y ocho afirmativos contra nueve negativos.

Estas incidencias en la discusión parlamentaria y la concreción de los resultados de la votación ponen de resalto que las referencias de los recurrentes a ciertas opiniones individuales de legisladores no ofrecen lineamiento alguno sobre el sentido de la norma finalmente aprobada. La expresión de significado de la ley, en tanto se evalúa lo discutido en el recinto del Congreso, debe considerar los consensos y acuerdos alcanzados, dentro de los cuales las opiniones personalizadas se integran y adecuan. Aparece así, inoperante la mención a lo que algún legislador aislado entendió o creyó que era la finalidad de la ley. Esta surge de una interpretación teleológica, racional y sistemática de su texto que es la expresión objetiva (Binding, Kholer, Wach) de la noción de “voluntad del legislador”.

En esa línea, el enunciado de la norma expresa de manera ordinaria que la extracción compulsiva de muestras sobre la víctima es una *última ratio* que

debe ser atendida en relación con criterios de proporcionalidad por el propio juez frente al caso. Las expresiones literales del art.218 bis del CPPN son congruentes además con la finalidad jurídica que ha pretendido el legislador a partir del proyecto enviado por el Poder Ejecutivo y las cuestiones planteadas por la Corte Suprema en los precedentes ya citados.

De esa forma la interpretación alcanzada respeta el canon que constituye la estructura del orden republicano y que Larenz explicita diciendo que: “Sólo los fines, establecimiento de valores y decisiones fundamentales acordados en la intención reguladora o que de ella se siguen, sobre los que de hecho han tomado posición los participantes en el acto de legislación, pueden ser denominados “voluntad del legislador”, que se realiza mediante la ley. La interpretación ha de orientarse, en primer lugar, a ellos, pues sólo así puede garantizarse el papel preeminente de los órganos legislativos dentro del total proceso de creación y de concretización del Derecho...La interpretación teleológica quiere decir interpretación de acuerdo con los fines cognoscibles e ideas fundamentales de una regulación” (Cfr. Karl Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho).

De allí que la Corte Suprema señale que no está permitido “apartarse del principio primario de la sujeción de los jueces a la ley ni atribuirse el rol del legislador para crear excepciones no admitidas por éste, pues de hacerlo así olvidaría que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, y que cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación la norma debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas en aquélla”(Fallos 218:56 y 299:167). De otro modo podría arribarse “a una interpretación que –sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal- equivaliese a prescindir de su texto” (Fallos, 279:128; 300:687; 301:958; 316:1253).

Puede decirse entonces que el *a quo*, de contrario a la crítica de los recurrentes contra su decisión, se ha sujetado a los cánones de interpretación aplicables al caso. Al respecto, se observa que más allá de los defectos de técnica legislativa que se presentan hay coincidencia entre las finalidades perseguidas por el legislador, los extremos dialécticos señalados por la Corte Suprema en el grupo de casos que regula la norma y el enunciado escogido para ser fuente de expresión

normativa. No hay justificativo entonces para aplicar directrices procedimentales de preferencia como es la establecida en el art.2 del CPPN ya que hay coincidencia en todos los planos hermenéuticos. Tampoco se advierte una concurrencia de leyes que habilite la aplicación del principio *pro homine*. En ese contexto, lo que los recurrentes pretenden es una reformulación del texto normativo diverso a lo que resultó de la discusión del Poder Legislativo y de la finalidad de la ley.

Al respecto la Corte Suprema tiene dicho que *“la ingente misión que en la elaboración del derecho incumbe a los jueces debe cumplirse sin arbitrariedades y no llega hasta la facultad de instituir la ley misma”* (Fallos, 234:82). Dentro de esa misma doctrina explica que *“el rol asignado al juez como intérprete se desnaturaliza si sustituye a un órgano de otro poder del Estado en una función que le ha sido conferida por ser el más apto para cumplirla”*. Una consecuencia de todo ello es que *“El indudable acatamiento que la interpretación judicial debe a la letra y al espíritu de la ley, encuentra su fundamento último en la objetividad con que dicha interpretación ha de formularse”* (Fallos, 304:438, 306:1472 y 316:1195).

Más aún, el Tribunal ha dicho que el “examen de la razonabilidad de las leyes en punto a su legitimidad no puede llevarse a cabo sino en el ámbito de las previsiones en ellas contenidas y de modo alguno sobre la base de los resultados obtenidos en su aplicación, pues ello importaría valorarlas en mérito a factores extraños (Fallos 311:1565, consid.5° y 316:1253). En consecuencia, la desviación, manipulación o instrumentalización de las decisiones judiciales por parte de terceros, a las que aluden los recurrentes, aún cuando pudieran afectar la tranquilidad de Felipe y Marcela Noble, dañándolos incluso en el plano psicológico o por su incorporación en un debate político de tipo agonial, no pueden ser óbice para que los magistrados fallen de acuerdo con la ley y los derechos de las partes. Los efectos negativos del tipo reseñado en los recursos bajo análisis que puedan alcanzar a estas personas están por principio fuera de la competencia

de esta jurisdicción y, en todo caso, se integran como parte de la cultura, civilidad o incivildad política de la sociedad. Las consecuencias a las que deben atender los magistrados son de otra naturaleza y se relacionan con criterios de justicia, verdad, proporcionalidad, dignidad humana y bien común político que puedan indicar una comprensión errónea del texto en cuanto expresión de significado jurídico de la voluntad del Poder Legislativo.

-III-

Los recurrentes han sostenido que una disposición como aquella que expresa la redacción del art.218 bis del CPPN conforme la interpretación que se ha hecho precedentemente, vulnera principios constitucionales ya que afecta la autonomía personal, la privacidad e intimidad de Felipe y Marcela Noble Herrera. Esta cuestión exige someter a “Control Constitucional” las disposiciones de la norma. Tengo dicho (“Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ recurso de casación” -causa n° 8262, Reg. 14.588, rta. 3/6/2009-) que esa valoración además debe integrar el “Control de Convencionalidad” reclamado tanto en virtud de las disposiciones de la Constitución Nacional –art.75 inc.22- como de la jurisprudencia de la Corte IDH, que ha hecho suya la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“Simón” Fallos 328:2056 y “Mazzeo” Fallos 330:3248, entre otros).

Al respecto, la Corte IDH ha señalado que “...es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin... En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad...En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154,

párr. 124; Caso “Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)”, párr. 176, Caso “Cabrera García y Montiel Flores”, párr. 225 y más recientemente aún, Caso “Gelman vs. Uruguay”, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones párr.14).

Si bien el denominado “Control de Convencionalidad” ha motivado en el ámbito académico una serie de cuestiones acerca de los presupuestos de su viabilidad e incluso, al parecer, ha suscitado dudas sobre las exigencias de su operatividad en el Ministerio Público (Cfr. dictamen de la Procuración General de la Nación en la causa A. 93, L.XLV “A, Jorge Eduardo y otro s/recurso de casación” del 10/03/2010), lo cierto es que ese procedimiento en este caso se integra naturalmente en la evaluación sobre la congruencia entre la disposición legal y el bloque axiológico que configura el ordenamiento jurídico nacional.

A esos fines resulta necesario considerar que la decisión del *a quo* recurrida por los Dres. Alejandro Carrió y Roxana Piña se adoptó en un contexto de investigación vinculado a la desaparición forzada de personas. Al respecto, la Corte IDH ha expresado que “la desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar” (Sentencia “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, del 29 de julio de 1988, Serie C, n° 4, párr.155, “Godínez Cruz vs. Honduras”, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C, n° 5, párr.163).

En esa línea de análisis, tengo dicho (“Ulibarrie, Diego Manuel s/recurso de casación”, causa n° 12.313, Reg. 18.377, rta. 25.04.2011) que la desaparición forzada de personas más allá de abarcar una serie de delitos que la integran en su desarrollo y que permite la punibilidad aún sin que un tipo penal específico sobre aquella estuviere vigente, determina una complejidad probatoria que ha sido reconocida por la propia Corte IDH y se expresaba a través de “sus múltiples elementos complejamente interconectados y hechos delictivos conexos”. En virtud de ello, indiqué que la asunción del carácter permanente del delito por

parte de la Corte IDH brindaba un motivo que habilita al Estado a su investigación mientras no se esclarezca el destino y suerte corrida por la persona desaparecida (Sentencia “Goiburú y otros vs. Paraguay”, del 22/11/2006, Serie C, n° 153).

Sobre esa consideración del delito he señalado (“Acosta, Jorge Eduardo s/recurso de casación, causa n°10.939, Reg. 14.754, rta. 25.06. 2009) que los familiares y allegados de la persona desaparecida han de ser tenidos por víctimas del delito de desaparición forzada al ser alcanzados por la negativa a brindar información de parte de los agentes estatales sobre el destino y situación de aquella. En esa oportunidad recordé el precedente de la Corte IDH que ha establecido en ese punto “que los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas. En esta línea, este Tribunal ha considerado violado el derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de las víctimas con motivo del sufrimiento propio que éstos han padecido como producto de las circunstancias particulares de las violaciones perpetradas contra sus seres queridos y a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos” (caso “Masacre de Pueblo Bello”, sentencia del 31 de enero del 2006, párr. 154).

En tal sentido además, esta Sala lleva dicho que la apropiación de menores dentro de la desaparición forzada de personas no supone un mero delito vinculado a ésta o una de sus posibles consecuencias sino que la apropiación forma parte de la ejecución misma de la desaparición forzada. Así se sostuvo que “lo característico del delito es la pérdida de todo rastro de la persona colocada en situación de desaparición forzada” y desde esta perspectiva, “al menos en los casos en los que la persona colocada en esa situación de desaparición da a luz un hijo durante su cautiverio, la sustracción del niño nacido, el ocultamiento de los datos del lugar de nacimiento, y de la identidad de su madre, la retención u ocultamiento del niño, el emplazamiento en un estado de familia que no corresponde a su nacimiento, la expedición de documentos ideológicamente falsos para ocultar la verdadera identidad de la madre y las circunstancias del nacimiento, y la obtención de documentos de identidad falsos sobre la base de los actos anteriores, constituye parte de los actos ejecutivos de desaparición forzada de la madre, pues mediante esos actos se oculta todo dato que podría dar noticia de la suerte de la madre”.

Incluso, en sentido más intenso, se expresó que “el niño nacido durante el cautiverio de su madre también es una víctima de la desaparición forzosa, no sólo en el sentido de que ésta afecta a la familia de la persona desaparecida, como lo ha expresado la Corte Interamericana, sino en el sentido de que el niño ha sido –de modo promiscuo con su madre- objeto de una privación de libertad física desde el nacimiento al menos hasta su separación de ella, privación que está seguida de actos directamente dirigidos a ocultar su nacimiento, su filiación, y borrar toda traza de estos, funcionales a la finalidad de negar la existencia del nacimiento, o de informar sobre el destino del niño” (“Rivas Osvaldo Arturo y otros s/recurso de casación”, causa n°9569, Reg.15.093, rta.18.09.2009, voto juez García al que adherí).

-IV-

Es en ese marco normativo que deben ser atendidos los agravios de los Dres. Alejandro Carrió y Roxana Piña en cuanto a la afectación de derechos en las personas de Felipe y Marcela Noble Herrera, asumidos como posibles “víctimas” del delito de apropiación de menores. Pues, como quedara expuesto más arriba, a su vez los querellantes aparecen como “víctimas” en la ejecución de los hechos constitutivos de “desaparición forzada de personas” o las representan de forma institucional. Ambas determinaciones en cuanto a la categoría jurídica de víctimas de delitos de lesa humanidad implica a su vez una serie de obligaciones indisponibles de parte del Estado a través de todos sus poderes o funciones.

Tengo dicho, en lo que aquí interesa respecto a la noción de autonomía, que la convivencia social y política es “un orden de libertades”. Por ese motivo, si bien las normas de distinta naturaleza pueden presentarse como una limitación de la voluntad individual, en verdad actúan como cauce que hace posible el ejercicio concreto de la libertad en un ámbito de alteridad.

Por tanto la autonomía supone una esfera de competencia integrada por un campo de indeterminación normativa. A partir de ese presupuesto las

tensiones de intereses enfrentados deben ser evaluadas merced a disposiciones legales –pues en concreto suponen una limitación de libertad-, han de atender a una ponderación o balance de pretensiones en el caso particular y, a esos fines, debe recurrirse a estándares de proporcionalidad que permitan definir la cuestión. Esa decisión, por lo demás, ha de atender a la preservación del sistema de derechos, libertades e intereses asumidos como propios de la forma de ser de esa convivencia, sin aniquilar ninguno de ellos.

Al respecto es necesario reconocer que la privacidad e intimidad que aseguran el ámbito de autonomía constitucionalmente asegurado no adquieren una naturaleza absoluta sino que, por el contrario, responden a un modo de ser determinado por la concurrencia de fines y valores socialmente relevantes. En función de las alegaciones de los recurrentes, parece conveniente indicar que en el precedente de la Corte Suprema reiteradamente citado durante la audiencia (Gualtieri, G.291) se indicó que “la identificación precisa de los derechos en conflicto...conforma un campo de tensión que obliga a adoptar una decisión basada en la razonable ponderación de principios jurídicos. Toda decisión judicial debe comenzar mediante la delimitación de los hechos y su subsunción en la norma jurídica aplicable. La prioridad argumentativa de la deducción se basa en que si existe una regla válida para solucionar el caso, ésta debe aplicarse, ya que de lo contrario se dictaría una sentencia "contra legem". Esa ley, como quedó expuesto, configuró el art.218 bis del CPPN aplicable al caso.

En ese mismo contexto, la Corte remarcó que los derechos señalados por los recurrentes no eran absolutos y por ende estaban relacionados en su ejercicio y concreción a limitaciones que, sobre la base de su racionalidad, no podían ser desatendidas. Por eso explicitó que “los derechos civiles, políticos y sociales 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 (Fallos: 312:318; 314:225; 315:380 y 320:196). Tanto el derecho a la intimidad tutelado por el artículo 19 de la Norma Fundamental, cuanto los demás, deben ponderarse tanto a la luz de los diversos derechos consagrados por el texto, como en relación con las facultades estatales de restringir su ejercicio, en un marco razonable, para la necesaria eficacia en la persecución del crimen”. En lo que aquí interesa, en virtud de los

agravios traídos por los Dres. Alejandro Carrió y Roxana Piña, precisó que “en este sentido, debe tenerse en cuenta que el marco de protección que confieren las normas de nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales mencionados en su artículo 75, inc. 22, no implica que se prohíba toda intrusión estatal respecto del derecho de privacidad. Importa más bien que la Carta Magna ha estructurado un escudo de protección de los habitantes de nuestro país, para que sus derechos no sean injustamente vulnerados, pero no lleva desde luego a impedir la ejecución de aquellas medidas que requiera el Estado para dilucidar la verdad en el ámbito del proceso penal”.

En una consideración que podría aplicarse sin más a las cuestiones suscitadas durante la audiencia, la Corte expresó en el precedente que los propios recurrentes citan: “Que el derecho a preservar la propia identidad y a que ella no sea cuestionada en contra de la propia decisión carece del alcance absoluto que pretende asignarle el apelante. En particular, y en lo que aquí interesa, dicho derecho no podría ser invocado para neutralizar el interés de la sociedad en el esclarecimiento y persecución de los delitos. Por esa misma razón tampoco resulta admisible el agravio relativo a que en la causa los jueces penales intentan eludir los límites establecidos por el derecho civil en materia de dilucidación de la filiación. Pues de lo que aquí se trata es de una investigación criminal, cuyo objeto central es el esclarecimiento del delito de sustracción y apropiación de menores, en cuyo marco, la realización de medidas de prueba destinadas a intentar determinar o excluir los vínculos biológicos constituye el procedimiento de rigor”.

Vale recordar entonces que la Corte Suprema ha indicado que la privacidad e intimidad encuentran su “límite legal siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen” (Fallos, 306:1892 y 316:703). De hecho, los instrumentos internacionales de derechos humanos, si bien determinan la obligación pública de proteger la intimidad y la privacidad, lo hacen respecto de injerencias arbitrarias o ilegales, incluso abusivas, pero no de aquellas que

resulten legítimas conforme a criterios de proporcionalidad. Dicho de otro modo, las injerencias serán ilegales si no cuentan con soporte determinado por ley con precisión o arbitrarias si, a pesar de esa fuente legal, resultan desproporcionadas, injustificadas o carentes de razonabilidad. La privacidad e intimidad pueden, en consecuencia, ser reguladas en su goce, de acuerdo con criterios de alteridad o bien común debidamente justificados dentro de la convivencia. Así ha quedado explicitado por la propia Corte IDH en el precedente “Tristán Donoso vs. Panamá” del 27 de enero del 2009, párr. 77.

Por lo demás, en el art.17 del PIDCyP se prevé el derecho de toda persona a ser protegida respecto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada. Sobre el particular el Comité de DH en su Observación General (OG) 16 del 8 de abril de 1988, llamó la atención acerca de que esa protección se dirigía tanto frente a acciones “ilegales” como “arbitrarias”. Para evitar lo primero se exige que la injerencia este fundada en ley –formal- y que ésta se adecue a las disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto. Pero, lo segundo, es decir las denominadas arbitrarias, contemplan injerencias que, a pesar de estar previstas en una ley, resultan irrazonables de acuerdo a las circunstancias particulares del caso. De allí que, tal como se adelantara, la cuestión remite propiamente al análisis de la proporcionalidad de la medida y de su modo de ejecución.

También en el ámbito Europeo de los derechos humanos se ha atendido a reglas de naturaleza similar. La CEDH en su art. 8 establece en esa línea que toda persona tiene “derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. Por lo tanto no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto y en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. Si bien el TEDH ha considerado interpretando este artículo, que no es posible una definición exhaustiva de la noción de “vida privada” (Cfr. “Niemiets c.Alemania”, Sentencia del 16-12-1992, Serie A, n°251-B), opta por una comprensión extensa de su contenido. Desde esa perspectiva ha incluido dentro de esa noción a la integridad psíquica y

psicológica, los tratamientos médicos y los exámenes psiquiátricos, la identidad social, el nombre, la reputación, la vida sexual, las fotos, las actividades profesionales etc. (Cfr. “X y T c. Países Bajos”, Sentencia del 26 d.3.1985, Serie A, n°91, “Worwa c- Polonia”, “Mikulié c. Croacia” n°53176/99 en 2003-IX, “Guillot c.Francia en 1996-V, “ADT c. Reino Unido, en 2000-IX, entre otros).

Se hace explícito entonces que no se trata de derechos absolutos, ni los intereses de las personas pueden ser atendidos en abstracto sino en relación con la concurrencia de otros sostenidos en normas de igual entidad. Lo que se reclama en ese punto es que la racionalidad y proporcionalidad responda a criterios de tipo democrático y estén encaminados a finalidades cuya relevancia no se discute.

En este contexto, puede decirse que el artículo 18 de la Constitución contiene una regulación especial para las injerencias estatales en ámbitos de intimidad que viene determinada por el control jurisdiccional y la racionalidad de la medida. Esto es congruente con la consideración de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues su artículo 11.2 determina que: “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”. En esa línea la Corte IDH considera que el ámbito de la privacidad que en nuestro medio remite a la normativa del art.19 de la Constitución Nacional, se caracteriza “por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”.

Esta ponderación también se aplica a la protección que dispone el Pacto Internacional de derechos Civiles y Político. Así lo explica el Comité de DH en su OG 16 interpretando el art.17 del PIDCyP, recordando que “Como todas las personas viven en sociedad, la protección de la vida privada es por necesidad relativa”. Sin embargo, las informaciones de la vida privada de los individuos solo debe ser reclamada cuando en su conocimiento este en juego un interés indispensable de la sociedad.

De todos modos, en la opinión consultiva 6/86 la CIDH ha dicho que la protección de los derechos humanos exige que los actos del poder político que los afecten “no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneran los atributos inviolables de la persona”. Es más, en la misma declaración se exige que esas limitaciones tengan por fuente una ley emanada del Poder Legislativo, utilizando por tanto un criterio restrictivo o estricto de ley. A partir de la existencia de este presupuesto legal, que es el que da el primer nivel de legitimación al actuar del poder público, se deben ponderar las razones de la injerencia. Esto último, en particular, es tarea de los jueces, ya que son estos los que deben considerar la razonabilidad y proporcionalidad, que justifiquen la incursión en la intimidad personal.

Se entiende así que en el precedente “Gualtieri” (G. 1015) la juez Argibay indique que “La decisión de encuadrar constitucionalmente el derecho... a oponerse a la extracción compulsiva de sangre dentro de la protección del artículo 18 de la Constitución Nacional tiene una importante consecuencia que debe ser ponderada, pues dicha garantía admite que en ciertos supuestos el Estado pueda interferir en distintos aspectos de la vida privada de una persona. Esta posibilidad está dada por la necesaria intervención de un juez que deberá estimar si la medida es razonable, es decir, si tan grave interferencia en los derechos individuales está justificada en orden a obtener los elementos de juicio imprescindibles para fallar el caso”.

Esto resulta congruente con la distinción que hiciera la juez en el precedente “Baldivieso” en torno a la distinción entre privacidad e intimidad. Así ha observado que “la intimidad o privacidad, entendida en sentido lato, se encuentra protegida por nuestro derecho vigente con desigual intensidad según cuál sea el aspecto de la vida privada que se busca resguardar; no es el mismo tipo de aseguramiento el que provee el artículo 19 de la Constitución Nacional que el resultante del artículo 18 y otras cláusulas, que establecen fórmulas similares, de los pactos de derechos humanos incorporados por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional. El primero de los preceptos mencionados está dirigido a excluir de todo tipo de interferencia estatal aquellas acciones que en modo alguno afecten a terceros, es decir, que no generen efectos dañosos sobre otras personas.

En la medida que esto último haya sido debidamente establecido, la prohibición de interferir en tal tipo de acciones es absoluta”. De modo diferente la juez interpreta la protección acordada a los sujetos por el artículo 18 de la Constitución Nacional, pues este “se refiere a la exclusión de terceros (los funcionarios públicos entre ellos) de ciertos ámbitos propios de la persona, a los que también se puede llamar "privados" o "exclusivos"... A diferencia de la protección asignada por el artículo 19 de la Constitución Nacional, la interferencia en estos ámbitos privados por parte de las autoridades públicas no se halla excluida de manera absoluta, sino que se la sujeta a determinados requisitos, tal como la orden de autoridad competente”.

-V-

Precisado que los derechos alegados por los recurrentes como fundamento para sostener la inconstitucionalidad de la norma aplicada al caso por el *a quo* no son absolutos sino que están sometidos a su ponderación en los términos que impone el principio de proporcionalidad, corresponde evaluar la medida de prueba dispuesta y el modo en que ha de concretarse. Las disposiciones del art.218 bis del CPPN son el fundamento legal de la medida atacada en los recursos. A partir de sus enunciados se observa que la procedencia de lo que allí se dispone está regulada por criterios propios de la razonabilidad.

En esa línea cabe distinguir, de todos modos, entre la fundamentación de la medida de prueba en sí misma, esto es la comparación de muestras genéticas de Felipe y Marcela Noble Herrera con aquellas que corresponden a familiares de desaparecidos y el modo en que habrá de concretarse en atención a las circunstancias de la investigación.

En el primer caso no existen dudas en cuanto a la necesidad, idoneidad y eficacia de la medida para determinar si los jóvenes mencionados resultan ser hijos de personas desaparecidas. Al respecto es necesario precisar que esa prueba, sin embargo, sólo puede encontrar legitimación en tanto haya una sospecha razonable de que las personas que van a padecer una injerencia en su

privacidad e intimidad puedan estar vinculadas con la ejecución de un delito. Esto significa que no cualquier persona integrada a una familia adoptiva, por el solo hecho de ese tipo de vínculo, puede ser legítimamente sometida a esa interferencia en su ámbito privado. De lo contrario se estaría admitiendo un aniquilamiento general de la privacidad de un elenco o colectivo de personas, que resulta inaceptable frente a la garantía constitucional y anularía toda regla de razonabilidad.

La sospecha de la que se habla ha sido expuesta en la decisión de la jueza de primera instancia y deja de lado una irrazonable universalización respecto de personas dadas en adopción. Ciertamente esto no implica un juicio de valor definitivo sobre los hechos que dieron lugar al procedimiento de adopción de los jóvenes sino a la consideración de las constancias en términos normativos que no resultan cuestionables para inferir esa razonabilidad.

Efectivamente, en el caso bajo examen, según quedara detallado en el voto que antecede, la investigación ha identificado elementos suficientes, objetivamente considerados, para que la sospecha sobre el origen de los jóvenes se vincule con un comportamiento ilícito. Desde esa perspectiva, la necesidad de que su autonomía y desenvolvimiento privado se vean interferidos por exigencias de terceros fundadas en derechos reconocidos constitucionalmente aparece justificada y admite la aplicación de los mecanismos previsto en el art.218 bis del CPPN.

En efecto, tanto el derecho a la verdad de las otras víctimas como la efectiva lesión que padecen en sus derechos personalísimos por la desaparición forzada de sus familiares y el consiguiente sufrimiento, operan como intereses legitimados en concreto, frente a situaciones como la que se presenta en el caso bajo estudio. Por eso resulta eficaz atender a lo dicho por la Corte Suprema en los fallos a los que se ha hecho referencia en la audiencia. Observo que en el precedente “Gualtieri” se ha dicho respecto de una medida de prueba de naturaleza similar que “resulta adecuada a los fines indicados en la resolución apelada, puesto que favorece de un modo decisivo la obtención del resultado pretendido, por cuanto aparece como un medio dotado de absoluta idoneidad para arribar a la verdad material, habida cuenta del elevadísimo grado de certeza que brinda”. Se ha precisado también que “Despejada esa desafortunada incógnita, se

terminará con las angustias de quienes aparecen como víctimas del hecho investigado, consagrándose así el derecho a la verdad y cumpliéndose además la obligación del Estado de proteger a las víctimas e investigar y perseguir delitos de extrema gravedad que, como en el caso, han tenido una honda repercusión social en los últimos tiempos”.

La razonabilidad y proporcionalidad de las limitaciones que han de padecer Felipe y Marcela Noble Herrera en sus derechos surge de la puesta en relación –de ponderación- con los derechos de los familiares de personas desaparecidas cuyos hijos han sido sujetos de apropiación. Al respecto vale señalar que por la naturaleza de los delitos investigados, la situación antijurídica sigue afectando a esas personas. Por eso cabe recordar que la desaparición forzada de personas en razón de la pluralidad de conductas que integra vulnera de manera permanente, mientras subsistan, bienes jurídicos protegidos por la CADH (Caso “Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 138).

Esa violación múltiple de varios derechos coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreado otras vulneraciones conexas, “siendo particularmente grave cuando forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado” (Caso “Anzualdo Castro Vs. Perú”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 59).

La intensidad, gravedad y subsistencia de la lesión a derechos fundamentales que surgen de esa práctica sistemática de apropiación de menores constituye un elemento decisivo dentro de la ponderación de intereses en juego puesto que reclama la realización de medidas que potencialmente sean idóneas para limitar, al menos parcialmente, la extensión del daño o hagan cesar alguna de sus consecuencias. Si bien todo delito de lesa humanidad expresa por su propia configuración un comportamiento aberrante frente a la dignidad de la persona humana no puede obviarse que, en ciertos casos, la situación padecida por la

persona revista un grado de contradicción normativa que implica no solo la violación de reglas jurídicas básicas sino de imperativos morales que están en la base misma del mutuo reconocimiento como seres humanos.

Al respecto, la CorteIDH ha tenido oportunidad recientemente de advertir sobre la particular antijuridicidad que expresa la situación de mujeres que han sido sujeto de desaparición forzada y sus hijos apropiados, señalando que los actos de esa naturaleza “pueden ser calificados como una de las más graves y reprochables formas de violencia contra la mujer, que habrían sido perpetrados por agentes estatales...que afectaron gravemente su integridad personal y estuvieron claramente basados en su género”. La necesidad de reconocer los derechos de los familiares afectados por esas circunstancias y de actuar en consonancia con la subsistencia de la lesión, es consecuencia de que “la sustracción de niños y/o niñas efectuada por agentes estatales para ser entregados ilegítimamente en crianza a otra familia, modificando su identidad y sin informar a su familia biológica sobre su paradero...constituye un hecho complejo que implica una sucesión de acciones ilegales y violaciones de derechos para encubrirlo e impedir el restablecimiento del vínculo entre los menores de edad sustraídos y sus familiares” (Caso “Gelman vs. Uruguay”, ya citado).

Esta particular configuración de los hechos muestra a los familiares de la persona desaparecida como víctimas no solo por la natural forma de exteriorizarse esos comportamientos de ocultación y negación sobre el paradero del sujeto afectado, su destino o la investigación de su suerte, sino que además, en virtud de la apropiación del menor, irroga una ofensa aún más intensa. De allí que no quepan dudas de que esos familiares están investidos de un título eficaz para reclamar la actuación de los poderes del Estado en búsqueda al menos de la verdad, aún en los casos en que pueda haber un conflicto de intereses. Justamente esa tensión ya largamente explicitada debe regularse bajo los criterios de la proporcionalidad.

En este punto la puesta en relación entre los títulos jurídicos de Felipe y Marcela Noble Herrera fundados en sus intereses y derechos no aparecen como obstáculo para neutralizar la medida de prueba dispuesta y que encuentra fundamento en los títulos jurídicos de los familiares de las personas desaparecidas, conforme se expresa circunstanciadamente en el voto que lidera el acuerdo. Por

tanto la prueba en cuestión se presenta como legalmente fundada, necesaria, eficaz, idónea, con baja lesividad en relación con la integridad física, cuyo impacto en el ámbito psicológico dependerá de las disposiciones de cada uno de los afectados y resultará gestionado de acuerdo a las necesidades de los sujetos en particular. Por otra parte, no irrogará per se alteraciones en los derechos civiles, patrimoniales y familiares de los jóvenes y resultará razonable en punto a sus potenciales consecuencias, en torno a la dilucidación de un grave conflicto.

En estos aspectos no puede obviarse que según constancias que obran en el expediente y que fueran reconocidas por sus letrados patrocinantes, Felipe y Marcela Noble Herrera se prestaron voluntariamente en su oportunidad a una medida de prueba de esa naturaleza y se obtuvieron con su consentimiento muestras de sangre en un contexto de intereses jurídicos que no ha variado en las implicancias que hacen a los términos de igual naturaleza que integran el conflicto. Esto es, en punto a la limitación de la autonomía, privacidad e intimidad. La pretensión de reducir el conffronte de esas muestras a determinadas víctimas como fuera expresado en ese momento o los encargados del mecanismo de concreción de la prueba no están dentro del ámbito de disponibilidad de los particulares pues se integra en una investigación criminal que por principio supone regulaciones de orden público, sobre todo en razón de la naturaleza de los hechos investigados. De esa forma no se advierte óbice alguno para la medida de prueba cuestionada.

Las expresiones públicas, los agravios o críticas expuestas a través de medios de comunicación, el contexto político en que pudiera haberse situado el tema y la exposición a la que los jóvenes han sido llevados con el consiguiente impacto psicológico, aún siendo un motivo de preocupación, sin embargo y como quedara dicho, no puede ser asumido por este Tribunal como criterio que condicione la decisión judicial. La situación que padecen en ese orden no guarda relación directa con la ponderación jurídica de la medida cuestionada sino, según se ve por las apreciaciones de los recurrentes, con debates que trascienden la

específica ejecución y finalidad de la prueba. En todo caso, los afectados tienen a su disposición mecanismos legales para reclamar una tutela de aquellos aspectos que entienden lesionados a través de los comportamientos a los que han aludido los letrados en sus presentaciones.

-VI-

La cuestión entonces remite a la razonabilidad del procedimiento escogido para llevarla a cabo, en particular el modo “compulsivo” en que se concretará en tanto no se cuenta con el consentimiento de los jóvenes para esa injerencia. En este punto los recurrentes han basado buena parte de sus agravios en lo que consideran una toma de posición mayoritaria por parte de los jueces de la Corte Suprema. Más allá de recordar que al momento de dictarse los fallos traídos a consideración no se contaban con legislación específica en la materia y que este, por lo demás, tomo en cuenta esas decisiones jurisprudenciales, lo cierto es que la interpretación que cabe hacer de los precedentes propuestos no justifica de todos modos concluir en la línea que postulan los letrados. Si bien sobre el particular me remito como en los considerandos anteriores a lo sostenido por el voto que lidera el acuerdo, me permito hacer algunas referencias.

Así resulta necesario evocar que en el Considerando 21 del precedente “Gualtieri” (G291) se sostiene al analizar como alternativa una situación como la que es criticada por los recurrentes que “cabe afirmar que igual solución correspondería en el hipotético caso de que, frente a una situación de hecho análoga, debiera procurarse la muestra en cuestión a través de una extracción de sangre de la supuesta víctima del hecho. En efecto, aun cuando ello sí derivaría en alguna restricción de sus derechos, lo cierto es que, de acuerdo con lo dicho más arriba, dicha restricción sería ínfima, se verificaría dentro de un marco de razonabilidad y proporción con relación al objeto procesal que es materia de la causa, y estaría fundamentada en las legítimas facultades estatales de restringir el ejercicio de algunos derechos, en un marco razonable, en aras de procurar la necesaria eficacia en la persecución del crimen. Claro está que dicha práctica debería traducirse en una intrusión mínima en el cuerpo de la víctima, llevarse a cabo con intervención de personal médico y en debidas condiciones de asepsia e higiene, y su efectiva concreción quedaría subordinada a la inexistencia

de eventuales razones de salud que, debido a su gravedad, pudieran obstaculizar momentáneamente su producción”.

En ese aspecto y de contrario a lo argumentado por los letrados que representan a los jóvenes Noble Herrera, el juez Petracchi ha considerado “Que tampoco se puede sostener, como lo hace el recurrente, que "el sometimiento forzado a estudios de patrimonio genético de la persona (...) sin el previo consentimiento en proceso de índole penal es inconcebible". Ello expresa, en todo caso, una cierta concepción de lege ferenda acerca de los límites a los que se debería someter una investigación penal. No obstante, dicha interpretación carece de apoyo en la ley o en la Constitución. Así, la admisibilidad como medio de prueba de los estudios genéticos ha sido reconocida por esta Corte en varios precedentes. Incluso, la obtención de muestras de sangre ha sido convalidada en contra de la voluntad del afectado, o bien, en el entendimiento de que el intento de esclarecer la identidad operaba en interés del representado (Fallos: 313:1113, (disidencia de los jueces Fayt y Petracchi); 318:2518; 318:2481 (disidencia de los jueces Fayt y Petracchi); 319:3370). En esa argumentación concluyó en un punto que parece sustancial de cara a los planteos que traen los letrados en sus recursos “Sólo la particular situación de coerción física y espiritual planteada en el caso "Vázquez Ferrá" llevó a la mayoría del Tribunal a considerar excesiva la extracción compulsiva de sangre”.

Por lo tanto no puede inferirse de las referencias hechas durante la audiencia a distintas expresiones de los jueces de la Corte Suprema que estos hayan adoptado como doctrina un estándar que determine la inconstitucionalidad de la extracción compulsiva de muestras de ADN en abstracto y de manera genérica. Por el contrario lo que cabe entender de los precedentes mencionados es la necesidad de que ese modo de concretar una medida de prueba ha de responder también a criterios de proporcionalidad.

En ese punto, la previsión legal del art.218 bis del CPPN, las circunstancias del proceso penal detalladamente identificadas por el *a quo* y las

incidencias que allí mismo se individualizaron, ponen en evidencia que la decisión recurrida no resulta contraria a la axiología constitucional, arbitraria o irrazonable.

Al respecto, la proporcionalidad que presenta el modo de ejecución de la medida de prueba no resulta ajena a las exigencias que imponen los instrumentos internacionales de derechos humanos al Estado Argentino conforme lo prescribe el propio texto constitucional y lo ha expuesto la Corte Suprema.

No es posible negar que existe un deber del Estado de asegurar la concreción de la medida, por lo que no parece de recibo la opinión de los jueces Zaffaroni y Lorenzetti en el ya citado precedente “Gualtieri”, que fuera evocada reiteradamente por los recurrentes, en cuanto a que la actuación histórica del aparato gubernamental lo deslegitima para intervenir en los términos que la legislación actual determina. En esa línea pareciera que un caso como el que está bajo análisis suscita un mero conflicto entre particulares que debiera resolverse a través de una puesta en común sin intervención estatal. Sin embargo, una perspectiva así desconoce que de por medio está el orden público y mal podría alguna de las víctimas resolver el conflicto si no hubiera una decisión estatal sobre la materia. La posibilidad de que se mantenga el conflicto, que no se resuelva y continúe no consulta la naturaleza de la cuestión jurídica que envuelve. No se trata de una verdad disponible por los sujetos una vez que se ha presentado jurisdiccionalmente el interés legalmente fundado de quien es eventual parte en la determinación de esa verdad.

Si bien en ocasiones los intereses afectados y la verdad que pueda vincularse con la resolución del conflicto puede ser arbitrada mediante otros mecanismos –por ejemplo de composición- lo cierto es que en este caso el Estado ha sido llamado a intervenir de modo tal que ese nivel de solución consensuada no se verifica. De hecho justamente esa situación ha sido el motivo de la reforma legislativa que, a su vez remite a expresos objetivos de descubrir la verdad, reparar a las eventuales víctimas y restaurar el orden jurídico afectado, más allá de lo que resulte irreparable en cada caso en particular respecto de la existencia de las personas.

En la medida que el Estado ha reformado la Constitución Nacional en 1994 disponiendo una especial orientación en materia de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Suprema ha construido una línea de interpretación del

orden jurídico vigente, condicionando su validez a partir de principios que remiten al orden internacional de esos derechos, ha tomado una decisión que no puede ser inconsecuente con ese contexto normativo, como resultaría de la hipótesis deslegitimadora que evocan los recurrentes.

Por eso debe recordarse que la Corte IDH en el caso de la “Masacre de las Dos Erres” señaló que una “sociedad democrática” tiene la obligación de “conocer la verdad” cuando se han concretado graves violaciones a los derechos humanos (Cfr. Sentencia “Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala” del 24 de noviembre del 2009, párrafo 149). El núcleo de esta afirmación ya había sido expuesto en el precedente “Almonacid Arellano” antes citado, donde a su vez recordó la doctrina del caso “Barrios Altos” estableciendo “... que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”.

En el párrafo 150 de la sentencia de “Almonacid Arellano” aclaró que “No obstante, sin desconocer lo anterior, la Corte considera pertinente precisar que la “verdad histórica”... no puede sustituir la obligación del Estado de lograr la verdad a través de los procesos judiciales. En tal sentido, los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención protegen la verdad en su conjunto”. Desde ese presupuesto, los Estados tienen “...el deber de investigar judicialmente los hechos... atribuir responsabilidades y sancionar a todos quienes resulten partícipes”. Tan fuerte es ese criterio que la propia Corte Suprema lo ha asumido como premisa para desenvolver la línea jurisprudencial que gobierna esa materia.

La Corte IDH precisó que esa obligación “implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben

prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción” (Caso “Velásquez Rodríguez”. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166, ya mencionada). Esa obligación estatal es ex officio y debe ejecutarse “de manera seria, completa y efectiva” (Cfr. Sentencia “Kawas Fernández vs. Honduras”, ya citada párr. 100).

Ciertamente no se pretende con esto que toda investigación culmine con el objetivo de discernir la verdad, reparar la afectación de derechos o evitar la impunidad. Por eso la Corte IDH ha reconocido que “La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad”. Y esta cuestión cobra especial relevancia en casos como el presente ya que se ha sostenido “la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de sustracciones y retenciones ilegales de menores (Caso “De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párrs. 177 y 199). Más recientemente aún, en el ya citado Caso “Gelman vs. Uruguay”, la Corte IDH preciso que “Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientarse a la determinación de la verdad. Este es un elemento fundamental y condicionante para la protección de los derechos afectados por esas situaciones”. En ese aspecto se remarcó la “dimensión colectiva del derecho a la

verdad” pues esta exige una determinación procesal lo más completa posible.

Por eso, la proporcionalidad de la medida aquí analizada y su modo de concreción toma en consideración además del propio derecho de las víctimas ya mencionado, el deber de la justicia de sujetar la investigación a un “principio de efectividad” que ciertamente no implica violar las propias garantías que disciplinan el proceso penal –de hecho ha quedado indicado que no ocurre en este caso- sino de adoptar seriamente institutos y mecanismos legales por parte del Estado que supere el simple formalismo infructuoso o suponga una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios (Caso García Prieto y otros Vs. El Salvador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C. No. 168, párr. 115).

En esa línea la Corte IDH explicitó en el fallo que el deber del “Estado de actuar con debida diligencia en la práctica de una investigación implica que todas las autoridades estatales están obligadas a colaborar en la recaudación de la prueba para que sea posible alcanzar los objetivos de una investigación. La autoridad encargada de la investigación debe velar para que se realicen las diligencias requeridas y, en el evento de que esto no ocurra, debe adoptar las medidas pertinentes conforme a la legislación interna. A su vez, las otras autoridades deben brindar al juez instructor la colaboración que éste les requiera y abstenerse de actos que impliquen obstrucciones para la marcha del proceso investigativo...debe realizar una investigación seria e imparcial, pero también debe brindar en un plazo razonable una resolución que resuelva el fondo de las circunstancias que le fueron planteadas”.

En el precedente “Almonacid Arellano” la Corte IDH precisó que “El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente

responsables de delitos de esta naturaleza...”, el derecho de los familiares de la víctima de conocer la verdad ha de ser atendido.

-VII-

Por todo ello, voto por confirmar la decisión recurrida de fs. 86/116, y por ende la decisión de la jueza federal que ordenó “la extracción directa, con o sin consentimiento, de mínimas muestras de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas pertenecientes en forma indubitada a Marcela y Felipe Noble Herrera”. En ese sentido, concuerdo con reformar el alcance de la decisión recurrida, limitando la comparación de los perfiles de ADN obtenidos de las muestras de Marcela Noble Herrera a los perfiles de ADN de las muestras aportadas al Archivo Nacional de Datos Genéticos por parientes de personas detenidas o desaparecidas –con certeza- hasta el 13 de mayo de 1976, y limitando la comparación de los perfiles de ADN obtenidos de las muestras de Felipe Noble Herrera a los perfiles de ADN de las muestras aportadas a ese archivo, por parientes reclamantes con relación a personas detenidas o desaparecidas –con certeza- hasta el 7 de julio de 1976.

Por último, las costas deberán ser serán soportadas en el orden causado (arts. 530 y 531 C.P.P.N.).

El señor juez doctor **Raúl Madueño** dijo:

1- En la resolución traída a consideración de esta Cámara se han descrito las distintas vicisitudes por las que ha transitado la causa, -voto del Dr. Rudi- como así también se puede corroborar en el veredicto de primera instancia lo que me exime de volver sobre estos aspectos. Sólo me interesa destacar que, por lo que está a la vista, no resultaron positivas para los fines de la investigación todas las medidas tendientes a la determinación del patrón genético de Felipe y Marcela Noble Herrera.

2- Que en punto a las objeciones a la admisibilidad formal del recurso planteadas por la querrela es del caso señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que si bien resoluciones como la que aquí se cuestionan no constituyen la sentencia final de la causa, deben ser equiparadas a ellas en tanto

sus efectos son para la parte recurrente de insusceptible reparación ulterior (Fallos: 326.3758, considerando 2º y 332:1756, considerando 3).

3- Que la cuestión que se somete a la instancia se suscita en el marco de una causa penal en la que se investiga la posible comisión de delitos de lesa humanidad.

4. Que la naturaleza imprescriptible y las obligaciones de investigación, determinación y sanción de sus responsables que conllevan los hechos de tal laya, ha sido sostenida y reafirmada de manera uniforme por Tribunales Internacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile., del 26 de septiembre de 2006 (Serie C No. 154) entre otros, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 327:3294, 328:2056, 330:3248) y esta Cámara (cfr. mis votos in re: “Simón, Héctor Julio s/casación”, causa n° 7758, rta, el 15 de mayo de 2007, reg. n° 10.470; ”Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/recurso de casación”, causa n° 7876, rta. el 18 de mayo de 2007, reg. n° 10.488, “Von Wernich, Christian Federico s/recurso de casación”, causa n° 9517, rta.el 27 de marzo de 2009, reg. n° 13.516 a cuyos fundamentos me remito).

Es este el contexto en el que el Juzgado Federal de San Isidro resolvió hacer lugar a la medida de prueba solicitada por la querrela y en consecuencia dispone la extracción directa, con o sin consentimiento, de mínimas muestras de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas pertenecientes en forma indubitada a Marcela y Felipe Noble Herrera, medida confirmada por la cámara *a quo* y recurrida por los apoderados de los destinatarios de la medida.

5- Que en el marco descripto, se suscita la controversia que ahora nos convoca, y que involucra la investigación de la posible sustracción, retención y ocultamiento de personas menores de edad durante la última dictadura militar, el que no aparece controvertido por ninguna de las partes.

6- Del prolongado debate que lleva la medida cuestionada en autos, y oídas las alegaciones formuladas por los apoderados de Marcela y Felipe Noble

Herrera, los querellantes y el señor Fiscal General ante esta instancia, Dr. Raúl Omar Plée, emerge de manera prístina que la cuestión a resolver involucra la tensión entre derechos cuyos titulares tienen intereses contrapuestos.

Por un lado los de Marcela y Felipe Noble Herrera quienes invocan una seria afectación al derecho a “su autonomía personal” y a su “dignidad” y por el otro el derecho representado por los querellantes expresado en términos de derecho a la verdad y el del Estado de cumplir con las obligaciones de investigación, cese de los efectos del ilícito y sanción de los responsables de delitos de lesa humanidad.

7- La jerarquía supralegal de los derechos en pugna es reconocida por normas que integran el bloque constitucional, en particular los arts. 18, 19 y 33 de la C.N.; 5 y 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; arts. 5 y 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 33 del C.N.).

8- Sentado cuanto precede y en trance a resolver la cuestión suscitada en autos presto especial consideración a que tratándose una decisión que involucra derechos fundamentales del ser humano, que en el caso aparecen contrapuestos, resulta insoslayable consultar previamente si existen antecedentes en el máximo Tribunal nacional de los que pueda deducirse una pauta de aplicación y en el mismo sentido también en los tribunales internacionales de derechos humanos cuyas decisiones en esa materia son frecuentemente consultadas y han orientado la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de derechos humanos (cfr. Fallos 327:5863;322:1564;328:4832;330:3248; 331:211 entre muchos otros).

Que en este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos debe servir de guía en la interpretación de derechos que como en el caso tienen tutela Convencional (Fallos 332:1769 del juez Maqueda considerando 22).

9- Que el valor de esos precedentes como fuente de autoridad aplicable a la resolución de este caso no ha sido ajeno al debate de las partes que con perspectivas opuestas han discutido los alcances de las decisiones del Alto Tribunal en los precedentes de Fallos: 332:1769 y 332:1835).

10- Sin embargo, entiendo que cotejados los precedentes de nuestro más Alto Tribunal y también los de los tribunales internacionales que han abordado en distintos contextos el derecho a conocer los vínculos filiales mediante la obtención de muestras de ADN, no es posible extraer un standard uniforme de armonización de los intereses en pugna.

En efecto, al resolver en “Gualtieri de Prieto” (Fallos: 332:1769) la Corte convalidó la medida que ordenó la realización de un estudio pericial sobre las muestras secuestradas en un allanamiento, tendientes a la obtención de ADN para los pertinentes estudios de histocompatibilidad. En el caso tuvo en cuenta que las muestras se tomaron “sin invadir el cuerpo del recurrente” (considerando 15) y concluyó que la diligencia “no se revela como una medida que afecte sustancialmente los derechos invocados por el apelante, toda vez que existen indicios suficientes que avalan su producción, guarda inmediata vinculación con el objeto procesal materia de la causa resulta propia del proceso de investigación penal, aparece como idónea para alcanzar la verdad material de los hechos investigados y porque, además ni siquiera involucra acción alguna del apelante, en tanto las muestras a utilizarse en el examen de ADN han sido tomadas a partir de una recolección de rastros que si bien pertenecen a su cuerpo, al momento de incautarse, se hallaban desprendidas de él” (considerando 19). Asimismo se sostuvo, a la manera de obiter dictum, que “igual solución correspondería en el hipotético caso de que, frente a una situación de hecho análoga, debiera procurarse la muestra en cuestión a través de una extracción de sangre de la supuesta víctima del hecho” (considerando 21).

Sin embargo, en el caso de Fallos: 332:1835 la Corte al revisar la resolución que ordenó a una presunta víctima de secuestro comparecer a un hospital para someterse a la extracción de una muestra de sangre, a diferencia de las motivaciones que sustentan el de Fallos 332:1769, advierte que los intereses relevantes en el conflicto lo constituyen el derecho a la autonomía personal de la supuesta víctima de secuestro y el derecho a la verdad de los presuntos familiares

biológicos, pero descartó expresamente que la pretensión punitiva del Estado pueda constituir fundamento para habilitar una coacción sobre la víctima que la lesione en forma grave y contra su voluntad (cfr. Considerandos 10, 11, 12, 13).

En referencia a la extracción sanguínea se sostuvo que “existen en la actualidad medios que permiten recoger muestras sin invadir físicamente a la persona, de los que el Tribunal puede y debe echar mano antes de llegar a la coerción física” (considerando 14) y que “en principio, la coerción física sobre la víctima presuntamente secuestrada se evitaría si se agotasen previamente las posibilidades de tomar las muestras de manera no invasiva en el cuerpo de ésta, lo que aparece a todas luces como más respetuoso de su dignidad y acorde con los principios constitucionales argentinos” (considerando 20) y concluyó que en la causa no se habían “agotado las posibilidades de obtener material genético por medios menos lesivos que la intervención física sobre la víctima, por lo cual resultaría violado el principio de menor ofensividad” (considerando 17).

Se advierte en suma, que en este caso el Alto tribunal resuelve la tensión entre el derecho a la autonomía personal de quien aparece como víctima y el derecho a la verdad de quienes sufrieron la apropiación de sus hijos o sus familiares, mediante el principio de mínima lesividad para la víctima.

11- Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que el respeto a la vida privada requiere que toda persona pueda conocer los detalles relativos a su identidad como ser humano, tales como la identidad de sus padres, por las implicancias que ello tiene en la personalidad (cfr. *Odvière v. France*, app.n° 42326/98, rta. el 13 de febrero de 2003; *Mikulic v. Croatia*, app. 53176/99, rta. el 7 de febrero de 2002, párr. 54; *Gaskin v. United Kingdom*, 7 de julio de 1989).

En ese marco también avaló la extracción de ADN de una persona ya fallecida, considerando que la protección del individuo contra interferencias arbitrarias de las autoridades públicas, no sólo conlleva para el estado una obligación de abstención sino que además de esa garantía negativa, pueden haber obligaciones positivas inherentes al efectivo respeto de la vida privada o familiar. Estas obligaciones pueden involucrar la adopción de medidas orientadas a asegurar el respeto de la vida privada aún en la esfera de las relaciones entre individuos (cfr. *Jäggi v. Switzerland* app. 58757/00). Este mismo estándar relativo

a la faz positiva de proyección interindividual de la obligación del Estado de tutelar la vida privada lo reitera el Tribunal pero en un contexto entre personas vivas (Kalacheva v. Russia, app. N° 3451/05, párr. 31).

Luego en otros casos el Tribunal Europeo sostuvo o “que la protección de terceras personas impide compelerlas a la realización de análisis de cualquier tipo, incluyendo el de ADN” (Caso “Mikulic” supra cit, párr. 64”) o cuestionó la anulación del valor de una prueba de ADN por inobservancia de las reglas procesales atribuibles a la institución médica forense estatal que la practicó, sin ordenar un nuevo test (cfr. Kalacheva, supra cit. Párr. 36) o validó la medida respecto de personas sobre las que recaía un estado de sospecha de haber cometido un ilícito (Saunders v. Reino Unido, app. n° 19187/91, párr. 69).

12- Sin embargo los precedentes citados, que a excepción de “Saunders”, involucraban también como en este caso la producción de pruebas invasivas respecto de personas fuera del marco de una imputación criminal, si bien rescatan la naturaleza Convencional del derecho de un persona a establecer su vinculación biológica con otra, no resuelven de manera uniforme la validez de la extracción compulsiva de muestras que permitan el cotejo de ADN con esa finalidad.

Pongo el acento en la finalidad de la medida porque ese interés puede ser parangonado con el de este caso, que involucra también el derecho a conocer la verdad respecto de la determinación del destino de sus seres queridos y en caso el derecho a saber si con estas personas que también resultan víctimas, los recurrentes se encuentran unidos por un vínculo biológico.

13- Sentada entonces la insuficiencia de los precedentes anteriores para resolver de manera definitiva la cuestión por remisión a la autoridad de donde derivan, es que se pasa al análisis que sigue.

14- Tratándose de que los derechos que en el caso se muestran como contrapuestos tienen rango constitucional, es que corresponde analizar si la extracción de muestras ordenada es inconstitucional per se en la forma en que ha

sido dispuesta, y cuál es la relación con los otros derechos de similar rango esgrimidos por los querellantes y el representante del Ministerio Público Fiscal.

15- En este punto quiero poner de resalto que las partes aún cuando han alegado sus respectivos intereses desde la exclusiva óptica del derecho constitucional que respectivamente intentan resguardar, no han negado ni desconocido expresamente la existencia y la jerarquía del derecho de su contraparte.

16- Entiendo que una adecuada hermenéutica no puede conducir a un resultado tal que apareje la subsistencia de un derecho a expensas del completo aniquilamiento de otro de igual jerarquía.

17- En este sentido, es un criterio suficientemente arraigado en nuestra tradición jurídica "que los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución Nacional tienen igual jerarquía, por lo que la interpretación de ésta debe armonizarlas" (cfr. Fallos: 255:293, 258:267 y sus citas y 328:2056 voto del juez Maqueda y sus citas).

Enseña Linares Quintana que "la constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el cual el significado de cada parte debe determinarse en armonía con el de las partes restantes; ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y siempre debe preferirse la interpretación que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas de la Ley Suprema" (cfr. Linares Quintana, Segundo V., "Reglas para la Interpretación constitucional", Buenos Aires, 1987).

Sus disposiciones no deben ser interpretadas de manera que las ponga en conflicto unas con otras sino que las armonice y respete los principios fundamentales que las informan (Fallos 167:121, 181:243; 214:612; 236:103 y 256:241).

18- Este principio que rige también la interpretación de las normas emanadas de los poderes constituidos, es especialmente aplicable cuando la labor hermenéutica tiene como objeto normas fundantes emanadas del poder constituyente.

Esta circunstancia exige como correlato un ejercicio de extrema prudencia y equilibrio en la decisión (Fallos 332:1835 considerando 13) a fin de evitar que la interpretación que se haga apareje la supresión ad hoc de un derecho

constitucional, que en los hechos se traduciría en el ejercicio de facultades constituyentes por uno de los poderes constituidos.

De ahí que el conflicto no puede ser dirimido en términos de prelaciones normativas sino de armonización y coherencia.

19- Por otra parte existe consenso en que los derechos constitucionales "no son absolutos" (Fallos: 257:275; 290:83; 304:319 y el leading case de 306:1904 entre muchos otros) ni, en consecuencia, pueden actuar de manera aislada, toda vez que conforman "un complejo de operatividad concertada de manera que el Estado de Derecho existe cuando ninguno resulta sacrificado para que otro permanezca" (Fallos: 256:241; 258:267; 259:403; 311:1438 y muchos otros).

20- Con arreglo a estos criterios se advierte que, analizado el conflicto bajo la hipótesis de considerar un derecho absoluto a negar la obtención de las muestras genéticas pertenecientes a los recurrentes, quedaría seriamente comprometido o tal vez definitivamente conculcado el derecho de los familiares de aquellos padres cuyos hijos menores fueron sustraídos durante el último gobierno militar y que aún continúan desaparecidos.

En este punto tengo en cuenta que no hay constancias de la identidad de los progenitores de Felipe Noble Herrera y de Marcela Noble Herrera, por lo que según la época de su nacimiento los accionantes tienen plausibles razones para suponer que pertenecen a ese grupo de nacidos en cautiverio.

El análisis de la cuestión tampoco puede prescindir del hecho que han sido infructuosas las medidas anteriores dispuestas en autos para satisfacer esa expectativa.

21- Sin embargo, cuando se analiza la cuestión desde la perspectiva opuesta, es decir conjeturando como válida una injerencia en ese espacio de autodeterminación de quienes también resultan presuntas víctimas, no se advierte, a diferencia de lo que ocurre con el interés de los querellantes, una supresión necesariamente definitiva o arbitraria del derecho de los recurrentes.

Nuestro Alto Tribunal ha reconocido la trascendencia que tienen los derechos de la familia de origen que “excede el interés de las partes y afecta al de la colectividad” (Fallos 285:279) en tanto se da la necesidad de dar respuesta por parte del Poder Judicial a un reclamo de un grupo de familiares que tiene la certeza de que sus seres queridos han tenido descendencia mientras se los mantuvo en cautiverio y a la vez la necesidad de conocer la verdad de su destino.

Como se dijo en Fallos 332:1835 “salvo las recientes investigaciones en curso sobre el destino de niños por el régimen franquista, no hay en el mundo precedentes de casos de secuestro y consiguiente privación de identidad en forma masiva de niños de cortísima edad o nacidos en cautiverio o arrebatados de sus hogares, habiendo sido casi siempre asesinados sus padres en el curso de la práctica de otros crímenes de estado, manteniendo esta situación indefinidamente en el tiempo. Es claro que el crimen en autos no configura un hecho aislado, sino que respondió a una decisión general en el marco de una empresa criminal llevada a cabo por un aparato de poder del Estado violador de elementales derechos humanos” (considerando 7°).

El dilema está a la vista: ¿Cuáles son los límites que impone el derecho a un reclamo que tiene como, el anterior, una razonable justificación en tanto que han sido víctimas de procedimientos absolutamente contrarios a derecho y que lesionan los más elementales principios de justicia?

22- Los artículos 19 y 75 inc. 22 de la C.N. constituyen el ámbito normativo en el que se ubica este derecho a la autonomía personal que a su vez integra la tutela de la vida privada y la dignidad de la persona.

He señalado antes de ahora que la libertad, la dignidad y la no discriminación son inseparables entre sí, como eslabones de una misma cadena que permiten al ser humano desarrollar su personalidad en un ámbito de libertad, igualdad y seguridad en un Estado democrático de derecho.

El derecho a la privacidad incluye además de la intimidad personal la familiar, y se relaciona con su filiación y demás datos personales.

La dignidad como derecho de toda persona a ser respetada como tal, como ser humano con todos los atributos de su humanidad se la relaciona con el derecho a la intimidad o privacidad del art. 19 de la C.N., que implica un ámbito de libertad individual que no puede ser invadido por terceros, el respeto a las

condiciones mínimas indispensables para que el ser humano pueda desarrollarse en libertad y que preserve de intromisiones arbitrarias por parte del Estado o de terceros como de todo trato inhumano o degradante, que conforme se ha sostenido, signifique un trato que acarree sufrimientos de una especial intensidad o que provoque una humillación o sensación de envilecimiento.

La dignidad como cualidad de los seres humanos se relaciona con la libertad de conciencia, la intimidad, el derecho a la vida que implica el derecho a la salud, integridad física, moral y psicológica (Fallos 326:4931).

23- Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha receptado en su jurisprudencia la fórmula acuñada por su homóloga de Europa y el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, señalando que “[n]o obstante, conforme se desprende del artículo 11.2 de la Convención, el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y ser necesarias en una sociedad democrática” (cfr. caso Tristán Donoso vs. Panamá, sentencia del 27 de enero de 2009, párr. 56 y caso Escher y Otros vs. Brasil, Sentencia de 6 de julio de 2009, párr. 116).

24- Que tanto en el ámbito local como en el marco de los organismos internacionales de derechos humanos se han aceptado, bien que sujetas a distintos *standards* de exigencia tales como legalidad, proporcionalidad, razonabilidad, última ratio y mínima lesividad, medidas que conllevan en sí una molestia o injerencia en el ámbito de la vida privada de la persona.

Así, y con referencia a las requisas personales que incluían injerencias físicas como las vaginales, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al tratar una denuncia contra el Estado Argentino afirmó que “no cuestiona la necesidad de requisas generales antes de permitir el ingreso a una penitenciaría. Sin embargo, las revisiones o inspecciones vaginales son un tipo de requisas excepcionales y muy intrusivas. La Comisión quisiera subrayar que el

visitante o miembro de la familia que procure ejercer su derecho a una vida familiar no debe convertirse automáticamente en sospechoso de un acto ilícito y no puede considerarse, en principio, que represente una amenaza grave para la seguridad. Aunque la medida en cuestión puede adoptarse excepcionalmente para garantizar la seguridad en ciertos casos específicos, no puede sostenerse que su aplicación sistemática a todos los visitantes sea una medida necesaria para garantizar la seguridad pública” (Informe 38/96 del 15 de octubre de 1996, caso 10.506).

En el mismo sentido se ha expedido la Corte Europea de Derechos Humanos admitiendo y fijando las limitaciones a la validez de las requisas corporales.

Por mi parte, he validado en anterior ocasión, aunque en un contexto distinto al de este caso, la extracción compulsiva de sangre a fin de trazar un perfil genético tratándose de la investigación de un delito de acción pública –supresión y suposición de identidad- (cfr. Sala I C.N.C.P mi voto en “Chalom, Sara Eugenia y Ventura, Ricardo Salomón s/recurso de casación”, causa n°9956, rta. el 9 de septiembre de 2009, reg. n° 14.473).

25- Que desde esta perspectiva, no podría concluirse en la inconstitucionalidad en sí misma de una medida que disponga la obtención de ADN de una persona. Esta conclusión se subraya, como antes se dijo, si el análisis se efectúa desde la necesidad de conciliar intereses que gozan de igual jerarquía.

26- Así las cosas, corresponde ahora analizar las condiciones de validez de la medida dispuesta.

Por lo que está a la vista y conforme informan los expertos, han sido infructuosas las medidas adoptadas en tal dirección, incluso aquella muestra hemática obtenida en sede de la morgue judicial, y tal como consta en autos resulta indispensable obtener muestras indubitadas para obtener el ADN de Marcela y Felipe Noble Herrera.

Tampoco se han recabado otros elementos de prueba, ni se vislumbran diligencias alternativas que pudieran arrojar certezas en orden a descubrir si los Noble Herrera se encuentran biológicamente emparentados con las personas cuyos registros moleculares integran el Banco Nacional de Datos Genéticos.

La obtención de las muestras de ADN aparece entonces como la última ratio que se le presenta al Estado para evitar el aniquilamiento definitivo del derecho a la verdad de los querellantes y a obtener el eventual cese de un ilícito.

27- El análisis de ADN es un método de testeo molecular orientado a establecer la presencia o la ausencia de una secuencia particular de ácido desoxirribonucleico, elemento que se encuentra presente en casi todas las células del cuerpo humano. Si se tiene en cuenta que se trata de un elemento hereditario que ese elemento hereditario es el mismo en todas las células de una persona, se aprecia la importante virtualidad que su análisis puede ofrecer para determinar la identidad de un persona o su relación biológica con otras, teniendo en cuenta que las personas unidas por vínculos biológicos cuentan con una misma secuencia de ADN.

28- La determinación de las condiciones de validez de la medida dispuesta no deben soslayar la premisa de que el análisis de ADN es una medida que aún sin ser inconstitucional en sí misma, más allá de las molestias o afectaciones transitorias que conlleva sobre la autonomía personal y en consecuencia la vida privada de una persona, tiene una potencialidad de llevar esos efectos a límites irrazonables y acarrear consecuencias lesivas sobre la vida privada de las personas y entonces sí una colisión constitucional, si se yerra en el manejo de esa información tan íntima y propia del ser humano, o si la medida se realiza sin asegurar que se minimicen los riesgos para el particular que debe soportarla.

29- El recurso a la determinación de los vínculos biológicos mediante la extracción de muestras de ADN es considerado una herramienta fundamental en el desafío de la reunificación familiar, o determinación de la identidad que se plantea en el ámbito de la problemática de los refugiados (UNHCR Note on DNA Testing to Establish Family Relationships in the Refugee Context).

30- Considerando que la medida es indispensable para la

determinación de la verdad habiéndose agotado otras posibilidades, la medida impugnada debe realizarse evitando someter a los afectados a la exposición pública si así lo solicitasen y por medio de la coacción directa mínima e indispensable si es preciso; con especial remisión en lo pertinente a los puntos 4 c) y 5 del voto del doctor García, que da certera respuesta a los cuestionamientos de la defensa sobre la legislación aplicable al caso.

De tal manera, la Directora del Banco Nacional de Datos Genéticos del Hospital General de Agudos Carlos G. Durand, Dra. María Belén Rodríguez Cardozo, con la asistencia de profesionales de confianza de los causantes si así lo dispusieren, procederá a obtener las muestras que sean idóneas e indispensables para realizar el peritaje de poliformismo de ADN con fines identificatorios, de sangre, saliva, piel o cabello u otras muestras biológicas pertenecientes a Marcela y Felipe Noble Herrera, según el arte de curar y por los medios menos invasivos y lesivos de menor a mayor, con el único y exclusivo propósito de realizar ese peritaje que resulta razonable se limite a los registros de los familiares de aquéllas personas que se denunciaron como fallecidas o que hubieran permanecido desaparecidas hasta la fecha de nacimiento presunta de Marcela y Felipe Noble Herrera.

Siguiendo la regla de la mínima intervención corporal posible que no afecte de modo alguno la salud ni provoquen dolores o trastornos transitorios en la salud en tanto “constituye un bien fundamental en sí mismo que a su vez resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal” (Fallos 236:4931).

Por las razones expuestas concluyo mi ponencia en el sentido que corresponde confirmar la resolución en crisis en las condiciones que ut supra he planteado.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, **RESUELVE: I.** Confirmar la decisión recurrida de fs. 86/116, en cuanto confirmó el pronunciamiento de la jueza federal que ordenó “la extracción directa, con o sin consentimiento, de mínimas muestras de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas pertenecientes en forma indubitada a Marcela y Felipe Noble Herrera”. **II.** Reformar el alcance de la decisión recurrida, limitando la comparación de los perfiles de ADN obtenidos de

las muestras de Marcela Noble Herrera a los perfiles de ADN de las muestras aportadas al Archivo Nacional de Datos Genéticos por parientes de personas detenidas o desaparecidas –con certeza- hasta el 13 de mayo de 1976, y limitando la comparación de los perfiles de ADN obtenidos de las muestras de Felipe Noble Herrera a los perfiles de ADN de las muestras aportadas a ese archivo, por parientes reclamantes con relación a personas detenidas o desaparecidas –con certeza- hasta el 7 de julio de 1976. **III.** Declarar que las costas serán soportadas en el orden causado (arts. 530 y 531 C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del artículo 455 último párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación y remítase al tribunal de procedencia sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

Firmado: Guillermo J. Yacobucci, Luis M. García y Raúl R. Madueño. Ante mí:
Sol Déboli, Prosecretaria de Cámara.