

Buenos Aires, 11 de agosto de 2009

Vistos los autos: "Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años".

Considerando:

1º) Quien aquí recurre —Guillermo Gabriel Prieto— es presunto hijo de personas detenidas ilegalmente, secuestradas y desaparecidas durante la última dictadura militar (más específicamente, de María Ester Peralta y Oscar Alfredo Zalazar), y el objeto de estas actuaciones está dirigido a determinar la responsabilidad criminal de quienes hasta el día de la fecha son legalmente sus padres, esto es, Guillermo Antonio Prieto y Emma Elidia Gualtieri de Prieto, imputados de haber participado en la maniobra por la que se sustrajo a Guillermo cuando era un recién nacido y por la que, posteriormente, se alteró su identidad.

El camino recorrido hasta aquí por Guillermo Gabriel Prieto es similar al que ha debido soportar su hermano Emiliano Matías: a partir de la denuncia del Ministerio Público Fiscal hace más de veinte años, el matrimonio Prieto-Gualtieri fue citado a prestar declaración indagatoria, en la que dieron una versión de los hechos similar a la que aportarían respecto de Emiliano, es decir, que Guillermo era hijo natural de ambos y había nacido en un consultorio particular. A partir del año 1992, la magistrada actuante comenzó una serie de intimaciones para que los imputados concurrieran con el entonces menor Guillermo Gabriel Prieto al Banco Nacional de Datos Genéticos para realizar una prueba de histocompatibilidad, mediante extracción de una muestra de sangre. Estas intimaciones fueron sistemáticamente resistidas por el matrimonio Prieto-Gualtieri y luego, cuando alcanzó la mayoría de edad, por el propio Guillermo Gabriel Prieto, quien llegó con su reclamo ante esta Corte, recurso que ha tramitado en

este tribunal bajo el registro G.1970.XXXIX.

2º) Que luego de la interposición del referido recurso extraordinario, la jueza (a partir de un informe del Banco Nacional de Datos Genéticos en el que se daba cuenta de la posibilidad de determinar el ADN por medios alternativos a la extracción sanguínea) dispuso un allanamiento en el domicilio de Prieto, a fin de secuestrar diversos efectos de su pertenencia y, cumplida tal medida, ordenó la realización de un estudio pericial sobre los elementos secuestrados tendiente a la obtención de muestra de ADN para los pertinentes estudios de histocompatibilidad (fs. 1528 de los autos principales, v. copia certificada a fs. 26 del expte. 38.513).

Prieto dedujo reposición con apelación en subsidio, que fue rechazada, lo que motivó la interposición de queja por apelación denegada. Allí, indicó que la diligencia en cuestión reproducía otra ya ordenada e impugnada mediante recurso extraordinario en trámite ante esta Corte, cuya concesión había tenido efecto suspensivo, impidiendo que se dictase otra resolución que pretendiere llevar a cabo igual medida. Acotó al respecto que *"la única diferencia consiste en que en el primer caso aún no resuelto, S.S. pretendía que me extrajeran sangre para hacerme los estudios en base a ese material, y ahora me SUSTRAJO efectos personales para obtener restos de mi cuerpo (piel, pelos, etc.) para sobre ellos realizar idénticos estudios"* (fs. 46).

Afirmó también que la resolución atacada violaba diversas disposiciones constitucionales, en tanto ordenaba contra su voluntad la utilización de material biológico de su propiedad, obligándolo así a constituirse en prueba contra sus padres y afectaba su dignidad, pues lo forzaba a cuestionar su identidad. Citó además diversas normas de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos

dictada por la UNESCO el 11 de noviembre de 1997 (así, artículos 5°, 9°, 10 y 25) que —según su interpretación— impedirían *"la investigación genética coercitiva con fines de prueba de cargo penal"* (fs. 50).

La Cámara Federal declaró admisible la queja, pero rechazó la apelación, confirmando así lo decidido por la jueza de primera instancia (fs. 23 y 128/147 del expte. 38.512). Para fundar tal rechazo, los jueces indicaron, en primer término, que si bien la interposición del recurso extraordinario contra la decisión de extraer sangre compulsivamente había tenido efecto suspensivo, ello no impedía que se disponga la realización de otras medidas de prueba, pues de lo contrario la interposición del remedio federal contra una decisión equiparable a definitiva dictada en un proceso penal implicaría la paralización de la investigación. En relación con esto —y refiriéndose específicamente al efecto que su decisión podía tener sobre la sentencia que esta Corte debía dictar respecto de la extracción de sangre— los jueces de segunda instancia recordaron la doctrina de este Tribunal, conforme la cual sus sentencias deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas, y que en innumerable cantidad de casos ha ocurrido que la falta de subsistencia del agravio derivó en que la cuestión a debatir fuese declarada abstracta.

Señaló también el tribunal a quo que no correspondía aplicar al caso el precedente "Vázquez Ferrá" de esta Corte (Fallos: 326:3758), pues mientras en aquella oportunidad se invalidó constitucionalmente la extracción compulsiva de sangre a una presunta hija de desaparecidos, *"Aquí no se trata de una medida que implique forzar o coaccionar a la supuesta víctima del delito investigado a suministrar al Estado los medios para punir a aquellos con quienes tiene intensos lazos"*

afectivos, pues ello ya se ha logrado por una vía que no implicó participación alguna por parte del recurrente, a tal punto que ni siquiera fue necesaria su presencia en el lugar, sino que se trató de los elementos orgánicos que ya se habían desprendido de su cuerpo" (fs. 132).

Afirmaron, asimismo, que no debía perderse de vista que la finalidad esencial de la medida estaba en directa relación con el objeto de este proceso, cual es determinar la responsabilidad criminal de Guillermo Antonio Prieto y su esposa, Emma Elidia Gualtieri.

Contra esta decisión, Guillermo Gabriel Prieto dedujo recurso extraordinario federal (fs. 216/257 vta. del expte. 38.513), en el que insistió con su derecho a ser oído, que —afirmó— se vería frustrado si se realiza la medida aquí ordenada, pues sería la reproducción de aquella que se encuentra recurrida ante esta Corte, lo que impediría a este Tribunal pronunciarse sobre la extracción compulsiva de sangre (fs. 241; v. asimismo, fs. 248/248 vta.).

Afirmó a su vez que el precedente "Vázquez Ferrá" debe ser aplicado a este caso, pues no correspondería interpretar aquel fallo como limitando el concepto de violencia al plano físico, sino que debe extenderse al aspecto moral o espiritual, que es el que se encuentra aquí afectado, pues al ser el patrimonio genético propio de cada persona, su utilización sin consentimiento importa un sometimiento forzado contra el individuo (v. fs. 241 vta./242). Reiteró que se lo estaba obligando a cuestionar su identidad y citó nuevamente la Declaración Universal sobre el Genoma Humano.

La Sala I de la Cámara Federal concedió el recurso (fs. 275).

Luego de ser ingresados los autos en esta Corte, se dispuso correr vista al señor Procurador General, quien dic-

taminó que el recurso extraordinario debía ser desestimado (fs. 282/288 vta. del expte. 38.513).

3º) Que el recurso extraordinario que se interpone queda encuadrado, en principio, en el artículo 14, inc. 3º, de la ley 48, pues promueve la revocación de una resolución que resulta contraria a los derechos que el apelante invoca como de raigambre constitucional; y que —por sus efectos— resulta equiparable a una sentencia definitiva, dado que pone fin a la cuestión que, como de naturaleza federal, se invoca, en la medida en que la realización de la medida probatoria impugnada causa un gravamen a los derechos en juego que no podrá ser tutelado, ni reparado eficazmente, por ningún otro pronunciamiento posterior que se dicte en la causa.

4º) Que en la presente causa se investigan los delitos de sustracción, retención y ocultamiento de menores de 10 años (artículo 146 del Código Penal), supresión y/o alteración de la identidad de un menor de 10 años (artículo 139 inc. 2º, del Código Penal) y falsedad ideológica de instrumentos destinados a acreditar la identidad de las personas (artículo 293 del código citado), hechos que a su vez aparecen vinculados con sucesos que constituyen crímenes de lesa humanidad, cuales son la desaparición forzada de personas de la que resultarían víctimas María Ester Peralta y Oscar Alfredo Zalazar.

5º) Que en oportunidad de resolver la causa "Aran-cibia Clavel" (Fallos: 327:3312), esta Corte sostuvo que la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y que los estados parte están obligados a respetar y garantizar.

También expresó este Tribunal que los delitos como

el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos, pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el artículo 118 de la Constitución Nacional.

6º) Que por otra parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos habilita a que, frente a un crimen internacional de lesa humanidad, si el Estado no quisiera o no pudiera cumplir con su obligación de sancionar a los responsables, resulte plenamente aplicable la jurisdicción universal para que cualquier Estado persiga, procese y sancione a quienes aparezcan como responsables de esos ilícitos, aun cuando los mismos hubieran sido cometidos fuera de su jurisdicción territorial o no guardaran relación con la nacionalidad del acusado o de las víctimas, en virtud de que tales hechos afectan a la humanidad entera y quebrantan el orden público de la comunidad mundial (Informe n° 133/99 caso 11.725 Carmelo Soria Espinoza, Chile, 19 de noviembre de 1999, pár. 136 a 149 y punto 2º de las recomendaciones). Por lo cual, si no se ejerce la jurisdicción en función del principio territorial, entra a operar el principio universal y se pone en juego la soberanía de la República Argentina (conf. "Simón", voto de la jueza Highton de Nolasco, considerando 29 (Fallos: 328:2056)).

7º) 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.

8º) Que por lo tanto, al ponderar los intereses que aparecen involucrados, es necesario tener en cuenta determi-

nadas circunstancias que, de manera conjunta, han de confluír en el análisis. Por un lado, las circunstancias históricas en las que se produjeron los sucesos, y su vinculación con la investigación de otros delitos y con las obligaciones del Estado en virtud de los instrumentos internacionales que forman parte de nuestro bloque constitucional. Por otra parte, no puede dejar de evaluarse cuáles serán los efectos directos e inmediatos que se habrán de producir como consecuencia de la prueba cuya producción se cuestiona en aquellas personas que, de una forma u otra, resultan involucradas en esta causa, y serán necesariamente alcanzadas por los resultados que pudiera arrojar la misma.

9º) Que en la especie, no sólo aparece como víctima Guillermo Gabriel Prieto, quien cuestiona la medida. También ostenta ese rol Petrona Catalina Izaguirre de Peralta, que actúa como querellante en la causa, y es la madre de María Ester Peralta, que fue secuestrada el 29 de abril de 1976 en la Villa 21 de Barracas, en esta ciudad, por un grupo supuestamente perteneciente a la Policía Federal Argentina, cuando se hallaba embarazada de cinco meses, y continúa desaparecida a la fecha. La nombrada, adjudica a Guillermo Gabriel Prieto la posibilidad de ser su nieto biológico, que habría nacido en cautiverio.

10) Que derivado de esa compleja situación, aparecen intereses en pugna. Por un lado, los de Prieto, que aduce que la práctica de la medida viola diversos derechos, tales como ser oído por un tribunal competente e imparcial, 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, entre ellos su abuela, que pretenden conocer la verdad de los hechos para determinar

si, efectivamente, quien se opone a la realización de la prueba de histocompatibilidad es su nieto, 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.

11) 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.

12) 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 "Vázquez Ferrá", disidencia parcial del juez Maqueda, considerandos 26 y 27 (Fallos: 326:3758).

13) Que, en consecuencia, en el caso en examen aparecen entonces enfrentados principios y derechos constitucionales de similar jerarquía, circunstancia que obliga a los jueces a ponderar con extrema prudencia los valores e intere-

ses 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.

14) 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.

15) Que en ese sentido, no se observa que la medida en cuestión ocasione la afectación de derechos fundamentales, tales como la vida, la salud, la integridad corporal o la intimidad, ya que las muestras han sido tomadas sin invadir el cuerpo del recurrente, es más, sin siquiera contar con su participación activa, y su utilización tiene por fin la tutela del interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, a través del procedimiento penal, que no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia (Fallos: 318:2518, considerando 11).

16) Que por otra parte, lo cierto es que todo aquello derivado de los eventuales vínculos biológicos que podían llegar a determinarse, queda reducido exclusivamente al terreno afectivo y privado. De modo tal que su encauzamiento y manifestación externa es una materia ajena a cualquier decisión o injerencia de los tribunales, quedando comprendido dentro del límite consagrado por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

17) Que sin perjuicio de lo expuesto, es menester también evaluar si la medida de que se trata aparece como una diligencia razonable en función de los objetivos del proceso

al punto de, como se ha hecho, ordenarse su producción de manera coercitiva.

18) Que bajo tales parámetros, corresponde señalar 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. En efecto, dicha práctica permitirá arribar a la verdad objetiva de los hechos investigados en esta causa, esto es, determinar si efectivamente Guillermo Gabriel Prieto es hijo del matrimonio Prieto-Gualtieri o, en su caso, si tiene vínculo biológico con el núcleo familiar Peralta-Zalazar. 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.

19) Que, por consiguiente, la diligencia cuya realización se cuestiona, 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 desprendidos de él.

20) Que sobre la base de lo expuesto, la sentencia impugnada no se muestra como violatoria de los derechos y garantías constitucionales, por cuanto su producción no ocasiona una restricción de los derechos de quien aparecería como una de las víctimas del hecho y porque, además, encuentra adecuado fundamento en la necesidad de salvaguardar el deber del Estado de investigar y sancionar los hechos reputados como delitos, máxime cuando, como en la especie, el objeto procesal de autos aparecería en principio vinculado con un delito de lesa humanidad cual es la desaparición forzada de personas.

21) 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.

Corresponde, en consecuencia y oído el señor Procurador General de la Nación, hacer lugar al recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, por mayoría de votos el Tribunal resuelve: 1.- Declarar procedente el recurso extraordinario. 2.- Dejar firme la sentencia recurrida. Notifíquese y devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI (en disidencia parcial)- ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia parcial)- JUAN CARLOS MAQUEDA (según su voto)- E. RAUL ZAFFARONI (en disidencia parcial)- CARMEN M. ARGIBAY (en disidencia parcial).

ES COPIA

VO-//-

-//--TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que el infrascripto concuerda con los considerandos 1º a 3º del voto que encabeza este pronunciamiento, que se dan por reproducidos.

4º) Que, cabe señalar que las cuestiones en debate se vinculan con la obtención y utilización de material biológico y su ADN comparativo para estudios de histocompatibilidad que se encontrarían en objetos de uso personal del recurrente —supuesta víctima del delito de sustracción de menores— secuestrados en virtud de un allanamiento dispuesto por la jueza a cargo de la instrucción de la causa.

5º) Que la cuestión relativa a la obtención de muestras para estudios de histocompatibilidad en forma compulsiva a una víctima de un delito de las características que se investiga en estos actuados ya fue debatido con anterioridad al presente, es por ello que este Tribunal se remite en su parte pertinente al precedente "Vázquez Ferrá" (Fallos: 326:3758, disidencia parcial del juez Maqueda).

6º) Que el agravio del recurrente referido a que la medida dispuesta para verificar su relación biológica se asemeja a una declaración testifical en contra de sus supuestos padres, no puede ser atendido toda vez que, como se dijo en Fallos: 326:3758 (disidencia parcial del juez Maqueda), este Tribunal ya había considerado que la prohibición de autoincriminación del artículo 18 de la Constitución Nacional se refiere a las comunicaciones o expresiones que provienen de la propia voluntad del imputado lo cual no incluye los casos en que cabe prescindir de esa voluntad, entre los cuales se encuentran los supuestos en que la evidencia es de índole material (Fallos: 255:18 y sus citas; 318:2518, considerando 9º

y 320:1717, considerando 8°). En suma, lo que se prohíbe en estos casos es la compulsión física o moral para obtener declaraciones emanadas del acusado mediante la fuerza y no la exclusión de su cuerpo como evidencia material en un juicio (conf. voto del Justice Oliver Wendell Holmes en *Holt v. U.S.* 218 U.S. 235, 252; 1910, *Schmerber v. California* (384 U.S. 757, 761, 1966); *United States v. Wade* 388 U.S. 218, 222 (1967); *Gilbert v. California* 388 U.S. 263, 266 (1967); *Couch v. United States* 409 U.S. 322 (1973); *United States v. Dionisio* 410 U.S. 1, 7 (1973); *Fisher v. United States* 425 U.S. 391 (1976); *Doe v. United States* 487 U.S. 201, 210 (1988); *Skinner v. Railway Labor Executive Assn* 489 U.S. 602, 617 (1989); *Pennsylvania v. Muñiz* 496 U.S. 582, 589 (1990) y *Vernonia School District 47 J. v. Acton* 515 U.S. 646; 1995).

En similar sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado en la decisión *Saunders v. The United Kingdom*, del 17 de diciembre de 1996 (23 EHRR 313, págs. 337-340, 1997), que "el derecho a la no autoincriminación...se refiere primariamente a la voluntad del acusado en mantenerse en silencio". Por consiguiente, no se extiende al uso de material proveniente de procedimientos criminales que pueda ser obtenido del acusado a través del ejercicio de poderes compulsivos pero que tienen una existencia independiente de la voluntad del sujeto, como, entre otros, las pruebas adquiridas como consecuencia de un mandato judicial que disponga la extracción de sangre y tejido corporal con el propósito de efectuar un examen de ADN.

7°) Que, por lo tanto, si se sostiene que la extracción de una muestra de sangre es meramente un procedimiento de obtención de una prueba en este tipo de procesos y no puede asimilarse en medida alguna a una declaración testifical ni importa una comunicación autoincriminatoria cuando el

recurrente es precisamente la supuesta víctima del delito de sustracción de menores (Fallos: 326:3758, disidencia parcial del juez Maqueda), cabe extender, aún con mayor propiedad, dicho razonamiento a una muestra de material biológico, cuya existencia resulta independiente de la voluntad del apelante, y de quien no se ha necesitado colaboración ni presencia para su obtención.

8°) Que este Tribunal no puede dejar de reconocer la especial prudencia que los jueces deben tener cuando se trata de medidas dispuestas sobre material genético. Pero en el caso en estudio se realizó una toma indirecta de muestras biológicas, que no exige colaboración corporal para su obtención, no afecta el recato, la dignidad ni la salud de nadie y que han sido colectadas por orden judicial fundada y —tal como sostiene el señor Procurador General de la Nación— de acuerdo a la normativa procesal que rige el caso (artículos 178, 180 y 198 entre otros del Código de Procedimientos en Materia Penal) y con el único fin de investigar el hecho objeto de este proceso penal.

9°) Que nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional reflejan la orientación liberal garantizadora que debe imperar en un estado de derecho democrático para resolver los conflictos entre la autoridad y los individuos y de éstos entre sí, y en ese sentido el Estado debe respetar, garantizar y fomentar los derechos de las personas siendo éste su fin esencial.

Con el propósito de cumplir con ese mandato, esta Corte entiende 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 constitucional, 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 (Fallos: 326:3758, considerando 26, disidencia parcial del juez Maqueda).

En definitiva, se sostiene, que es deber de este Tribunal, como custodio de los derechos y garantías constitucionales, intentar una composición, a fin de lograr un equilibrio justo entre los intereses en juego.

10) Que 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.

11) Que, en este sentido, este Tribunal ha señalado 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). Asimismo esta Corte ha destacado que, con respecto a una medida similar a la dispuesta en el presente caso, guarda relación directa con el objeto procesal de la causa si es conducente para el esclarecimiento de los hechos y no excede los límites propios del proceso en que fue dispuesto (Fallos: 318:2518, considerando 7° con cita de lo prescripto por los artículos 178, 180 y 182 del Código de Procedimientos en Materia Penal).

12) Que, por lo tanto esta Corte no advierte que la medida escogida resulte irrazonable tanto respecto de los intereses sociales como individuales; en relación a los primeros, en autos se investiga el delito de sustracción de un menor de 10 años (artículo 146 del Código Penal), cometido en

un contexto de graves violaciones de derechos humanos amparados por el Estado; y en consideración de los segundos, la pretensión punitiva de los querellantes se encuentra también fundada en derechos subjetivos familiares de los que aquéllos son titulares.

13) Que también resulta adecuada la pericia propuesta a los fines indicados en la resolución apelada ya que favorece de un modo decisivo a la obtención del resultado pretendido cual es demostrar la supuesta relación biológica existente entre las personas designadas por la querrela y el apelante y de éste con los imputados. Cabe observar que en este caso, a diferencia de lo ocurrido en "Vázquez Ferrá" la medida cuestionada, hasta este estadio procesal, es la única alternativa capaz de dar respuesta a la cuestión debatida en autos.

14) Que en Fallos: 326:3758 (disidencia parcial del juez Maqueda) se entendió que la medida resultaba idónea en relación con el éxito que eventualmente puede obtenerse a raíz de la realización de los análisis respectivos. Cabe señalar que los exámenes de ADN son —en el actual estado de los avances científicos— un método adecuado y conducente para la determinación de la filiación y así ha sido reconocido mediante la sanción de la ley 23.511 que creó el Banco Nacional de Datos Genéticos.

15) Que, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas —ley 26.298— adoptada en la órbita de las Naciones Unidas, el 20 de diciembre de 2006 (A/RES 61/177), en el artículo 19, inc. 1º, dispone que "Las informaciones personales, inclusive los datos médicos o genéticos, que se recaben y/o transmitan en el marco de la búsqueda de una persona desaparecida no pueden ser utilizadas o reveladas con fines distin-

tos de dicha búsqueda. Ello es sin perjuicio de la utilización de esas informaciones en procedimientos penales relativos a un delito de desaparición forzada, o en ejercicio del derecho a obtener reparación" (sin subrayar en el original).

16) Que, los pactos internacionales deben interpretarse conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos, teniendo en cuenta su objeto y fin, por cuanto la buena fe debe regir la actuación del Estado Nacional en el orden internacional para que el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y otras fuentes de derecho internacional no se vean afectadas a causa de actos u omisiones de sus órganos internos (doctrina de Fallos: 319:1464). Ello surge también del preámbulo y del art. 2.2. de la Carta de las Naciones Unidas, art. 3º, incs. b y c, de la Carta de Organización de los Estados Americanos y arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

17) Que, esta Corte tiene dicho que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo utilicen en los supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata (Fallos: 311:2497 y 326:2805, voto del juez Maqueda, entre otros).

18) Que, asimismo, en Fallos: 326:2805 (voto del juez Maqueda), en el cual se investigaban hechos similares a los que son objeto de este proceso penal, este Tribunal entendió que dichos delitos son una consecuencia directa de la desaparición forzada de personas y éstos constituyen crímenes de lesa humanidad, y así lo ha sostenido esta Corte en el precedente "Simón" (Fallos: 328:2056, voto del juez Maqueda).

19) Que los estados que han suscripto la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra

las Desapariciones Forzadas han tenido en miras prevenir y luchar contra la impunidad en lo que a ellas respecta, teniendo especialmente en cuenta no sólo el derecho de toda persona a no ser sometida a una desaparición forzada sino también el derecho de las víctimas a la justicia y la reparación. En ese sentido afirma el derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias del crimen y la suerte de la persona desaparecida, así como el derecho a la libertad de buscar, recibir y difundir información a este fin (conf. Preámbulo de la convención citada).

20) Que en la causa "Mastronicola" (Fallos: 327: 525, voto de los jueces Petracchi y Maqueda) este Tribunal ha tenido oportunidad de sostener que, en este tipo de hechos como los investigados en autos, se coloca a la víctima fuera del área de guarda legítima, y que por lo tanto lesionan también el derecho de familia. Consecuentemente, debe reconocerse que no sólo afectan al recurrente sino que, como caras de una misma moneda, afectan también a la querrela. En este sentido es conteste tanto la normativa internacional como la jurisprudencia de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, como se detalla en los considerandos siguientes.

Corresponde tener presente que, tanto la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas —con jerarquía constitucional, ley 24.820— contemplan como víctimas no solamente a la persona desaparecida, sino también, a toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada.

Además se ha dispuesto expresamente, que cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circuns-

tancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida y que cada Estado tomará las medidas adecuadas a este respecto (artículo 24.2 de la convención internacional antes citada).

21) Que, los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, han tratado la temática de la desaparición forzada de personas, y muy especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde sus primeras sentencias dictadas en casos contenciosos a fines de la década del ochenta, hasta las más recientes, y ha sostenido que de *"...la obligación general de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención, contenida en el artículo 1.1 de la misma, deriva la obligación de investigar los casos de violaciones del derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado. Así, en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación ex officio, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones, como los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida. Esa obligación de investigar adquiere una particular y determinante intensidad e importancia en casos de crímenes contra la humanidad"* (caso "La Cantuta", del 29 de noviembre de 2006, Serie C, N° 162).

22) Que, desde el precedente "Videla" (Fallos: 326: 2805 voto del juez Maqueda) este Tribunal ha sostenido la importancia que deben tener las decisiones de los organismos de protección internacional de los derechos humanos como guía para la interpretación judicial de las normas convencionales.

Más recientemente en el caso "Mazzeo" (Fallos: 330:3248) —en el voto de la mayoría—, se recordó el denominado control de convencionalidad que los jueces de los estados partes debían realizar, tal como había dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Almonacid vs. Chile" (del 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154 parágrafo. 124).

23) Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Hermanas Serrano de la Cruz vs. El Salvador" (sentencia del 1° de marzo de 2005 Serie C, N° 120), en el cual se investigaba la responsabilidad del Estado por la captura, secuestro y desaparición forzada de niñas de 7 y 3 años de edad, sostuvo que se había violado los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana en función con el artículo 1.1, en perjuicio de las niñas y sus familiares desde que el proceso penal seguido en el derecho interno no había sido efectivo para determinar lo sucedido a aquéllas, ubicar su paradero, e investigar y sancionar a los responsables, ya que fueron realizados sin la debida diligencia (considerando 166 y sgtes.). Se precisó que los familiares de las niñas tienen derecho de conocer lo que sucedió con aquéllas y, si se hubiere cometido un delito, de que se sancione a los responsables, ya que se trata de una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad. En palabras de dicha Corte, "Estas medidas no solo benefician a los familiares de las víctimas sino también a la sociedad como un todo, de manera que al conocer la verdad en cuanto a los hechos alegados tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro" (considerando 169).

24) Que, de la observación de la realidad mundial y del análisis de los casos denunciados ante los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, se

puede percibir que nuestro país no ha sido el único que ha sufrido desapariciones forzadas de personas, entre ellos niños, y que la concientización internacional de esta problemática es cada vez mayor, prueba de ello es la firma por parte de más de 70 países, en la órbita de las Naciones Unidas, de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, ya mencionada.

Pero, también se debe reconocer que la impunidad que ha reinado en algunos casos, ha incrementado la preocupación de la comunidad internacional y ha dado lugar a la creación de tribunales penales internacionales, con limitación de las soberanías estatales. Es por ello que corresponde que cada Estado asuma seriamente su responsabilidad, y como ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cumpla con su deber de investigación y 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. Así, sostuvo también, que El Salvador debe utilizar todos los medios económicos, técnicos, científicos y de otra índole idóneos para determinar el paradero de las niñas desaparecidas (caso "Hermanas Serrano de la Cruz", ya citado, considerandos 180 y 181). Y en este sentido se destacó la importancia de la ayuda de la ciencia a los efectos de lograr la identificación de las personas que han desaparecido y de sus familiares, para determinar la filiación y establecer contactos entre quienes buscan a personas que desaparecieron, así como personas que se han separado involuntariamente de sus familias y que las buscan (considerando 192 del precedente mencionado anteriormente).

25) Que por lo demás, no pueden prosperar las con-

sideraciones del apelante en torno al alcance que le otorga a la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (aprobada por la UNESCO el 1º/11/97), desde que la temática debatida en autos no es abarcada por dicha declaración, especialmente si se tiene en cuenta su objetivo y fin; y además así fue precisado en la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos (16/10/03) en cuanto dispuso que aquélla no se aplicará en casos en los que se trate de la investigación, el descubrimiento y el enjuiciamiento de delitos penales o de pruebas de determinación de parentesco, que estarán sujetos a la legislación interna que sea compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos (artículo 1º c).

26) Que, por consiguiente, la diligencia cuya realización se cuestiona, 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 indirecta, ya que al momento de incautarse, se hallaban desprendidas de su cuerpo.

27) Que sobre la base de lo expuesto, la sentencia impugnada no se muestra como violatoria de derechos y garantías constitucionales, por cuanto la producción de la medida que dispone no ocasiona una restricción de los derechos de quien aparecería como una de las víctimas del hecho y porque, además encuentra adecuado fundamento en la necesidad de salvaguardar el deber del Estado de investigar y sancionar los

hechos reputados como delitos, máxime cuando, como en la especie, el objeto procesal de autos aparecería en principio vinculado con un delito de lesa humanidad cual es la desaparición forzada de personas.

Corresponde, en consecuencia y oído el señor Procurador General de la Nación, hacer lugar al recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada. JUAN CARLOS MAQUEDA.

ES COPIA

DISI-//-

-//-DENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE
SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1°) Que en la presente causa se investiga la presunta apropiación de un hijo de desaparecidos por parte del matrimonio Gualtieri Rugnone-Prieto. Ello condujo a que la jueza de instrucción ordenara una prueba de histocompatibilidad, a fin de establecer la identidad biológica de Guillermo Gabriel Prieto. Dicha medida no se hizo efectiva, debido a la oposición de dicho matrimonio primero, y más tarde, del propio afectado, una vez que éste alcanzó la mayoría de edad.

2°) Que encontrándose la impugnación de dicha medida a conocimiento de esta Corte, a raíz de un informe del Banco Nacional de Datos Genéticos que daba cuenta de la posibilidad de determinar el ADN por medios alternativos a la extracción de sangre —tales como el examen de cabellos, restos de piel o saliva—, la jueza de instrucción ordenó el allanamiento del domicilio de Guillermo Gabriel Prieto, en donde se procedió al secuestro de diversos efectos personales (entre ellos, cepillos de cabellos y de dientes), con el objeto de obtener muestras para la realización del análisis genético que permitieran hacer los peritajes tendientes a establecer la posible compatibilidad con los datos registrados en el Banco Nacional de Datos y para determinar, asimismo, el vínculo de paternidad entre Guillermo Gabriel Prieto y los imputados.

3°) Que Guillermo Gabriel Prieto impugnó la utilización de su material genético, por considerar que la nueva medida ordenada, bajo un ropaje diferente, reproducía una medida cuya legitimidad había sido cuestionada ante la Corte Suprema, y de este modo, intentaba eludir el efecto suspensivo del recurso extraordinario pendiente de resolución. Sostuvo, asimismo, que la prueba de ADN dispuesta representa una

injerencia estatal arbitraria que vulnera su derecho a la integridad física, a ser oído por un tribunal imparcial y que lesiona su intimidad.

4°) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal declaró mal denegado el recurso de apelación interpuesto, pero confirmó lo resuelto en primera instancia. Según el a quo, el recurso extraordinario pendiente, interpuesto en contra de la extracción compulsiva de sangre, no obstaba a la realización de una medida diferente como la dispuesta. Estimó, además, que no correspondía extender los efectos del precedente "Vázquez Ferrá" a supuestos como el de autos, dado que la medida ordenada no resulta susceptible de producir al afectado el dilema ético que dio base a dicho fallo, pues ni siquiera es necesaria la presencia del afectado durante la ejecución del secuestro. Por lo demás, la nueva medida no requiere ejercicio de violencia alguna sobre el cuerpo y, de este modo, vuelve a adquirir preeminencia el derecho de los parientes de desaparecidos al momento de valorar la proporcionalidad de la injerencia. En cuanto al consentimiento para la realización de exámenes de ADN en los términos de la ley 23.511, no podría asignársele el alcance que se pretende, pues dicho requisito no puede funcionar frente al interés legítimo de terceros en el esclarecimiento del delito investigado en estos actuados.

5°) Que en contra de dicha resolución Guillermo Gabriel Prieto interpuso recurso extraordinario, concedido a fs. 275. Según el recurrente, la decisión apelada incurre en arbitrariedad y desbarata sus derechos constitucionales, por encontrarse pendiente de decisión un recurso extraordinario en contra de una medida equivalente, y conculca de ese modo su derecho a que la Corte se pronuncie con anterioridad a que la injerencia sobre su persona sea hecha efectiva. Por otro lado,

la realización del examen dispuesto viola su derecho constitucional a la intimidad y a la identidad, el cual prohíbe a terceros disponer de su material genético sin su consentimiento. Ello, de acuerdo con la doctrina fijada por esta Corte en el caso "Vázquez Ferrá", cuyos alcances no pueden ser limitados a la protección de la integridad física sino de la persona en su concepción integral. Según el apelante, el examen ordenado violenta el derecho a disponer del propio cuerpo y del patrimonio genético —consagrado en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano—, a no ser utilizado como prueba de cargo y a no ser obligado a hacer lo que la ley no manda. En este sentido, destaca que el aspecto central de su agravio reside en la utilización de su material genético —con prescindencia del método que se utilice para hacerse de las muestras comparativas— con la finalidad de establecer, en contra de su voluntad, su identidad biológica. Asimismo, en oposición a lo afirmado por la cámara, rechaza el carácter de terceros interesados de los querellantes. En su opinión, dicho carácter sólo puede invocarse ante el juez civil, siguiendo las reglas específicas de los reclamos de filiación. En el caso, lo que se pretende es convertir a una acción penal en una impugnación de estado llevada adelante de oficio. Esto implica eludir las reglas de competencia y conculca el principio del juez natural. Por otro lado, aun cuando se afirme que existen dos intereses en conflicto, debería darse prioridad al de aquél cuyas garantías individuales van a verse afectadas directamente por la medida. Finalmente, expresa su deseo de que se ponga término a la amenaza permanente sobre su persona que implica la actividad investigativa del juez instructor.

6°) Que los agravios constitucionales introducidos se encuentran inescindiblemente unidos a los relativos a la

arbitrariedad de sentencia por falta de fundamentación, por lo cual ellos habrán de ser tratados en forma conjunta (Fallos: 313:664; 317:997; 321:2223; 326:3758, entre otros).

7°) Que en el precedente "Vázquez Ferrá" (Fallos: 326:3758) esta Corte reconoció el derecho de quienes pueden negar su testimonio, en los términos de los artículos 278 y ss. del Código Procesal Penal de la Nación, a no ser compelidos a someterse a una extracción de sangre a fin de obtener, mediante la invasión coactiva en el propio cuerpo, muestras destinadas a constituir prueba de cargo en contra de aquellos a quienes la ley los autoriza a no incriminar con sus dichos.

8°) Que para así resolver la Corte entendió que las razones por las que la Constitución y la ley procesal penal deciden renunciar a determinadas fuentes de conocimiento posiblemente idóneas para lograr el esclarecimiento de los delitos no son idénticas respecto de imputados y testigos, y que ello tiene consecuencias al momento de decidir acerca de la admisibilidad de someter a la persona coactivamente como "objeto de prueba". Así, mientras que en el caso del imputado lo que se tiende a asegurar es la "libertad de declaración", en el caso de las restricciones legales a los testimonios de los parientes el bien jurídico protegido se vincula con la protección de la vida privada y familiar. Por lo tanto, cuando el legislador decidió renunciar al testimonio de personas muy próximas al imputado, lo hizo en el entendimiento de que ciertos lazos afectivos muy estrechos debían ser respetados por estar fuertemente ligados al derecho a la intimidad.

9°) Que, en esa inteligencia, el menoscabo a dicho ámbito de reserva no podía ser omitida en el juicio de ponderación acerca de la proporcionalidad de la injerencia. En este sentido, mientras que el imputado debe tolerar una perturbación en principio mínima en la integridad corporal —ad-

mitida como tal en Fallos: 318:2518— como lo es una extracción de sangre, en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen, no es posible realizar idéntica valoración si el afectado es un testigo que, además de la invasión en su cuerpo, sufre la afectación de sus vínculos familiares.

10) Que, por lo tanto, dos fueron las circunstancias determinantes de la decisión de considerar desproporcionada la realización de la extracción de sangre: la necesidad de ejercer violencia sobre el *cuerpo* del afectado y, acumulativamente, la vulneración de los lazos afectivos que produciría esa injerencia en particular.

11) Que, en esa línea de razonamiento, no es posible afirmar, como se pretende, que la vía por medio de la cual se obtiene la muestra genética sea irrelevante. En efecto, a partir de las consideraciones del precedente de mención no se deriva ni un derecho de propiedad sobre el ADN como el que se reclama ni una facultad absoluta para impedir todo intento estatal de obtener pruebas que incriminen a los parientes.

12) 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). 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.

13) Que el menoscabo que puede provocar la invasión compulsiva en el cuerpo para la obtención de muestras de ADN no puede ser asimilada, sin más ni más, a la mera recolección de rastros a partir de desprendimientos corporales obtenidos sin coerción sobre el cuerpo del afectado, medida que, tal como ha sido dispuesta en estos actuados, no podría ser considerada humillante o degradante, y que en tales condiciones, no puede ser objetada constitucionalmente.

14) Que el derecho a preservar la propia identidad y a que ella no sea cuestionada en contra de la propia decisión carece del alcance absoluto que pretende asignarle el apelante. En particular, y en lo que aquí interesa, dicho derecho no podría ser invocado para neutralizar el interés de la sociedad en el esclarecimiento y persecución de los delitos. 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.

15) Que también carece de fundamento la invocación de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los De-

rechos Humanos, aprobada por la UNESCO (1°-11-1997), como argumento en contra de la utilización de datos genéticos para el esclarecimiento de delitos. En efecto, a partir del instrumento mencionado no es posible llegar a esa conclusión. Antes bien, su ámbito de aplicación se dirige fundamentalmente a evitar manipulaciones genéticas o discriminaciones a partir de datos de esta clase, y a delimitar un mínimo ético en el marco de investigaciones médicas o científicas en general. A ello se agrega —como lo señala el señor Procurador General— que la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, fechada el 16 de octubre de 2003, y emitida por el mismo organismo internacional como complemento de la anterior declaración, expresamente excluye la aplicación de sus disposiciones "cuando se trate de la investigación, el descubrimiento y el enjuiciamiento de delitos penales o de pruebas de determinación de parentesco, que estarán sujetos a la legislación interna que sea compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos" (artículo 1°, inc. c).

16) Que, por lo tanto, la objeción a que el caso sea tratado conforme las disposiciones legales de derecho interno en materia de investigación criminal no puede ser sustentada en los instrumentos internacionales mencionados. Las reglas que rigen el procedimiento penal, por lo demás, ya han ponderado y resuelto los posibles conflictos y afectaciones a las libertades fundamentales que pueden producirse en el transcurso de una investigación criminal en forma compatible con la Constitución y los tratados internacionales de jerarquía equivalente (artículo 75, inc. 22, Constitución Nacional).

17) Que aun cuando el derecho penal y procesal penal haya sacralizado ciertas relaciones familiares y personales

muy próximas, y se haya abstenido de intervenir en ellas, incluso a costa de dificultar o de frustrar la posibilidad de perseguir el delito, dicha abstención no podría ser reclamada más allá de lo que la ley y la Constitución establecen.

18) Que, por las consideraciones expuestas, las razones invocadas en el recurso extraordinario resultan insuficientes para descalificar los fundamentos que sostienen la sentencia impugnada.

Corresponde, en consecuencia y concordemente con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, declarar improcedente el recurso extraordinario. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

ES COPIA

DISI-//-

-//-DENCIA PARCIAL DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN
M. ARGIBAY

Considerando:

La infrascripta concuerda con los considerandos 1º y 2º del voto que encabeza este pronunciamiento, que se dan por reproducidos.

3º) El conflicto que motiva la presentación del recurrente admite —en una primera aproximación— la distinción de dos aspectos que lo integran: uno, referido a la *obtención* de sus elementos personales, y el otro, vinculado con la *utilización* de esos elementos como objeto de la pericia de histocompatibilidad.

Dentro del primer aspecto estarían eventualmente incluidas las cuestiones relativas al allanamiento del domicilio de Prieto y al secuestro de los elementos personales, que podrían llegar a tener vinculación con la garantía de la inviolabilidad de domicilio. Sin embargo, esto no es más que una hipótesis, pues —tal como lo señalara el señor Procurador General— ninguna oposición ha presentado Prieto al allanamiento y secuestro oportunamente ordenados por la jueza de instrucción.

En cuanto al segundo aspecto, el recurrente sí ha planteado una serie de cuestionamientos, ya detallados anteriormente, respecto de los cuales debe anticiparse que el recurso extraordinario presenta diversos defectos que obstan a su admisión. Tales falencias —en su mayoría advertidas por el Procurador— se manifiestan tanto en argumentaciones deficientes, como en la omisión de responder a los fundamentos de la sentencia del tribunal apelado o, directamente, en la ausencia de cuestión federal. A continuación se efectúa un análisis detallado de estos problemas.

El primer agravio del recurrente, que él ha ubicado

dentro del derecho a ser oído por un juez imparcial, tiene como sustento básico la supuesta identidad entre la extracción compulsiva de sangre (que fuera objeto de recurso ante este tribunal antes de que se dispusiera el secuestro de los elementos personales) y la medida aquí resuelta. A partir de esa premisa, la realización del estudio aquí ordenado tornaría abstracto el pronunciamiento de esta Corte sobre la validez de la extracción sanguínea compulsiva, lo que afectaría —según se postula— un supuesto derecho a que la Corte resuelva la cuestión.

Una primera observación que puede hacerse a este planteo es que su eficacia reside más en la voluntad de quien lo formula que en un mínimo fundamento en el que sustentarse. Esto es así, ya que la parte se ha limitado a afirmar la supuesta identidad entre sendas medidas de prueba, mientras que ha minimizado (sino suprimido) las sensibles diferencias entre ambas (cfr. la referencia que hace el recurrente a "la única diferencia" entre uno y otro supuesto; fs. 46, ya citada). Así, ante dos actos que —si bien con finalidad similar— resultan a simple vista sustancialmente diferentes (llevar a una persona por la fuerza y, de esa manera, extraerle sangre pese a su resistencia, por un lado, y secuestrar elementos de la persona para analizarlos, por otro), el reclamo para que sean tratados de idéntica manera debe estar acompañado de una sólida argumentación que logre explicar con éxito por qué, pese a las diferencias, ambos casos deben analizarse con idéntico criterio, recaudo que, como ha quedado explicado, el recurrente está lejos de cumplir.

Lo segundo que debe señalarse con relación a este planteo está referido al supuesto derecho a que esta Corte se expida respecto de la extracción sanguínea, que se vería frustrado —según el recurrente— si se declara válida la medida

aquí ordenada, pues su realización convertiría en abstracta la discusión en la otra causa. Este cuestionamiento (según ha podido apreciarse en la reseña de antecedentes) fue debidamente contestado por la Cámara, que invocó a tal efecto inveterada y constante jurisprudencia de esta Corte, contra la que el recurrente no opuso refutación alguna en su remedio federal, omisión que deriva inevitablemente en la improcedencia del agravio.

Similares defectos concurren en el reclamo que se hace para que el estándar que esta Corte ha fijado en el precedente "Vázquez Ferrá" (Fallos: 326:3758) sea aplicado sin más a este caso, petición que ha sido justificada afirmando que no debe entenderse que aquel fallo limita la prohibición de la violencia al aspecto físico, sino que también comprende el moral o espiritual.

Es regla básica de argumentación jurídica que, cuando se reclama la aplicación de un precedente a un caso que no es sustancialmente idéntico (y éste ciertamente no lo es), deben señalarse, en su total y real dimensión, las divergencias entre ambos y, luego de ello, debe explicarse *fundadamente* por qué, pese a esas disimilitudes, el precedente *debe* ser aplicado al caso.

En "Vázquez Ferrá" se fijó un estándar según el cual es constitucionalmente inválido obligar a una persona mayor de edad y presunta víctima de los mismos delitos que aquí se juzgan a someterse a la extracción de sangre, pues ello 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 con las que se tienen intensos lazos afectivos y a las que no se desea perjudicar. En relación con ello, se afirmó una similitud entre este supuesto y las reglas procesales que impiden

denuncias o declaraciones contra los padres o personas a las que se deba especial gratitud.

Se destacó también en ese fallo que la prueba de extracción sanguínea *no resultaba esencial* a los fines del proceso penal (esto es, a la determinación de la responsabilidad criminal), pues los supuestos padres de Vázquez Ferrá habían confesado (v. considerando 11 del voto de los jueces Belluscio y López, considerando 31 del voto de los jueces Petracchi y Moliné O'Connor, al que adhirió el juez Fayt). En ese contexto, y aun reconociendo el derecho de los querellantes a conocer el destino de sus hijos desaparecidos y la identidad de sus nietos apropiados, se afirmó que debía primar el derecho de la recurrente, pues la medida implicaba una intensa injerencia sobre sus derechos y persona, y constituía una práctica humillante y degradante.

Como puede advertirse, las diferencias entre "Vázquez Ferrá" y este caso no pueden zanjarse afirmando que en aquel precedente se hizo referencia a la violencia en sentido amplio, incluyendo la de carácter psicológico y moral, sin aportar un mínimo fundamento para tal aserto, en el que, por lo menos, se indique de qué parte, voto o considerando del precedente se deriva tal interpretación, y se explique suficientemente cuál sería concretamente la violencia moral a la que se vería expuesto el recurrente y por qué dicha violencia sería de similar intensidad a la que sufre quien es sometido por la fuerza a sacarse sangre.

El impugnante invocó —finalmente— diversas normas de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos dictada por la UNESCO el 11 de noviembre de 1997. Así, citó los artículos 5 (que exige el consentimiento del individuo para cualquier investigación, tratamiento o diagnóstico a realizarse en relación con su genoma), 9 (que

admite ciertos límites a dicho consentimiento cuando deban protegerse los derechos humanos y las libertades fundamentales) y 10 (que afirma que ninguna investigación relativa al genoma humano podrá prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos).

Más allá de estas invocaciones —y de la particular interpretación que el recurrente efectúa de dichas normas— el motivo señalado por el señor Procurador General, esto es, la existencia de una resolución posterior de la UNESCO (del 16 de octubre de 2003) sobre el mismo tema, es suficiente para rechazar este agravio. Ese segundo documento estuvo destinado a regular todo lo atinente a la recolección, tratamiento, utilización y conservación de datos genéticos y a fijar reglas relativas al consentimiento de la persona a quien se realiza el estudio. Sin embargo, como lo ha señalado el Fiscal ante esta Corte, el artículo 1.c de esa declaración establece que sus disposiciones no se aplicarán a la "investigación, descubrimiento y enjuiciamiento de delitos penales o de pruebas de determinación de parentesco, que estarán sujetos a la legislación interna que sea compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos" (subrayado agregado). Esta circunstancia demuestra por sí sola que el apelante no puede sustentar sus agravios en las normas internacionales que invoca, pues dicen justamente lo contrario a lo que él pretende.

Las medidas de prueba dispuestas por la jueza federal (allanamiento, secuestro, estudio pericial genético) están previstas por normas constitucionales y procesales vigentes y no controvertidas y, por ello, resultan, en principio, válidas. Quien pretenda revertir esa presunción deberá aportar argumentos sólidos y razonables que lleven a la conclusión de que en el caso la regla no se ha cumplido y que la medida

dispuesta resulta inconstitucional. Como ha quedado demostrado, lejos ha estado el recurrente de cumplir con tal cometido, y ello sella la suerte de su recurso.

4º) Las consideraciones expuestas en el apartado anterior demuestran que, más allá de las normas constitucionales invocadas y las afirmaciones que se hacen en la presentación, el recurso no plantea caso federal alguno que deba ser analizado por esta Corte.

Corresponde, en consecuencia y concordemente con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, declarar improcedente el recurso extraordinario. CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

DISI-//-

-//-DENCIA PARCIAL DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO
LUIS LORENZETTI Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL
ZAFFARONI

Considerando:

Que los infrascriptos concuerdan con los considerandos 1º a 3º del voto que encabeza este pronunciamiento, que se dan por reproducidos.

4º) Que el presente caso presenta una tensión extrema de valores y principios, que puede sintetizarse provisoriamente de la siguiente manera: (a) se ha cometido un crimen de lesa humanidad y se sigue cometiendo hasta la fecha dada su naturaleza permanente; (b) el Estado tiene el deber de sancionarlo, pero al mismo tiempo no es ajeno a su comisión y a la demora de tres décadas en penarlo y en quebrar su continuidad; (c) el paso del tiempo ha producido efectos en todas las víctimas y la persecución a ultranza del crimen puede acarrear lesiones al derecho de la presunta víctima secuestrada de carácter irreparable, y (d) la no investigación del crimen puede lesionar el derecho legítimo a la verdad de las otras víctimas, que son los familiares del secuestrado y deudos de sus padres.

5º) Que la presente causa llegó hace años a estos estrados y en aquella oportunidad se resolvió que el presunto secuestrado debía ser sometido compulsivamente a la extracción de una muestra de sangre para establecer su identidad. Fue en tiempos en que éste era menor de edad y, pese a los años transcurridos, la medida no se hizo efectiva hasta el presente. Ahora el presunto secuestrado es sobradamente mayor de edad y, por ende, se halla en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos, lo que hace variar la situación decidida por este mismo Tribunal con anterioridad, ante la circunstancia de que continúa manifestando su voluntad con-

traría a esa medida como también a la practicada en autos, con posterioridad, y que es objeto del presente recurso.

6°) Que en virtud de lo señalado en el párrafo anterior, el presente caso presenta elementos específicos que lo diferencian de otros, cuya analogía sólo es aparente. Es relevante considerar tanto la edad del recurrente, como la circunstancia de que las motivaciones, explícitas o implícitas, que podrían sufrir las víctimas varían en forma muy considerable.

Dados los elementos fácticos específicos y el campo de tensión valorativo, antes señalados, este Tribunal debe hacer un juicio de ponderación que mida con extremo cuidado el peso de cada principio en el caso concreto.

7°) Que dos son las circunstancias que hacen extraordinario el conflicto en esta causa: la naturaleza del crimen que se investiga por un lado y, por el otro, la prolongación de su consumación hasta el presente.

En cuanto al primer elemento, queda claro que el caso corresponde a un presunto delito de lesa humanidad en forma de crimen de estado. Pero no se trata de uno más de los muchos cometidos en el curso de los siglos, en que por cierto son generosos en su aberración los ejemplos de las dos centurias anteriores (es ilustrativa la tabla que presenta Wayne Morrison, *Criminology, Civilización and the New World Order*, Routledge-Cavendish, Oxon, 2006, páginas 93-94), sino que se trata de un crimen cuya perversa originalidad le quita cualquier analogía con todos los conocidos.

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.

La creatividad tan perversa de esta decisión hace difícil la comprensión misma de su motivación y, por ende, de la propia dinámica criminal de los hechos. Por un lado puede pensarse en una tentativa de eliminar la memoria de esas víctimas, sumiéndolas en la ignorancia no sólo de su origen sino también hasta de su propia orfandad. Por otro, se erige en una nueva cosificación humana que guarda cierto parentesco con la esclavitud, por considerar a los infantes como parte de botines de correrías criminales. En cualquier caso, la adjetivación es siempre insuficiente, presa en los límites de un lenguaje pobre ante la aberración.

8°) Que el único antecedente histórico y doctrinario, revelador de un lejano vínculo con este hecho se remonta a los alegatos de Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach a favor del apellidado Kaspar Hauser Feuerbach, autor del Código Penal de Baviera de 1813, fue la pluma liberal penal más lúcida y penetrante de su tiempo, cuyo texto inspiró el primer Código Penal Argentino y cuya estructura aún es reconocible bajo los escombros del respetable código de Rodolfo Moreno. En los últimos años de su vida asumió la defensa y tutela de un joven al que se había privado de contacto humano, encerrado desde infante en una torre, y que apareció deambulando por la calles (cfr. Gustav Radbruch, *Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben*, Göttingen, 1956). El más importante alegato que escribió en su favor se subtitula *Beispiel eines Verbrechens*

am Seelenleben des Menschen (la traducción literal es *ejemplo de un delito contra la vida anímica del ser humano*, su versión castellana está publicada por la Asociación Española de Neuropsiquiatría en Madrid, 1997; la versión italiana en Adelphi Edizioni, Milán, 1996). Se trata de una de las primeras veces —sino la primera— en que en doctrina se esboza o anuncia la expresión *crimen contra la humanidad* (*Mensch* suele traducirse por *hombre*, pero en realidad significa *humano*). La analogía proviene de la privación de un rasgo propio de la esencia humana, que en ese caso era el desarrollo del psiquismo normal mediante la interacción y en particular el lenguaje, y en el que nos ocupa también puede hablarse de crimen contra la humanidad en la modalidad de privación de uno de sus elementos, como es la identidad, también con incidencia incuestionable sobre el normal desarrollo de la persona. Por ende se trata de una subcategoría especial de crimen contra la humanidad, caracterizado por inferir una herida en la personalidad, al interferir y suprimir un rasgo propio de la humanidad, impidiendo una respuesta primaria a la pregunta *¿Quién soy?*.

9°) Que el segundo dato de infeliz originalidad del hecho que da origen a la investigación de la presente causa y al conflicto consiguiente, es la continuidad del delito. El delito de que se trata —como cualquier delito— tiene un momento consumativo, pero pertenece a la categoría de los delitos en que la consumación no se agota de modo instantáneo sino que se mantiene en el tiempo hasta que cesa el resultado. No es un delito de resultado permanente, pues éste puede cesar, sino que el delito mismo es permanente y sólo cesa simultáneamente con el estado que ha creado y que el autor o autores están siempre en condiciones de hacer cesar. Por ende, el delito de que es víctima el secuestrado —sin perjuicio de

mayores precisiones técnicas acerca de la tipicidad, que no son materia de discusión en este momento— se sigue cometiendo hasta la actualidad y, de hecho, esa fue una de las razones (aunque no la única) por la que nunca pudo plantearse en términos jurídicamente válidos la cuestión de la prescripción.

La medida (extracción compulsiva de sangre; allanamiento para la obtención de material genético, etc.) contra la víctima secuestrada sería el único medio para hacer cesar la comisión del delito que se sigue perpetrando contra él mismo y a lo que éste se niega, haciendo valer el derecho a no ser nuevamente victimizado, aunque el reconocimiento de este derecho en plenitud implicaría la condena a seguir sufriendo una victimización. Semejante paradoja es de tal magnitud que escapa a toda posible imaginación de laboratorio de casos, al punto de no existir doctrina ni jurisprudencia aplicable. Por otra parte, esa continuidad delictiva no ha sido breve, sino que abarca treinta años de vida de la persona, en los que ésta ha pasado por la infancia, la adolescencia y se halla en plena juventud y madurez, o sea, que ha transcurrido un curso vital en que ha definido múltiples y decisivos rasgos de su existencia y ha establecido o mantenido vínculos de toda índole con muy diversa relevancia afectiva y jurídica. A lo largo de estas tres décadas el Estado no ha sido eficaz en su esfuerzo por hacer cesar el delito, sino que, por el contrario, ha puesto de manifiesto una notoria lentitud, impotencia y hasta negligencia.

10) Que las señaladas particularidades del delito que da origen a la investigación y que sirven de marco al conflicto que se plantea entre la exigencia para el establecimiento de la identidad y la negativa del presunto secuestrado, obligan a establecer con claridad cuáles son los derechos e intereses jurídicamente válidos como términos del con-

flicto.

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. El siguiente análisis tiene por objeto precisar las razones por las cuales cabe descartar los otros intereses con pretensión conflictiva en el caso.

11) 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. Pero mucho menos puede alegar esta pretensión cuando el crimen en que funda su titularidad para castigar ha sido perpetrado por su propio aparato de poder y cuando durante treinta años ha permitido o no ha podido impedir que el delito se siguiese cometiendo. Si bien le incumbe el deber de hacer cesar un delito permanente o continuo y es justo que lo haga —más bien tarde que nunca— no es admisible que lo lleve a cabo desentendiéndose de las consecuencias dolorosas que eso pueda acarrear a las víctimas de la propia acción y omisión de sus agentes.

Es incuestionable que esta jurisdicción es expresión de la soberanía del mismo Estado que incurrió en las violaciones de derechos humanos configuradas, por un lado, por

haber determinado, permitido o de alguna manera no impedido que sus agentes cometiesen un crimen contra la humanidad masivo y abominable y, por otro, por haber sido durante décadas remiso o impotente en su persecución, cesación y castigo. La fuerza jurídica, ética y republicana de su pretendido *jus puniendi* con la consiguiente pretensión de imponer una cuota adicional de dolor a cualquiera de las víctimas se debilita enormemente, hasta el punto de imponer a la jurisdicción el apartamiento radical del argumento que pretende resolver el conflicto que se presenta en esta causa y en muchas otras con fundamento en el interés persecutorio del Estado.

12) Que sin abrir juicio acerca de las llamadas teorías o legitimaciones de la pena en la doctrina jurídico penal, lo cierto es que en los últimos años predomina la referencia a la prevención general positiva, o sea, que la doctrina suele fundarla en el reforzamiento de la confianza pública en el sistema. Si sólo *ad argumentandum* se toma en cuenta esta tesis, la imposición de una pena —en el supuesto en que se obtuviese ese resultado, lo que siempre es problemático— a costa de la previa producción de un dolor grave a cualquiera de las víctimas, por parte de un Estado que de alguna manera es responsable por acción u omisión, no sólo del hecho, sino también del paso del tiempo que ha producido efectos que ahora ignoraría, lejos de reforzar la confianza en el sistema, no haría más que demostrar su iniquidad más aberrante con el consiguiente deterioro de su imagen pública y ética.

13) Que ni siquiera 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.

También es innegable que el derecho internacional no ha sido más eficaz que el interno para evitar y para luego sancionar y hacer cesar este crimen durante treinta años. El derecho —nacional o internacional— debe hacerse efectivo en tiempo oportuno y su ineficacia impide la pretensión de hacerlo efectivo en cualquier momento, desentendiéndose de los resultados reales que ha provocado su propio defecto.

Es intolerable que, omitiendo la dimensión temporal, la ineficacia selectiva del poder punitivo pretenda, nacional o internacionalmente, purgarse a costa de una nueva victimización que ignore la lesión a elementales derechos humanos de cualquiera de las víctimas.

14) Que si bien no sería jurídicamente relevante plantear un conflicto de derechos, invocando el de la presunta víctima secuestrada a preservar su integridad física, porque sería insignificante, tanto la extracción como la cantidad de torrente sanguíneo a extraer, lo cierto es que no cabe duda alguna acerca de que 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 halla previsto en la ley.

De cualquier manera, esto puede obviarse, pues técnicamente 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 al extremo de la coerción física, tal como ha acontecido en el presente caso, en donde se secuestraron objetos personales de los que se obtuvieron muestras de material biológico sobre las que se practicó un análisis de ADN para la realización de un estudio de histocompatibilidad.

15) Que la garantía protegida en el caso de quien, siendo adulto, se niega a conocer su identidad real, 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.

Que el derecho de la presunta víctima secuestrada es inherente a su condición de persona. Las disposiciones internacionales que reconocen el carácter de víctima a los familiares de desaparecidos no han tenido en cuenta los casos

en que la víctima sobrevivió, y no lo han hecho porque no hubo casos análogos y por ende, la imaginación del legislador internacional nunca fue tan extremadamente perversa, pero no cabe duda de que, sin desmedro de que a los familiares de desaparecidos se les reconozca su incuestionable condición de víctimas, es innegable que la primera víctima de una desaparición forzada es el propio desaparecido. Este es un ser humano y todo ser humano es persona y, como tal, goza de autonomía moral, decide en conciencia acerca de lo bueno y de lo malo, tiene capacidad axiológica y su decisión debe ser respetada, por ser claramente legítima a la luz de los dispositivos de la Constitución Nacional no modificados por la incorporación de los tratados en el inciso 22 del artículo 75 y por el contenido de éstos mismos tratados, cuya síntesis máxima es el artículo primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

16) Que es claro que el incalificable crimen contra la humanidad que en uno de sus pasos se investiga en esta causa es de naturaleza pluriofensiva y, por ende, reconoce una pluralidad de sujetos pasivos, uno de los cuales es la víctima secuestrada, pero otros son los deudos de las personas eliminadas y parientes biológicos de la víctima sobreviviente. Su condición de sujetos pasivos es incuestionable en el plano jurídico nacional e internacional, pero más aún lo es en el de la realidad del mundo. Se trata de personas a las que se les ha desmembrado la familia, que han visto todos sus proyectos arrasados por la barbarie, son padres que perdieron a sus hijos, hermanos que perdieron a sus hermanos, cónyuges que perdieron a sus cónyuges, desaparecidos para siempre en las brumas de campos de concentración y exterminio, en muchos casos sin saber jamás el día de su muerte, sus circunstancias, privados incluso de los restos mortales, de una posibilidad

más o menos normal de elaborar el duelo.

A esa 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.

Es un ejemplo para el mundo el de estas víctimas que canalizan constructivamente su dolor en el reclamo institucional, que desprecian con ello el camino bajo de la venganza, apostando a la reconstrucción de una convivencia sobre bases racionales.

Que muchas de estas víctimas permanecen activas y reclamando desde el principio la verdad, otras sucumbieron al dolor, otras terminaron su existencia por el simple paso del tiempo, otras viven con la esperanza de dar satisfacción incluso al deseo de los que murieron sin alcanzar la verdad. Más allá de todas las normas que incuestionablemente, sea desde la ley nacional como de la internacional, obligan a relevar su condición de sujetos pasivos del delito, el más elemental sentido ético implícito en el principio republicano de gobierno, impone al Estado el reconocimiento de esta condición y la satisfacción de su reclamo.

17) Que conforme a lo expuesto el conflicto a resolver se suscita entre los derechos igualmente legítimos de

dos categorías de sujetos pasivos: los de la supuesta víctima secuestrada y los de sus supuestos parientes biológicos.

El presunto secuestrado tiene derecho a exigir que se respete su autonomía personal. Sus presuntos familiares biológicos reclaman con legitimidad que termine la continuidad del delito. Uno tiene derecho a reclamar que se lo deje en paz aunque el presunto delito continúe; los otros tienen derecho a reclamar que se les devuelva la paz mediante la interrupción del delito presuntivamente cometido en el caso. Ambos derechos se hallan jurídicamente protegidos por las normas de más alta jerarquía a las que debe remitir cualquier decisión jurisdiccional. Ambas posiciones son legítimas. Partiendo de la ley constitucional, internacional e infraconstitucional puede construirse una decisión jurisdiccional.

18) Que la identificación precisa de los derechos en conflicto efectuada en los considerandos anteriores, 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".

En el presente caso, delimitados los hechos y el derecho conforme surge de los considerandos anteriores, no es posible deducir de ellos 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 conocer su identidad real.

Por esta razón es que la dogmática deductiva no brinda soluciones y debe recurrirse a la ponderación de principios jurídicos.

Los principios son normas que constituyen mandatos para la realización de un valor o un bien jurídicamente protegido en la mayor medida posible. Cuando un principio colisiona con otro de igual rango, la solución no es excluir uno desplazando al otro, sino ponderar el peso de cada uno en el caso concreto, buscando una solución armónica.

19) 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.

La hipótesis construida sobre esta base provocaría una lesión o limitación mucho menor en ambos derechos en conflicto, a condición de adoptar una decisión que contemplase varios aspectos de mutuo interés, en vista a disminuir al mínimo cualquier posible lesión presente o futura.

20) 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, tal como ha ocurrido en el presente caso.

21) Que, en segundo lugar, la familia biológica acabaría con su angustia conociendo que el resultado de la prueba fuese positivo en cuanto indicador del vínculo, o sea, que con la comunicación de este resultado quedaría garantizado su derecho a la verdad y desde que adquiriese ese conocimiento también para la familia biológica cesaría la comisión del delito.

22) Que la víctima secuestrada podría o no informarse de este resultado y, aunque de todas maneras fuese enterada de su identidad, esto no aumentaría el daño psicológico que ya le causa la propia sospecha o la certeza de que no guarda vínculo biológico con su familia de crianza.

Satisfecho el derecho a la verdad de la presunta familia biológica, serían los sentimientos y conciencia de todos los lesionados por el crimen contra la humanidad los que les señalaran su camino futuro en la vida, sus encuentros y desencuentros personales, sin interferencia coactiva alguna de la jurisdicción, la que, por otra parte, nada puede resolver acerca de esos vínculos cuando se trata de adultos, pues a la jurisdicción no sólo le está vedado hacerlo (artículo 19 de la Constitución Nacional) sino que ópticamente es impotente para producir o modificar los sentimientos de los seres humanos.

Para que el conflicto se resolviese de esa manera, la prueba debería *disponerse al sólo efecto de satisfacer el derecho a la verdad de la presunta familia biológica, quedando vedada bajo pena de nulidad cualquier pretensión de otro*

efecto o eficacia jurídica.

23) Que, por lo demás, el mismo efecto tendría el consentimiento que la presunta víctima de secuestro prestase para la extracción de sangre, si lo hiciese condicionada en la forma dispuesta en el último párrafo del considerando anterior, ofrecimiento que debería siempre formular el Tribunal como otro modo de evitar coerciones degradantes.

24) Que no sería adecuado que la negativa o consentimiento condicionado de la presunta víctima secuestrada tuviese efectos permanentes a su propio respecto, porque si ésta cambiase de opinión en el futuro o se modificasen las circunstancias que motivan su negativa o condicionamiento, debería conservar el pleno derecho a reclamar la validez de la prueba a otros efectos jurídicos, lo que quedaría reservado a su expresa voluntad futura.

25) Que no halla esta jurisdicción mejor hipótesis, menos lesiva de los derechos de todas las víctimas, más respetuosa de la dignidad humana de todas ellas, más prudente ante sus respectivos dolores y daños padecidos, que la combinación de las antedichas consideraciones que, apelando a la búsqueda de la mejor solución posible, baje los principios generales del derecho a las tristísimas circunstancias del caso particular.

26) Que ante la evidente imposibilidad de borrar los efectos del tiempo y de eliminar el pasado, y ante la tremenda gravedad del conflicto axiológico que esta decisión plantea y el enorme abanico de posibles hipótesis en los casos conocidos y en los que puedan conocerse en el futuro, entiende la jurisdicción haber agotado en esta instancia los recursos jurídicos para hallar la solución menos lesiva, aunque no descarta que ante la pluralidad de lamentables situaciones creadas deba en el futuro evaluar nuevas hipótesis que la

imaginación no permite concebir desde la perspectiva de los casos conocidos.

Corresponde, en consecuencia y oído el señor Procurador General de la Nación, hacer lugar al recurso extraordinario y, con los efectos y consideraciones expresados precedentemente, confirmar la sentencia apelada. RICARDO LUIS LORENZETTI - E. RAUL ZAFFARONI.

ES COPIA

Recurso extraordinario interpuesto por **Guillermo Gabriel Prieto**, con el patrocinio del Dr. **Luis María Peña**.

Traslado contestado por la letrada de la querellante, Dra. **Alcira E. Ríos**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal n° 1**.