

BIOETICA - DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS -
PROCEDIMIENTO PENAL - PRUEBA - PRUEBA BIOLOGICA

Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Sala II

17/03/2011

Inc. de apelación promovido por los Dres. Roxana Piña, Alejandro Carrió e Ignacio Padilla

LA LEY 05/04/2011

AR/JUR/2514/2011

2ª Instancia. — San Martín, 17 de marzo de 2011.

Vistos:

El Juzgado Federal n. 1 de San Isidro, en lo sustancial, resolvió "la extracción directa con o sin consentimiento, de mínimas muestras de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas, pertenecientes en forma indubitada a M. y F. N. H., las que resultan necesarias para dar curso al peritaje de polimorfismo de ADN con fines identificatorios", y citarlos "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 dispositivos 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, previo a proceder a la extracción en la

modalidad dispuesta en el punto resolutivo III, se deberá 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 aportar en forma libre, voluntaria e informada" (resol., puntos dispositivos III) y V), f. 7/38).

Los antedichos puntos dispositivos de ese decisorio son apelados por los representantes de las presuntas víctimas, y la instancia de impugnación es concedida (f. 39/57, f. 58/63). El 10 de marzo del corriente se celebra la audiencia con la presencia de las partes, quienes expusieron sus pretensiones cruzadas y tras ello el legajo quedó en condiciones de recibir inspección judicial (arts. 454, 455, Cód. Proc. Penal de la Nación).

Y Considerando:

El sr. Juez Daniel Mario Rudi dijo:

Ante todo, la visión de conjunto de los diversos discursos producidos en la audiencia organizan con sus diversas líneas entrecruzadas un único e inextricable "nudo gordiano" que actualmente impide la extracción de mínimas muestras biológicas de las presuntas víctimas de delitos de lesa humanidad.

Entonces el objeto material de la apelación es intentar desatar ese "nudo gordiano" que no tendría principio ni fin [cfr. Quinto Curcio

Rufo, Historia de Alejandro Magno, III, 1, 14-18:"ataduras tan compactas que ni con la vista ni por cálculo se podía deducir dónde comenzaban los cabos ni por dónde se ocultaban"; Arriano, Anábasis de Alejandro Magno, II, 3, 1-7]. Para eso, corresponde describir un escenario que haga mérito según los principios de actualidad y progresividad de elementos de juicio objetivos que serían hechos constitutivos y modificatorios adquiridos procesalmente durante la sustanciación de esta prolongada instrucción. En primer lugar, la circunstancia que las presuntas víctimas de un delito de lesa humanidad no colaboran con la justicia para el descubrimiento de la verdad, porque después de casi una década de tramitación no ha sido posible obtener sus muestras biológicas indubitadas para el cotejo pericial. La perseverancia en esa conducta podría deducirse de una serie de circunstancias graves, precisas y concordantes. Por un lado, las alternativas de la audiencia del art. 454 siguiendo el principio de inmediatez. En efecto, el Tribunal, para mejor proveer y como juez del recurso y director del proceso, pregunta a los asistentes técnicos de los apelantes y "presuntas víctimas de un delito de desaparición forzada" si conocían medios alternativos a la producción de la prueba de "muestras biológicas" que permitieran alcanzar igual certeza, y lógicamente avanzar en el proceso. Responden que "no", y se remiten a los conocidos informes técnicos con más "no". Como frente a un espejo la asistencia técnica de la imputada devolvió una

imagen igualmente negadora, ya que el Tribunal para mejor proveer, consideró de utilidad escucharlo por el mismo tiempo que los demás comparecientes. Responde que "no" ya que había presentado un recurso ante tribunal superior con la pretensión de ser oído sobre el mismo motivo [inteligencia del art. 218 bis] que es el objeto de la audiencia [arts. 438, 454, Cód. Proc. Penal de la Nación]. De otro lado, los más recientes recursos sobre aspectos de la producción de la misma prueba biológica.

Primero) El 15 de febrero de 2011, la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechaza por inadmisibile su recurso extraordinario de la sindicada con fundamento en el art. 280 del Cód. Proc. Civil y Comercial de la Nación, es decir, "por falta de agravio federal o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia", luego, desestima la queja dando por perdido el depósito [H. 64. XLVI, "Recurso de Hecho", "H."]. Así se cierra un circuito de impugnaciones que comenzó un año atrás [resoluciones de 8 y 15 de febrero de 2010], que fueron desestimadas por esta sede porque "disponen la producción de diligencias probatorias pertinentes y útiles para avanzar en la investigación" [estudios en el Banco Nacional de Datos Genéticos respecto de todas las familias registradas], los recursos son "manifiestamente inadmisibles", declarar "erróneamente concedidos los recursos proveídos", y en función de las resoluciones de alzada de 29 de setiembre de 2009

[reg. n. 5330], 22 de diciembre de 2009 [reg. n. 5470], y 4 de febrero de 2010 [reg. n. 29.10, exp. superintendencia n. 3688/10], señalar al iudex-a-quo "por última vez" que "deberá ejecutar en forma inmediata y sin más dilaciones los estudios periciales pertinentes" [CFSM, Sala II, 11/3/2010, reg. n. 5529]; no hacer lugar a la solicitud de aclaratoria pues el pronunciamiento definió "con claridad y precisión" las cuestiones resueltas [CFSM, Sala II, 16/3/2010, reg. n. 5534]; y no hacer lugar al recurso de casación pues la decisión no enmarca en ninguno de los supuestos del art. 457 de la ley procesal [CFSM, Sala II, 18/3/2010, reg. n. 5541]. La Cámara Nacional de Casación Penal rechaza el recurso de casación [CNCP, Sala II, 9/4/2010, reg. n. 16.217], y deniega el recurso extraordinario [CNCP, Sala II, 19/5/2010, reg. n. 16.436].

Segundo) La primera instancia rechazó la nulidad respecto de la resolución que dispuso el allanamiento de domicilios para obtener muestras de ADN promovido por las presuntas víctimas y esa decisión fue apelada. Esta sede consideró que la parte no puede limitar a su voluntad el objeto de la investigación, de modo que las muestras hemáticas fueran utilizadas para su exclusivo cotejo con los grupos familiares G.-G. y M.-L.. Que no dejó al juzgador otra alternativa que disponer la toma de material genético en los términos de la doctrina "Gualtieri Rugnone de Prieto" que resultan aplicables y receptados en el art. 218 bis de la ley procesal criminal.

Que el allanamiento de las moradas era una medida necesaria y razonable en el caso concreto por art. 18 Const. Nacional, arts. 218 bis, 224, Cód. Proc. Penal de la Nación. Que "por otra parte, resulta evidente que el juez sopesó la necesidad de ampliar el estudio hacia otros grupos familiares y que la toma de muestras mediante el allanamiento era proporcional a tal fin. En efecto, ante la restricción del ofrecimiento de la parte sobre la utilización de las muestras sanguíneas -hipótesis vinculada a los supuestos contemplados por el art. 218 bis... apartados primero, segundo y tercero-, el magistrado actuó conforme a las previsiones de los apartados cuarto y quinto de dicha disposición", etc. Que se confirma el pronunciamiento, rechaza la nulidad promovida respecto de la resolución de 29 de diciembre de 2009 en donde se ordenaron los allanamientos cuestionados [CFSM, Sala II, 30/3/2010, reg. n. 5543], y no se hace lugar al recurso de casación porque la sentencia exhibe los motivos que imponen validar las inspecciones dispuestas por el instructor, y que corresponde rechazar el argumento de arbitrariedad reflejo de una mera disconformidad subjetiva con lo decidido; porque la resolución que rechaza nulidades procesales no es por naturaleza y efectos sentencia definitiva ni equiparable a ella siguiendo la doctrina de la casación penal; porque en la especie se encuentra satisfecho el derecho a la doble instancia consagrado por los pactos internacionales en la medida en que ha sido confirmatorio de la primera instancia; y porque la denegatoria del recurso de casación

hace cesar el efecto suspensivo de la interposición del mismo [CFSM, Sala II, 20/4/2010, reg. n. 5570]. La Cámara Nacional de Casación Penal considera que la quejosa [presuntas víctimas] no refutan la afirmación del a quo sobre la necesidad de disponer los allanamientos para obtener nuevas muestras, sino que al contrario ratifica la posición de que no se aceptaría un examen sobre las muestras sanguíneas más extenso que el consentido por los aportantes, por esa y otras razones, el recurso de casación es inadmisibile y resuelve desestimar la queja [CNCP, Sala II, 19/5/2010, reg. n. 16.437].

El recurso de queja espejo de la imputada se rechaza por inadmisibile pues no demostró que su recurso de casación ha sido mal denegado, pues "la remisión a los fundamentos del recurso de queja interpuesto por otras personas en el proceso, distintas de la imputada, no suple la exigencia de demostración, cuya carga corresponde a la defensa, porque lo que ésta debe demostrar es que su recurso de casación ha sido mal denegado, y no que el recurso de casación de los otros interesados que no son imputados habría sido mal denegado" [CNCP, Sala II, 19/5/2010, reg. n. 16.438].

Tercero) El 15 de febrero de 2011, la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechaza por inadmisibile el recurso extraordinario de las presuntas víctimas con fundamento en el art. 280 del Cód. Proc. Civil y Comercial de la Nación, es decir, "por falta de agravio

federal o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia", luego, desestima la queja e intima que acompañe la resolución que concede el beneficio de litigar sin gastos o efectúe el depósito previsto bajo apercibimiento de ejecución [H. 137. XLVI, "Recurso de Hecho", "N.", causa n. 12.873]. Así se cierra un circuito de impugnaciones que comenzó con el rechazo del habeas corpus en primera instancia para que la justicia se abstenga de llevar a cabo cualquier procedimiento de nuevos allanamientos y requisas personales respecto de mis representados, o de disponer nuevas comparaciones que partan de la pretensión de utilizar material aportado voluntariamente para otros fines; esta sede consideró que esa decisión "está ajustada a derecho y a las constancias del legajo, porque no se verifican ninguno de los supuestos legales que habiliten la acción de habeas corpus" en los términos de los arts. 3 y 10 de la ley 23.098, resuelve confirmar la resolución materia de consulta que rechazó la acción de habeas corpus con costas [CFSM, Sala II, 8/7/2010, reg. n. 5665], y no hacer lugar al recurso de casación [CFSM, Sala II, 4/8/2010, reg. n. 5691]. La Cámara Nacional de Casación Penal desestima la queja de las presuntas víctimas [pues no demostraron por qué correspondería la intervención de esta instancia y en cuanto al argumento que su intención era justamente evitar la realización de medidas que afectarían los derechos a la intimidad, libertad y la integridad física, síquica y moral, no demostraron por qué la acción

de habeas corpus sería la vía idónea, cuestión negada tanto en primera y en segunda instancia y que al no haber sido superada deviene infundada; CNCP, Sala II, 11/8/2010, reg. n. 16.904]; y rechaza el recurso extraordinario contra la decisión que declaró inadmisibile el recurso de queja [CNCP, Sala II, 6/10/2010, reg. n. 17.295].

Cuarto) El 15 de febrero de 2011, la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechaza por inadmisibile el recurso extraordinario de las presuntas víctimas con fundamento en el art. 280 del Cód. Proc. Civil y Comercial de la Nación, es decir, "por falta de agravio federal o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia", luego, desestima la queja dando por perdido el depósito (H. 167. XLVI, "Recurso de Hecho", "N.", 15/2/2011, causa n. 12.895). Así se cierra el circuito de impugnaciones que comenzó a propósito de la solicitud de inconstitucionalidad de las leyes 26.548, 26.549 y 26.550, "que importan una superposición con el planteo de igual índole que la parte ha sostenido en esta causa... y en la queja interpuesta ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación - expte. H. 64. XLVI, H., etc. En estas condiciones, el presente recurso de queja es improcedente. Porque la parte no puede utilizar, como se verifica en autos, dos vías simultáneas respecto del mismo planteo, que actualmente está pendiente de resolución por parte de la Corte

Suprema de Justicia de la Nación" [CFSM, Sala II, 1/7/2010, reg. n. 5654], supra. Por otra parte, la Cámara no hace lugar a la casación [CFSM, Sala II, 5/8/2010, reg. n. 5692], cuya desestimación es confirmada con el rechazo de la queja [CNCP, Sala II, 26/8/2010, reg. n. 17.008].

Quinto) La instrucción decide el 28 de setiembre de 2010 una medida dirigida a establecer la idoneidad pericial de las muestras obtenidas a las presuntas víctimas que apelan y el recurso es denegado. Esta sede considerando que "dispone la producción de diligencias probatorias pertinentes y útiles para avanzar en la investigación y se enmarca en el estricto poder jurisdiccional para cumplir con los fines del proceso", rechaza la queja por apelación denegada por manifiestamente inadmisibile porque la decisión es irrecurrible por art. 18 Const. Nacional, y arts. 193, 199, Cód. Proc. Penal de la Nación [CFSM, Sala II, 28/10/2010, reg. n. 5786], y no hace lugar al recurso de casación porque la resolución por su naturaleza y efectos no es sentencia definitiva ni equiparable, cumple con los requisitos de motivación del art. 123 de la ley procesal penal, y no puede ser comprendida en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia [CFSM, Sala II, 16/11/2010, reg. n. 5807]. La Cámara Nacional de Casación Penal desestima la queja por no dirigirse contra una sentencia definitiva ni equiparable, y porque no está demostrado la existencia de agravio concreto y

actual para los aquí apelantes [CNCP, Sala II, causa n. 13.400, 10/12/2010, reg. n. 17.727]. Como un espejo la defensa de la imputada apela la misma providencia de 28 de setiembre de 2010, esta sede rechaza la queja por apelación denegada por manifiestamente inadmisibile ya que la decisión es irrecurrible por arts. 199, parte final y 477 del Cód. Proc. Penal de la Nación [CFSM, Sala II, 28/10/2010, reg. n. 5785], y no hace lugar al recurso de casación ya que la diligencia probatoria de la instructora no es por su naturaleza y efectos sentencia definitiva ni equiparable, cumple con los requisitos del art. 123 y no está comprendida en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia [CFSM, Sala II, 16/11/2010, reg. n. 5808]. La Cámara Nacional de Casación Penal considerando que esa decisión no constituye ninguna de las enumeradas en el art. 457 de la ley procesal penal, que no se demuestra que lo decidido acarree un agravio concreto y actual por el solo hecho del análisis genético y cotejo de las muestras de tejido, ni tampoco de qué manera podría perjudicar dicha medida a la imputada, resuelve declarar inadmisibile la queja [CNCP, Sala II, 10/12/2010, reg. n. 17.724].

En segundo lugar, si por hipótesis aceptamos la tesis de los apelantes que según el art. 218 bis no estarían obligados a prestar muestras biológicas, abajo, esa pretendida prohibición no significa la prohibición legal de utilizar esas negaciones para juzgar las

circunstancias de hecho según el principio de la libertad probatoria, especialmente cuando en el caso concreto existe una "grave y fundada sospecha" y la "absoluta necesidad" del examen con muestras biológicas. En consecuencia, las plurales y voluntarias oposiciones de los apelantes a las obtenciones de sus muestras biológicas indubitables durante casi un década, constituirían indicios graves, precisos y concordantes [graves y fundadas sospechas de identificaciones positivas de los apelantes como integrantes desaparecidos de las familias reclamantes], que serían en alguna medida proporcionales al valor de verdad de la estancada prueba científica de ADN. Es decir, deducir de los hechos negativos u omisiones a hacer alguna cosa de alguien, el hecho que recae sobre ese alguien mismo como su nacimiento de donde procede el hecho filiatorio para uno [presunta víctima del delito de lesa humanidad] y de paternidad u origen común para otros [también víctimas de ese mismo delito de lesa humanidad]. Nada podrían protestar de esas conclusiones en rango de verdades presuntas imputables a ellos, porque serían los efectos procesalmente relevantes de los propios actos ejecutados con discernimiento, intención y libertad. En consecuencia, esos propios actos voluntarios son ajenos a la esfera de discusión de las prohibiciones y abstenciones de los arts. 242 y 243 versus los términos del párr. 6) del art. 218 bis [recurso, II), 4), f. 39/57; doct. art. 206, Cód. Proc.

Penal de la Nación; arts. 897 y nota, 903 y concordancias, Cód. Civil].

En tercer lugar, la dificultad del párr. 5) del art. 218 bis. En lo esencial, los apelantes sostendrían una tesis restringida que en sus aspectos esenciales podríamos resumir así. En general el párrafo 5) del art. 218 bis referido a "la presunta víctima de un delito de desaparición forzada", tendría una clara autonomía en el sentido de consagrar "la imposibilidad de que una extracción de sangre pueda ser obtenida sin el consentimiento de aquella". Y a tal efecto, "lo que el juez debe hacer en caso de oposición de la víctima se refiere exclusivamente al modo alternativo" del párrafo 4). La juzgadora y la querrela habrían razonado como si este párrafo 5) "no existiera" pretendiendo que "la situación de la víctima sea exactamente igual a la de cualquier imputado", donde se autoriza el método alternativo de extracción de muestras siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida; o cuando "esa certeza está en jaque" estaría equiparada "absolutamente" la situación de "una presunta víctima de desaparición forzada con la del imputado por ese mismo delito", pues en ambos casos el juez estaría autorizado al examen compulsivo cuando las tomas alternativas no garanticen certeza para la medida". Bastaría leer el párrafo 5) que menciona en cuanto a la víctima la necesidad de tener en cuenta tal condición, evitar su revictimización y resguardar los derechos específicos, para

advertir que no ha sido el propósito del legislador caer en esa equiparación pretendida.

Recuerda que el proyecto de ley disponía que en caso de negativa, el juez procedería "preferentemente" de acuerdo al método del párrafo 4), sin embargo, la ley habría suprimido la posibilidad alternativa evitando que las víctimas sean forzadas a la extracción de ADN por los métodos del párrafo 2) del art. 218 bis. Tampoco cambiaría nada que se haya consagrado que no regirán las prohibiciones de los arts. 242 y 243 sobre las restricciones a la admisibilidad de ciertos testimonios prestados por parientes y personas allegadas al imputado, etc. (cfr. recurso, II), f. 39/57).

A las dificultades respondemos. Los apelantes pretenderían deducir la clausura de las medidas del párrafo 2) por la eliminación de la palabra "preferentemente" que lucía en el proyecto original del art. 218 bis. Sin embargo, es equivocado pretender aplicar el método de la "intertextualidad" cuando se coteja el texto de una ley y el proyecto de esa ley.

En realidad ese discurso hace uso del método de la "diacronía" que se ocupa de la historia de los textos para estudiar desde los tiempos anteriores al presente, los diversos estadios de desarrollo literario de una ley. Aunque ese ejercicio es inútil en la especie, porque no tenemos que dilucidar la evolución del párrafo 5) del art. 218 bis a

través del tiempo [eso es la diacronía] desde el estrato no vinculante del proyecto a su forma actual vinculante. La dificultad legalmente relevante consiste en determinar el horizonte significativo de ese párrafo 5) obligatorio de una ley en relación a los párrafos 1) a 4) y 6) igualmente obligatorios de esa misma ley, y su relación con otros artículos e institutos que forman ese sistema que es el derecho patrio. Con ese piso de marcha 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". Eso significa semejanzas por la común dignidad "personal" de todos ellos. ¿Cuáles son? Señalamos, al menos, las siguientes. Por un lado y sobre el objeto de la prueba: debe ser necesario para sus identificaciones o para la constatación de circunstancias importantes para las investigaciones (párr. 1), regla 1), art. 218 bis). De otro lado y sobre la forma de la decisión del tribunal: por "auto fundado... bajo pena de nulidad" (párr. 1, regla 2, partes 1 y 2, art. 218 bis conforme arts. 122, párr. 1), 123, regla 1), Cód. Proc. Penal de la Nación). Finalmente, la motivación desde el sistema operativo de

estándares que son los principios básicos e imprescindibles derivados de los principios generales del Estado de Derecho, a saber: los principios de necesidad, de razonabilidad y de proporcionalidad (párr. 1, regla 2), parte 2, art. 218 bis). En lo que interesa acá 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", es decir, la relatividad situacional de las intervenciones porque no a todas corresponde la misma complejidad (párr. 1), regla 2), parte 2) al final por regla 1), art. 218 bis). En el supuesto de la "presunta víctima" del art. 5), 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".

La dificultad de la dificultad. ¿Qué hace el juez cuando estima "inconveniente" alcanzar "igual certeza" con los "objetos que contengan células desprendidas del cuerpo"? Respondemos desde la intertextualidad de los textos legales obligatorios y del principio de superioridad entre ellos. En efecto, el art. 218 bis según la ley 26.549 no trae una definición autónoma de quién es la "víctima" del párrafo 5), sino que remite a esa norma especial para "la protección

de las personas contra las desapariciones forzadas" que es la contemporánea ley 26.298, para la cual se entiende por "víctima" a la "persona desaparecida" [los nietos] y "a toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada" [las familias querellantes], que tienen "el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y los resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida" [los nietos; cfr. art. 24, 1), 2), regla 1), Convención de las Naciones Unidas para la Protección de las Personas contra las Desapariciones Forzadas; art. 1º, ley 26.298]. Por eso, el Estado Argentino tiene las obligaciones de tomar "las medidas adecuadas al respecto", o "todas las medidas apropiadas" para la "búsqueda" y "localización" de las personas desaparecidas [los nietos de las familias querellantes mediante la prueba con muestras biológicas "para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación"]; y mientras continúa con la investigación "hasta establecer la suerte de la persona desaparecida" [los nietos desaparecidos] adoptará "las disposiciones apropiadas en relación con la situación legal de las personas desaparecidas cuya suerte no ha sido esclarecida [los nietos] y sus allegados [las familias querellantes], en ámbitos tales como... el derecho de familia", mediante el esclarecimiento de la identidad [cfr. párr. 1), art. 218 bis por ley 26.549 en función art. 24, 2), regla 2), 3), y 6), Convención

Naciones Unidas citada]. Recapitulando. Acá existe un conflicto de voluntades entre dos grupos de "víctimas", o sea, los presuntos nietos desaparecidos y los familiares de esos hijos y esos nietos desaparecidos, que se resuelve a favor del "derecho de familia" de los allegados de "conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada... y la suerte de la persona [del nieto] desaparecida", para lo cual el juez deberá adoptar las "disposiciones apropiadas" para asegurar ese "derecho de familia". Así, cuando ha pasado un tiempo de espera de casi una década, y subsiste 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 admisible "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, es decir, regresamos al régimen común porque el texto obligatorio manda guardar la integridad física de "la persona sobre la que debe efectuarse la medida", inclusive en la hipótesis de la adquisición forzada porque "en ningún caso", el "uso de las facultades coercitivas... podrá exceder el estrictamente necesario para su realización" sobre "el afectado por la medida" es decir todo el universo de personas (párr.

3) por párrs. 1) y 5), art. 218 bis). Además 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, "por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática", porque es obligación la prevención y el castigo penal de "la apropiación de niños sometidos a desaparición forzada, o de niños cuyo padre, madre o representante legal son sometidos a una desaparición forzada, o de niños nacidos durante el cautiverio de su madres y sometida a desaparición forzada" [doctr. art. 32, 2), Convención Americana sobre Derechos Humanos por art. 25, 1), a), Convención de Naciones Unidas para la Protección de las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 1, ley 26.298; art. 75, 22), 23), 24), Const. Nacional]. Así, las relaciones entre los textos constituidos, obligatorios y conexos del art. 218 bis permiten en las condiciones descritas la obtención de mínimas "muestras biológicas" con o sin el consentimiento de las "presuntas víctimas". Por supuesto que es la "tríaca máxima" que dispone la alternatividad de la ley, pero precisamente por eso es el último remedio a una compleja situación que no se puede solucionar por otro camino. En ese sentido, el Estado Argentino que tiene los deberes-atribuciones de procurar determinados fines [cuando un niño es privado

ilegalmente de "alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos" {es decir, identidad, nacionalidad, nombre y "las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias", o sea, "conocer a sus padres" y "ser cuidado por ellos" y no ser separado "contra la voluntad" de los mismos}, a prestar la protección apropiada con miras a restablecer "rápidamente" su identidad; y teniendo en cuenta la necesidad de preservar el interés superior de los niños sometidos a desaparición forzada y recuperar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, se deberá "revisar el procedimiento de adopción o de colocación o guarda de esos niños, y, si procede, a anular toda adopción o colocación o guarda cuyo origen sea una desaparición forzada"], tiene la competencia de disponer de los medios necesarios para su logro efectivo habida cuenta los objetivos enunciados en el Preámbulo ["afianzar la justicia" y "consolidar la paz interior"], y el principio de supremacía de la ley que consagra el Código Máximo [doctr. arts. 7, 1); 8, 1) y 2); 9, 1), Convención sobre los Derechos del Niño; art. 23, 1), 24, 1), 2), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 25, 1), a), b), 4, Convención de Naciones Unidas para la Protección de las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 1, ley 26.298; arts. 31, 75, 22), párr. 2, Const. Nacional, y concordancias; art. 337, 1), Cód. Civil].

En consecuencia, corresponde Rechazar la apelación por improcedente, porque la prueba con muestras biológicas, con o sin el consentimiento de los apelantes, es una prueba necesaria, razonable y proporcional para el descubrimiento de la verdad en el caso concreto de una investigación de personas sometidas a desaparición forzada con una instrucción casi decenal, que se ajusta a la letra y espíritu del art. 218 bis y del plexo intertextual de las demás leyes y superleyes mencionadas. Luego, corresponde confirmar los puntos dispositivos III) y V) de la apelada resolución de 21 de diciembre de 2010, en cuanto decide y es materia de recurso y agravios (arts. 199, regla 2), 449, 454, 455, Cód. Proc.

Penal de la Nación). Así voto.

El señor juez Alberto Daniel Criscuolo, dijo:

Nuevamente toca expedirme como integrante de este Tribunal en este añoso proceso, sobre un tema que debió haberse superado luego de las distintas resoluciones que esta misma Sala, en tal sentido, dictara en pos de desentrañar la incertidumbre que significa para las personas involucradas la formación de toda causa penal y, en particular, en ésta donde están en juego identidades, pertenencias, lazos familiares y sentimientos de profunda significación que hacen a la esencia de una sociedad civilizada y democrática.

En efecto, ha dicho este Tribunal que el objeto de esta causa está referido a establecer las imputaciones que se le dirigen a E. L. H. de N., vinculadas al origen de sus hijos adoptivos F. y M. N. H. y, en ese contexto, determinar si los nombrados son o no hijos de personas desaparecidas durante la dictadura militar, y que para ello es necesario realizar la prueba pericial por antonomasia. Empero, ella sigue siendo una asignatura pendiente a esta altura del proceso que lleva más de nueve años de tramitación, pues han sido las presuntas víctimas del delito quienes sistemáticamente se han opuesto de alguna forma -ya sea por no prestar su consentimiento o accediendo pero condicionado- a realizar la prueba hematológica pertinente, inequívoca y útil que despejaría, en su caso, la sospecha que se cierne sobre el acontecer que se investiga (fs. 6097/6103 y 6105/6110v. del principal).

Toca ahora analizar si la decisión recurrida se ajusta a derecho - puntos dispositivos III y V- en cuanto hace lugar a la medida de prueba que 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 M. y F. N. H., necesarias para dar curso al peritaje de polimorfismo de ADN con fines identificatorios. Y, asimismo, ordena citar a los nombrados a la sede del Banco Nacional de Datos Genéticos del Hospital General de Agudos Carlos G. Durand, a fin de hacer

efectiva la medida dispuesta, bajo apercibimiento en caso de ausencia injustificada de proceder de conformidad con lo estipulado por el art. 154, primer párrafo, "in fine" del CPPN (fs. 7/38).

Dicha resolución fue apelada por los representantes legales de F. y M. N. H. y el recurso fue concedido por la señora juez de grado (fs. 39/57 y 58/63). Celebrada la audiencia que prevé el artículo 454 del rito con la presencia de las partes, éstas expusieron sus motivos, con lo cual quedó el legajo en condiciones de recibir pronunciamiento (fs.84/vta.).

Para así decidir la juez 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.

Así las cosas, el recurso interpuesto obliga al observador objetivo a activar los mecanismos de reflexión y de análisis, en un terreno no precisamente pacífico o de criterio unánime, respecto de esta dilemática discusión jurídica que expone el caso, en cuanto implica la colisión de derechos fundamentales y derechos humanos que se vinculan inexorablemente con delitos de lesa humanidad.

En efecto, por un lado tenemos personas [en el "sub discussio" las presuntas víctimas del delito] que no desean que se revele la verdad biológica bajo ninguna clase de condicionamientos, con fundamento en el derecho a la libertad de intimidad, aunque dicho ocultamiento sea producto de la comisión de un delito de lesa humanidad. De otro lado, la existencia de personas que como familiares de desaparecidos también informan sobre el derecho a la libertad de intimidad por cuanto desean revelar la verdad biológica ocultada por la perpetración de ese tipo de delito, para poder encontrar y conocer a los hijos de sus hijos.

Ante todo, resulta sustancial mencionar -tal como lo adelanté- que estamos ante un proceso que lleva más de nueve años de tramitación sin que se haya experimentado un avance procesal acorde con el tiempo transcurrido [denuncia del 30-04-2001 y requisitoria fiscal de instrucción del 12-06-2001; fs.1/5 y 11/12 del principal]. De hecho, se sigue discutiendo si corresponde o no llevar a cabo la medida pericial de histocompatibilidad (ADN) necesaria y única para dilucidar el objeto procesal investigado y conexo, en principio, a delitos de lesa humanidad y que fuera ordenada conforme a las facultades procesales atribuidas al juez de instrucción (arts. 193 y 218 bis del CPPN).

El quid de la cuestión radica en establecer si la medida dispuesta encuentra sustento legal y, en su caso, si afecta alguna garantía de rango constitucional.

En tal razonamiento, resulta útil recordar que el tema objeto de impugnación ha tenido tratamiento jurisprudencial [también doctrinario] en más de una oportunidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los cuales tuvo ocasión de examinar la procedencia y legitimidad de las extracciones compulsivas de sangre.

Así, en el caso "Müller" (Fallos 313:1113) (LA LEY 1991-B, 473), la mayoría del Alto Tribunal afirmó que las graves consecuencias que derivarían de una lesión a la integridad física del niño carecían de un respaldo legal que las legitimase; por lo que la medida impugnada había excedido el objeto propio del proceso en el que fue dispuesta y que admitirla en el caso implicaba conculcar normas esenciales que rigen la adopción plena.

Luego, la Corte Suprema trató el caso "H.G.S. y otro" (Fallos 318:2518) donde los padres aparecían como imputados de haber recibido un niño abandonado o sustraído a sus padres y el menor como víctima del delito investigado. Allí, el cimero Tribunal entendió que no estaban legitimados para oponerse a la extracción de sangre, ni a su respecto ni respecto del menor, pues la medida

sólo ocasionaba 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. Se señaló allí que la negativa a la realización de la prueba no estaba dirigida al respeto de la zona de reserva e intimidad sino a obstaculizar una investigación criminal y que la medida no constituía una práctica humillante o degradante, por lo que se encontraba justificada a tenor de las normas del código adjetivo penal nacional [en igual sentido se expidió en el caso "Guarino, Mirta", Fallos 319:3370].

Esta solución, empero, no fue trasladada al caso "Vázquez Ferrá, Evelyn K." (Fallos 326:3758) (LA LEY, 2003-F, 437), pues en éste no existía un interés tutelar como el que guió la decisión en pos de la protección del derecho a la identidad de los menores, y al no encontrarse la recurrente imputada en la causa, exigió del Tribunal un examen diferente ante el posible menoscabo del ámbito de reserva o intimidad que importaría la medida impugnada. Allí, tras aclarar que quedan fuera del ámbito de protección de la garantía aquellas medidas respecto de las cuales el imputado puede ser calificado como un mero "objeto de prueba", tal como sucede con los reconocimientos en rueda de personas, las inspecciones corporales y las extracciones de sangre, se resolvió que la medida compulsiva no era procedente.

La Corte reconoció en su argumentación 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. Y agregaron que para concluir en la existencia del delito no se apreciaba la necesidad del examen sanguíneo, puesto que la prueba no estaría destinada a demostrar la comisión del delito sino la existencia del verdadero lazo de parentesco con la querellante.

En la causa "C., J. A." (Fallos 318:2481), donde la mayoría del Tribunal declaró extinguida la acción penal, en el voto disidente de los Dres. Petracchi y Fayt, se precisó que la mayoría en el caso "Müller" no sostuvo que una medida como la ordenada fuera en toda circunstancia contraria al derecho de intimidad receptado por el art. 19 CN; poniendo énfasis en que en el caso el menor no resultaba víctima o autor de un delito, dejó bien en claro que no existía un interés público relevante que permitiera invadir legítimamente el derecho a la intimidad invocado.

Finalmente, el último caso de trascendencia que estudió la Corte Suprema fue "Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/sustracción de menores" (1 y 2), fallados el mismo día (Fallos

332:1769 y 1835). En el caso "Gualtieri 1" la discusión estuvo centrada en la constitucionalidad de la procedencia de la extracción de sangre compulsiva respecto del supuesto sujeto apropiado, con el objeto de obtener una muestra que permitiera establecer los vínculos biológicos. En "Gualtieri 2", el debate estuvo delimitado por la constitucionalidad de la medida judicial que había dispuesto un allanamiento en el domicilio del eventual sujeto apropiado, con el objeto de secuestrar diversos efectos personales para la realización del estudio pericial tendientes a la obtención de una muestra de ADN para la realización del estudio correspondiente.

En el primer caso, la Corte Suprema por mayoría [Dres. Lorenzetti, Zaffaroni, Fayt, Petracchi y Argibay] resolvió que no es constitucionalmente viable la extracción compulsiva de sangre de una persona mayor de edad como prueba que permita establecer la verdad biológica. En tanto la minoría [Dres. Highton de Nolasco y Maqueda] estableció que era factible la realización de la prueba e investigar y perseguir penalmente la posible comisión de un delito de lesa humanidad.

En el segundo, la mayoría del Alto Tribunal limita su decisión a la colección del material genético, pero mientras unos rechazan la posibilidad de otorgarle los mismos efectos a la extracción compulsiva de sangre; otros [Dres. Lorenzetti y Zaffaroni] limitan la

dilucidación de la verdad biológica a la voluntad del eventual sujeto apropiado.

Como podrá apreciarse, las distintas soluciones que fijara la Corte Suprema en los casos reseñados, autorizan a sostener que no hay una doctrina consolidada en el sentido de que una medida como la aquí estudiada, en todos los casos, resulte contraria al derecho de intimidad captado por el artículo 19 de la Ley Fundamental.

Antes bien, todo indica que cada situación fue resuelta de acuerdo a las circunstancias fácticas y jurídicas que se presentaron y teniendo como objetivo central llegar a un justo equilibrio entre todos los intereses privados y públicos consagrados por la Constitución Nacional que aparecían en pugna.

En consecuencia, teniendo en cuenta las líneas trazadas por el Máximo Tribunal, en orden a la temática en trato, será la estricta apreciación judicial del caso concreto la que permitirá, desde mi punto de vista, arribar a una solución equilibrada que respete el postulado de resolver con justicia.

Así las cosas, el análisis minucioso de este largo proceso autoriza a afirmar que en el "sub lite" resultan aplicables los principios desarrollados por el Alto Tribunal al resolver el caso mencionado "H.G.S y otro", donde la Corte Suprema -entre otros argumentos y descartando la solución a la que había arribado la mayoría en el

precedente "Müller"- señaló que la medida de prueba dispuesta guardaba relación directa con el objeto procesal de la causa, era conducente para el esclarecimiento del hecho y no excedía de los límites propios del proceso en que fue dispuesto; que no se verificaba lesión alguna a las garantías constitucionales que protegen derechos fundamentales como la vida, la salud o la integridad corporal, y que la negativa a la realización de la prueba no estaba dirigida al respeto de la zona de reserva e intimidad del individuo sino a obstaculizar una investigación criminal en la que podrían resultar afectados derechos de terceros (art. 19 CN) [en igual sentido in re: "Guarino, Mirta L.", Fallos 319:3370].

En esa línea de pensamiento, en el caso existe un interés público relevante teniendo en cuenta distintos factores: el tiempo prolongado de investigación que lleva el legajo; que las medidas alternativas no tuvieron éxito para obtener los perfiles genéticos indubitables para la realización de la prueba [fs. 6549/6574, 7962/8019, 8020/8030, 8087/8088 y 8089/8101 del principal]; que no se vislumbra en principio otra medida diversa de aquí en más por carecer de sorpresa; la necesidad de contar con la información sanguínea de F. y M. a los fines de posibilitar la realización del derecho penal y arribar a la verdad histórica y, finalmente, porque el Estado no puede quedar inerte ante la negativa de personas adultas

que no resultan imputadas y que la medida dispuesta -por su insignificancia- no implica daño alguno en su salud.

Esto último aparece reafirmado cuando oportunamente los nombrados prestaron anuencia y de hecho suministraron pruebas biológicas extraídas de sus propios cuerpos.

El tal razonamiento, los agravios de los asistentes técnicos de F. y M. N. H. atinentes a que el examen compulsivo de histocompatibilidad ordenado viola las garantías a la dignidad y a la protección de la integridad y salud psíquica de sus representados, no resultan en el caso atendibles.

Como es sabido las leyes del Estado reglan los "actos exteriores y públicos" de los individuos, calificando de "públicos" los actos humanos, relacionados con el orden de la sociedad.

Ese orden impuesto por el Estado sólo comprende el acto humano que "ofende, frustra y quebranta el orden de toda sociedad racional"; mientras que a Dios le queda reservado el juzgamiento de los demás actos humanos, llamados "privados" por su contraposición a los "actos públicos".

El artículo 19 de la Constitución Nacional legisla explícitamente sobre "las acciones privadas de los hombres", que las declara exentas de la autoridad del Estado, y sobre las "acciones públicas", que las pone, en cambio, bajo esa potestad. A estas últimas acciones

las define como aquellas cuyos efectos de algún modo atañen al orden, a la moral pública y a terceros.

La referencia a "las acciones de los hombres" está aludiendo a los actos que proceden de una decisión de la voluntad esclarecida por la inteligencia, es decir, por el conocimiento intelectual del fin que el operante se propone alcanzar con ese acto.

En conclusión, establecido que el artículo 19 de la Constitución Nacional fija como materia de la potestad legislativa del Estado a los actos humanos objeto de la virtud de justicia, se deduce que dicha disposición considera "acciones privadas de los hombres" no sólo a las acciones interiores sino también a las exteriores que no sean actos de justicia, pues en los casos que la ley manda alguna cosa de las otras virtudes lo hace siempre considerándola bajo la razón de justicia.

No perjudicar a un tercero es la definición justa dada por Aristóteles (Ética Nicomaquea) y que Ulpiano recogió en su definición del derecho con la locución: "alterum non laedere" [conf. "La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional", Sampay, Arturo Enrique]. De ello se deduce que no toda conducta privada se encuentra amparada por la norma fundamental; antes bien, aquellas que puedan ofender al orden y a la moral pública, o perjudiquen a un tercero, se encuentran dentro del débito legal o derecho positivo.

Lo dicho al caso. ¿Puede aceptarse moral y jurídicamente que personas adultas -presuntamente víctimas de un delito- que tienen la información indispensable para deshacer el nudo gordiano, cual es el objeto procesal de esta investigación, se rehúsen a brindarlo cuando, a su vez, no corren riesgo sus personas en su salud? ¿Precisamente cuando lo que se investiga es la comisión de un delito al menos conexo con aquellos de lesa humanidad? La respuesta no puede ser otra que negativa, pues "el derecho a preservar la propia identidad y a que ella no sea cuestionada en contra de la propia decisión carece de alcance absoluto y no puede ser invocado para neutralizar el interés de la sociedad en el esclarecimiento y persecución de los delitos" (conf. Disidencia parcial del Dr. Petracchi, en el caso Gualtieri Rugnone de Prieto y otro, Fallo 332:1769).

Solución que condice con el carácter relativo de los derechos constitucionales, cuando el operador judicial se enfrenta ante la necesidad de hacerlos compatibles entre sí para llegar a una respuesta de precisa ecuanimidad.

Así, pues, la norma reglamentaria en los términos del artículo 28 de la Constitución Nacional que legisla la forma para proceder a la obtención de ADN es el actual artículo 218 bis del Código Procesal Penal de la Nación, incorporado por la ley 26.549, que establece que "el juez podrá ordenar la obtención de ADN, del imputado o de otra

persona,...por auto fundado donde se expresen, bajo pena de nulidad, los motivos que justifiquen su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto". Luego prescribe 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 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". Y el párrafo siguiente establece que 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 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" [medidas alternativas a la de extracción compulsiva]. De la estricta lectura de la norma se infiere que el juez está autorizado para ordenar una extracción de ADN, ya sea respecto del imputado como de otra persona [y dentro de esta categoría de la víctima], si se satisface tres requisitos: necesidad, razonabilidad y proporcionalidad; aspectos todos que aparecen plenamente cubiertos en el sub examine.

Ahora bien, la habilitación de la vía compulsiva para realizar la extracción, deriva naturalmente en la irrelevancia de una hipotética

negativa del afectado, pues el vocablo "compeler" implica que el imputado u otra persona pueden ser obligados por la fuerza a hacer lo que no quieren. De modo tal que resulta difícil concebir -e implicaría un absurdo contrasentido- una disposición que autorice el uso de "facultades coercitivas", si a la vez existiera en cabeza del sujeto pasivo, la posibilidad de eludir legalmente esa coerción negándose al acto.

En esa inteligencia, la apreciación judicial determinará la conveniencia y aptitud para lograr un resultado igual de confiable que con la compulsión. Sin embargo, si ello no fuera posible ante la oposición del imputado, el juez podrá ordenar el allanamiento de morada y el secuestro de algún objeto idóneo para el examen o utilizar la fuerza sobre su cuerpo. De allí que cabe interpretar 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.

A su vez, 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.

De allí que la norma establezca expresamente sus consecuencias, "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". En concreto, lo que señala es 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.

Por lo demás, el hecho de que en el trámite parlamentario de la ley 26.549, se suprimiera el término "preferentemente" del proyecto oficial enviado a la Cámara de Senadores, indica que el legislador dejó librada a la apreciación judicial la vía apropiada -según las circunstancias- en caso de negarse la víctima a realizar la medida indispensable y única que resuelva el entuerto.

De modo 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. En definitiva, la mera negativa en el caso de la víctima da lugar a la aplicación del método alternativo, siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida. Mas si este mecanismo fracasa porque no se obtienen muestras biológicas o éstas no permiten alcanzar la certeza exigida [así ocurre en autos con todas las muestras obtenidas durante los allanamientos del 30 de diciembre de 2009 y del 28 de mayo de 2010; fs. 5229/vta., 5321 y 6165/6166 del principal] y la víctima se niega a la extracción de una muestra de sangre, la medida será conducente en caso de ser necesaria para la dilucidación del hecho ilícito investigado, exista un interés público relevante y el estudio guarde relación directa con el objeto procesal de la causa, extremos que se dan -reitero- en el "sub lite".

Lo dicho, en el contexto que exhibe el caso, respeta el principio de mínima y necesaria intervención del Estado vinculada al ejercicio de diligencias coercitivas para avanzar en la investigación. Porque la medida impugnada importa una leve e ínfima intrusión respecto de las víctimas, con la intervención de profesionales médicos, en condiciones de asepsia e higiene y sin que se advierta en autos ninguna otra circunstancia indicativa de que la diligencia ordenada comprometa el derecho a la salud de M. y F. N. H..

En síntesis, los antecedentes del legajo que en forma minuciosa reseñó la señora juez a quo y demás circunstancias señaladas

determinan la procedencia de la medida cuestionada, en los términos de la resolución recurrida, no sólo por haberse agotado los caminos alternativos sino, además, porque resulta razonable, necesaria y proporcional para la realización de la justicia y así arribar a la verdad real. Así voto.

El señor juez Hugo Daniel Gurruchaga, dijo:

En primer lugar cabe consignar 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 CPPPN) 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.

Porque se investigan los delitos de sustracción, retención y ocultamiento de menores de 10 años, la supresión y/o alteración de su identidad y la falsedad ideológica de instrumentos destinados a acreditar la identidad de las personas; imputación preliminar que a su vez guardaría relación con sucesos que constituyen crímenes de lesa humanidad. Así, la medida cuestionada resulta adecuada para concretar la prueba pericial ordenada en autos, habida cuenta que frente a las actuales técnicas de análisis genético que estadísticamente permiten identificar al individuo con una probabilidad cercana al 100%, lo dispuesto se presenta como el medio dotado de mayor idoneidad para arribar a la verdad material.

Además, la medida de prueba objetada se justifica en virtud de las particulares contingencias del proceso. Porque las diligencias que se llevaron a cabo para la obtención de muestras alternativas de material genético, en los términos definidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (caso "Gualtieri Rugnone de Prieto Emma, csa. N° 46/85, G. 1015 XXXVIII, rta. 11-8-09) y del artículo 218 bis del CPPN, no han servido como material indubitable para realizar el cotejo pericial.

En este sentido, 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 M. y F. N. H.; lo cual genera un estado de incertidumbre que impide considerar estas muestras a los fines periciales (informes de la Dra. M. B. R. C., del Banco Nacional de Datos Genéticos y del Dr. J. M. L., perito de una de las querellas). En la misma dirección se expidieron la Dra. P. R. de C. y el técnico A. R. T. (peritos asistentes de la parte imputada y de las presuntas víctimas, respectivamente), al señalar que no es técnicamente posible afirmar que dichos perfiles genéticos pertenecen de manera indubitada a M. N. H. y a F. N. H. y que las muestras no resultan aptas para realizar un cotejo con fines identificatorios. (fs. 8020/8030 y 8091/8092v., del principal).

Las circunstancias apuntadas y 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 (M. y F. N. H., fs. 6097/6103 y 6105/6110v.), no deja otra alternativa que disponer la medida corpórea que, por cierto, tiene habilitación legal para ser ejecutada respecto de las presuntas víctimas del delito (art. 218 bis, párrafos 2º, 4º y 5º); y de este modo, dar pleno cumplimiento al postulado básico del proceso penal constituido por el descubriendo de la verdad material. Premisa que refleja el principio del preámbulo de la Constitución Nacional en el sentido de "afianzar la justicia" al constituir un propósito liminar y por sí operativo, que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la sociedad (CSJN caso "Simón Julio Héctor", S.1767 XXXVIII, rta. 14-6-05).

Nótese que el mencionado instrumento legal (art. 218 bis del CPPN) 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 2° del mismo texto).

En efecto, debe interpretarse la ley 26.549 en forma contextual, en el sentido de que el mecanismo previsto en el párrafo cuarto del artículo 218 bis resulta aplicable a la presunta víctima del ilícito - párrafo quinto-, "siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida".

En su defecto, son viables los procedimientos contemplados en los párrafos segundo y tercero. Si así no se entendiera, se estarían violando los derechos constitucionales de las otras personas - parientes- que también son víctimas del delito.

Por lo demás, se ha demostrado que en el presente caso, no es posible obtener igual certeza por vía de la toma de muestras alternativas colectadas durante los procedimientos del 30 de diciembre de 2009 y 28 de mayo de 2010 (fs. 5229/v., 5321 y 6165/6166). Tal como fundamenta sostiene la magistrada con razones que el Tribunal comparte.

A lo que debe unirse la inaceptable limitación unilateral impuesta por los apelantes al cotejo de las muestras de sangre y saliva con la totalidad de la información guardada en el Banco Nacional de Datos Genéticos, tal como ha sostenido anteriormente esta Sala. De modo

que se impone proceder a la toma directa de muestras como lo dispuso la señora juez de instrucción.

Porque a lo dicho, se agrega que la decisión objetada en modo alguno afecta los derechos constitucionales cuya vulneración denunciaron los apelantes (fs. 39/57 y 84/v.). En efecto, tres son los intereses jurídicos en pugna de similar jerarquía constitucional que presenta el caso [a. el derecho del estado a ejercer el ius puniendi respecto de los delitos de acción pública, b. el derecho a la jurisdicción de los supuestos familiares biológicos de conocer la verdad de lo sucedido y determinar la identidad de sus descendientes y parientes c., la autonomía de la voluntad de personas mayores de edad en la esfera de la individualidad personal, en cuanto aducen que la práctica compulsiva viola el derecho a la intimidad, a la integridad física, psíquica y moral, a la dignidad y a la vida privadas; arts. 18 y 19 de la Const. Nacional].

Todos ellos deben ser sopesados bajo pautas de razonabilidad, el principio de mínima y necesaria intervención y atendiendo el concretísimo contexto del presente caso, con miras a llegar a una decisión equilibrada y justa que condiga con el objetivo constitucional de afianzar la justicia y de averiguación de la verdad y juicio de eventuales responsables.

En este sentido, se entienden cumplidos tales presupuestos en tanto la decisión impugnada no implica aniquilar alguno de los derechos para darle pleno reconocimiento o satisfacción a los restantes. Sino una solución equilibrada que sopesa todos los intereses en tensión y ajustada a las particulares circunstancias del caso.

Es sabido, que los derechos consagrados en la Constitución Nacional no son absolutos y por esta razón se encuentran sujetos a limitaciones o restricciones tendientes a hacerlos compatibles entre sí (Fallos 312:318; 314:225 y 320:196 y art. 28 Const. Nac.). Es decir, la solución jurisdiccional debe conciliar los intereses individuales entre sí y también estos con el interés colectivo de realizar el derecho penal y llegar a la verdad.

Por lo tanto, frente a la posición de los apelantes, el marco de protección conferido por las normas constitucionales (Arts. 18 y 19 C.N.) no implica que exista una valla infranqueable para llegar a la verdad, en la medida en que los condicionamientos impuestos por las presuntas víctimas y las maniobras elusivas y contaminación premeditada de pruebas tendrían a esta altura en miras no colaborar de buena fe con la investigación y evitar el descubrimiento de la verdad. Ello se advierte con solo cotejar el tiempo de duración del proceso sin que se haya podido obtener el material -pese a todas las decisiones judiciales adoptadas al respecto- de cotejo indubitable, la presencia de material genético de origen masculino y femenino en

una prenda íntima de mujer, la existencia de material de distintos donantes en una pantufla, la reticencia a una entrega inmediata de prendas frente a órdenes de allanamiento, las maniobras elusivas que se informan en autos ante la orden policial de detención de un vehículo en el que transitaban las presuntas víctimas, la aparición tardía con ropas de diferente talla a las normales, y las demás circunstancias apuntadas por la magistrada en el auto en crisis.

De modo que, en esas particulares circunstancias no es posible convalidar como legítimo tal accionar y conculcar lisa y llanamente el derecho de los familiares a conocer la identidad de sus descendientes y parientes.

En otro orden de ideas, la objeción de los apelantes no puede considerarse justificada bajo el amparo del Art. 19 de la Constitución Nacional en tanto la oposición esgrimida importa la situación de excepción contemplada en dicho precepto, en la medida en que la imposibilidad de determinar la verdadera filiación ofenden al orden y moral pública y además perjudica a terceros.

En efecto, recuérdese que en autos se investiga la presunta comisión de hechos delictivos que se caracterizan por su naturaleza pluriofensiva, habida cuenta que no sólo aparecen como víctimas los ahora apelantes. También ostentan este rol las partes

querellantes constituidas, en resguardo de los derechos subjetivos familiares de los que son titulares.

Derecho de estas partes que expresamente fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia en el mencionado antecedente "Gualtieri Rugnone de Prieto" (voto de los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti, considerandos 4º, 10, 17 y 22; Highton de Nolasco, considerandos 9º y 10º y Maqueda, considerandos 18 y 31). Inclusive, el juez mencionado en último término subrayó que el derecho atribuido a los presuntos familiares de las víctimas ha sido expresamente reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Hermanas Serrano de la Cruz vs. El Salvador", (rta. el 1-3-2005, v. considerandos 30 y 31).

En efecto, subrayamos una vez más que este complejo expediente registra un trámite prolongado, su inicio se remonta a la denuncia presentada el 30 de abril de 2001 y la consecuente requisitoria fiscal de instrucción del 12 de junio de 2001 (fs. 1/5v. y 11/12 del principal). En la causa intervino varias veces este Tribunal y la Cámara Nacional de Casación Penal e, inclusive, el legajo llegó hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin que en la actualidad se haya cumplido la prueba pericial esencial y habitualmente inicial -vinculada a la temática bajo estudio- que permita destrabar el estancamiento que se observa en la causa. De ahí que lo decidido el 21 de diciembre de 2010, es una diligencia

impostergable, útil y pertinente que encarrila el trámite procesal con miras a resolver el asunto y sopesa un justo equilibrio entre los derechos en pugna (fs. 7/38; art. 199 del CPPN); enfoque que definitivamente neutraliza toda tacha de arbitrariedad que pueda dirigirse contra el pronunciamiento.

Con más razón cuando una vez satisfecho el derecho a la verdad de los presuntos familiares biológicos, las eventuales víctimas mayores de edad tienen plena autonomía para decidir libremente sus proyectos de vida sin que el estado pueda tener en ello ningún tipo de interferencia.

Frente al panorama descrito, el pronunciamiento apelado respeta los límites que fijan los principios de la idoneidad, la necesidad, mínima intervención y la proporcionalidad inherentes a toda medida de coerción personal porque, en el caso concreto, lo decidido constituye el medio más adecuado para cumplir los objetivos de la instrucción con una intervención mínima y menor sobre el cuerpo de los apelantes, que en su esencia resulta común y habitual en análisis de rutina; y, sopesándose además el elevadísimo grado de certeza que brinda el estudio pericial a realizarse sobre muestras de las denominadas homogéneas.

Es que la medida de toma de muestras importa una leve e ínfima intrusión respecto de las víctimas, con la intervención de

profesionales médicos, en condiciones de asepsia e higiene y sin que se advierta en autos ninguna otra circunstancia indicativa de que la diligencia ordenada comprometa el derecho a la salud de los nombrados. Máxime si ello se lo coteja con los otros trascendentes intereses en juego que son también objeto de protección legal.

En ese marco es también absolutamente descabellada la pretensión de equiparación del caso a un supuesto de apremios ilegales o torturas. Desechada ya la alegación de amparo en el Art. 19 de la C.N., asentada la ínfima intrusión que es común y de estilo en sencillos análisis de rutina de laboratorio, con remisión además a que en una ocasión F. y M. accedieron voluntariamente a las tomas –aunque con restringido e inadmisibles alcances-, y con la aclaración de que los nombrados no son imputados en la causa ni pueden autoinculparse con los resultados; no queda margen para sostener tamaño argumento.

En otro orden de cosas, en la audiencia se formuló la pregunta concreta a los apelantes sobre la posible utilización de muestras existentes en autos, que permitan arribar a un resultado indubitable sobre la identidad de F. y M., con la aclaración de que se requería la posición de la parte, más allá de los informes periciales obrantes en autos.

La respuesta no fue positiva.

De modo que los quejosos no señalaron ningún camino alternativo o distinto al fijado por la magistrada para dilucidar el caso.

Lo que lleva a considerar que la oposición y obstrucción al avance del proceso no conlleva un fin genuino y tutelable, sino otras intenciones.

De otro lado, se advierte también que, dadas las excepcionalísimas circunstancias apuntadas del caso de autos y la evidente pérdida del factor sorpresa que es clave en una pesquisa, no resulta posible persistir en el intento de obtener muestras alternativas. Por lo que al presente de esta prolongada investigación, debe considerarse agotado ese camino.

En conclusión, con base en todos los antecedentes del proceso la pretensión de los apelantes implica obstaculizar sin justificación una investigación criminal y, en consecuencia, afectar ilegalmente los derechos de terceros y del propio estado de perseguir delitos de intensa gravedad. Por lo que, en atención a todos los argumentos expuestos, no tendrá favorable acogida su impugnación. Así voto.

En mérito del acuerdo antecedente, el Tribunal Resuelve:

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 (fs. 7/38). Regístrese, notifíquese y devuélvase. —Daniel Rudi Alberto Criscuolo. —Hugo Gurruchaga.