



**EXTRACCIÓN COMPULSIVA DE SANGRE  
CONFLICTO DE DERECHOS:  
IDENTIDAD VS. INTIMIDAD**

**TRABAJO FINAL DE GRADUACION**

**CARRERA: ABOGACIA**

**UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21**

**ALUMNO: COZZI MONTIGLIA, MARIA INES**

**AÑO 2012**

## **RESUMEN**

El presente trabajo final de graduación desarrollado a continuación tiene como tema principal “la extracción compulsiva de sangre”-Conflicto de Derechos: **Identidad vs. Intimidad**. Practica procesal que colisiona con algunos **derechos personalísimos**, como así también, el derecho a la verdad. Por un lado, la intimidad y dignidad de las posibles víctimas, quienes rechazan la intromisión que se dirige a manifestar su identidad biológica, la afectación a la vida privada; y por otro lado, el derecho a la propia identidad, el interés social en la búsqueda de la verdad, y el derecho de los familiares de desaparecidos en los crímenes de lesa humanidad, a los cuales se les impediría reconstruir sus lazos familiares que le fueron ilegalmente arrebatados al despojarlos de la posibilidad de conocer y criar a sus nietos biológicos. Todas estas cuestiones no pueden ser obviadas al momento de observar los límites de la justicia. La problemática que se suscita en torno a la posibilidad de **extraerle sangre** a una persona en forma coactiva en contra de su voluntad en causa penal, el tema ha sido debatido en doctrina, habiéndose gestado distintas líneas de pensamiento. Algunas rechazan la práctica compulsiva y otras tesis las admiten. Con el propósito de ahondar en el tema, se analizó la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en lo relativo a la Extracción compulsiva de sangre y también los lineamientos internacionales. Para avanzar en el estudio de estos casos se determinó el contenido jurídico del concepto “**extracción de sangre**” en el proceso civil como en el penal. Es por ello, que a sus efectos se realizó un estudio cronológico exhaustivo del Marco Normativo Argentino y sus controvertidas leyes llegando a la conclusión de que **la prueba biológica de ADN** es el examen más certero en cuanto a la determinación de la existencia del vínculo jurídico filial hoy en día, debido a los grandes descubrimientos realizados por la ciencia.

## **ABSTRAC**

The present final work of graduation developed later has as principal topic "The compulsive Extraction of Blood" - conflict of Laws: Identity vs. Intimidate. Procedural practice that clashes with some rights personalísimos, since this way also, the right to the truth. On the one hand, the intimacy and dignity of the possible victims, who reject the interference that goes to demonstrate his biological identity, the affectation to the private life; and on the other hand, the right to the own identity, the social interest in the search of the truth, and the right of the relatives of missing persons in the crimes against humanity, to which one would prevent from reconstructing his familiar bows that him were illegally snatched on having taken off them of the possibility of knowing and raising his biological grandsons. All these questions cannot be obviated to the moment to observe the limits of the justice. The problematics that is provoked

concerning the possibility of extracting blood to a person in coercive form in opposition to his will in penal reason, the topic has been debated in doctrine, having been in preparation different lines of thought. Some of them reject the compulsive practice and other theses admit them. With the intention of going deeply into the topic, I analyze the jurisprudential line planned by the Supreme Court of Justice of the Nation in the relative thing to the compulsive Extraction of blood and also the international limits. To advance in the study of these cases I determine the juridical content of the concept “extraction of blood “in the civil process as in the penal one. It is for it, that to his effects I realize a chronological exhaustive study of the Normative Argentine Frame and his controversial laws coming to the conclusion of that the biological test of DNA is the most accurate examination as for the determination of the existence of the juridical affiliated link nowadays, due to the big discoveries realized by the science.

## ÍNDICE

1. Introducción	6
2. Desarrollo	
Capítulo I - Aspectos generales	
1. “Extracción compulsiva de sangre”, Contenido Jurídico del concepto	10
2. Pruebas biológicas, A.D.N.	12
3. El imputado como objeto de prueba, intervenciones corporales	14
Capítulo II -	
1. Tesis que rechazan las prácticas compulsivas	16
1.1. Los derechos personalísimos	16
1.1.1. Derecho a la Intimidad	17
1.1.1.1. Afectación de derechos personalísimos de posibles víctimas	18
1.1.2. Derecho a la integridad	18
1.1.3. Derecho a la Identidad	18
1.1.3.1. Derecho de los familiares de los desaparecidos	23
2. Tesis que admiten la compulsión	23
3. Práctica compulsiva en procesos penales	24
3.1. Presupuestos sustanciales de legitimación	24
Capítulo III - Marco Normativo Argentino	
1. Ley N° 23.264	29
2. Ley N° 23.511, (BO 10/07/87) Banco Nacional de Datos Genéticos	30
3. Ley N° 26.548, (BO 27/1109) Banco Nacional de Datos Genéticos.	31
4. Ley N° 26.549, (BO 27/1109), Art.218 bis Código Penal de la Nación.	31
Capítulo IV - Precedentes jurisprudenciales nacionales. Evolución	
1. Muller, fallos: 313:1113, 13-11-1990	33
2. Bahamondez, Marcelo, fallos: 316:479, 06-04-1993.	35
3. H.G.S. Y OTRO, Fallos. 318:2518, 04/12/1995.	35
4. Feretton Carlos Hugo y otros s/recurso de casación 8/09/03	37
5. Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/incidente de apelación, Causa V 35 6, fallos: 326:3758,30/09/2003.	37
5.1. Hechos del caso	37
5.2. Objeto del proceso	39

5.3. La sentencia y su holding	39
5.4. Trato a la víctima	39
6. Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma y otros. Fallos:332:1835, 11/08/2009.	41
7. C.F.A. de San Martín, sala 2, Noble Herrera, Marcela y otros.02/0611.	44
Capítulo V - Jurisprudencia Tribunales Internacionales.	
1. Corte IDH: (Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs Bolivia, 01/09/10)	57
2. Corte IDH: (Tristán Donoso vs Panamá,27/01/09, en igual Línea que el T.E.D.H., en Niemietz c/Alemania, 16/12/92.	57
3. Conclusión	58
4. Bibliografía	62

## 1. INTRODUCCIÓN

Todos los pueblos tienen capítulos sangrientos en su historia. Los argentinos nos estamos debatiendo entre el odio y el perdón por la sangre derramada en la década del '70 (Sambelli, 2004).

¿Cuáles son los límites que rigen en un Estado de Derecho ante reclamos encontrados que aparecen justificados racionalmente? Como respuesta a este interrogante podemos señalar : a) el derecho de la sociedad a conocer la verdad sobre las violaciones a los Derechos Humanos ocurridas con anterioridad al establecimiento del orden institucional , b) el derecho de los familiares de las víctimas a conocer lo que aconteció con sus seres cercanos como presupuesto para la reconstrucción de sus vínculos familiares y con ellos, su identidad y c) el privilegio de las otras posibles víctimas que se sienten afectadas en sus derechos personalísimos, como ser el derecho a la intimidad, a la salud y a su integridad física.

En la dilucidación de estos derechos nombrados intervienen distintas variantes, algunas de ellas producen un conflicto con derechos de la misma entidad. En este trabajo vamos a ocuparnos de una práctica procesal que colisiona violentamente con algunos derechos de primera generación y es: la extracción compulsiva de sangre, en busca de determinar la existencia de delitos de lesa humanidad.

El tráfico de bebés fue una práctica sistemática de terrorismo de Estado que consistió en el secuestro, desaparición y ocultamiento de la identidad de hijos de detenidos-desaparecidos, muchas veces mediante partos clandestinos y adopciones ilegales, en el marco de la sangrienta dictadura militar autodenominada Proceso de Reorganización Nacional que rigió Argentina entre 1976 y 1983.

Una vez establecida la democracia en la Argentina, el 10 de diciembre de 1983, el presidente Raúl Alfonsín ordenó el enjuiciamiento de las primeras tres juntas militares que estuvieron al mando durante la dictadura. El proceso, conocido como el “Juicio a las Juntas” se llevó a cabo en 1985 y terminó con la condena de los tres miembros de la primera junta (Videla, Massera y Agosti) y dos de los miembros de la segunda (Viola y Lambruschini). Sin embargo, el fiscal Julio César Strassera no presentó el robo de bebés como un plan sistemático del gobierno militar y, por lo tanto, el delito no formó parte de aquellos por los que fueron condenados.

Hace ya más de treinta años unas doce mujeres desconocidas entre ellas, pero unidas por un mismo dolor, una misma angustia, se agruparon. Las unía una imperiosa

necesidad: saber de sus hijos desaparecidos y recuperar los nietos secuestrados con sus padres y los que habrían nacido durante el cautiverio de sus hijas embarazadas. Se inició así el doloroso, largo, valiente peregrinaje de Abuelas de Plaza de Mayo. Puertas cerradas, indiferencia, amenazas, toda clase de escollos y dificultades (Abuelas Plaza de Mayo, 1995).

Hoy en día se siguen recibiendo denuncias. Recorrieron casas-cunas, orfanatos, tribunales de menores, iglesias, funcionarios de gobierno de todos los niveles. Así fue como empezaron a informarse sobre raras adopciones, casos de niños que podrían ser sus nietos nombres, fotos, infinidad de datos. Dieron comienzo a cautelosas investigaciones de las adopciones de esos años, mediante pesquisas y seguimientos encuentran los primeros nietos, para las cual fue necesario contar con equipos técnicos: abogados, psicólogos, médicos especialistas; con lo que se buscaba hallar normas jurídicas y psicológicas para un hecho tan nuevo e insólito como era la apropiación y no la adopción de niños, para poder luchar por su restitución. Ahora bien la pregunta y duda que se hacían en ese momento las Abuelas era: ¿cómo reconocer a los nietos que habían nacido en los campos clandestinos, cómo demostrar que les pertenecían? Para ello les llevo años recorrer centros científicos en el exterior, hasta lograr un medio indubitable, que hoy, con pruebas científicas y determinados análisis, permite comprobar, con altos porcentajes de seguridad la filiación.

Fue en New York donde el Dr. Víctor Penchaszadeh, quien en forma inmediata y solidaria contactó a las Abuelas con el Dr. Fred Alén, hoy fallecido, del Centro de Sangre de New York y así lograron el “*índice de abuelidad*”. La ciencia les debe entonces a la organización Abuelas, haber posibilitado a los genetistas este elemento valorativo (Abuelas de plaza de mayo, 1995).

Es también gracias al trabajo de los genetistas en este tema que se ha podido educar a la sociedad y desmitificar el sentido profundo que tiene las similitudes y las variaciones genéticas de los seres humanos. Esta es otra influencia positiva que ha tenido el trabajo de Abuelas en este campo de defensa de la dignidad humana (Víctor B. Penchaszadeh, 1994). Por otra parte, la genética como disciplina se ha beneficiado de la interacción con otras disciplinas como la psicología y el derecho.

Gracias a estas investigaciones y al impulso de las Abuelas de Plaza de Mayo se logró la creación de la Ley N° 23.511 del Banco Nacional de Datos Genéticos donde hasta el año 2050, se almacenarán y conservarán las muestras de sangre de los grupos familiares.

A nivel internacional hicieron llegar sus denuncias y objetivos a las Naciones Unidas y a la OEA y en cada una de sus asambleas están presente con su reclamo: que los nietos apropiados recuperen su identidad, que conozcan su historia, su familia, además han sumado su esfuerzo al de todas las instituciones nacionales e internacionales que se abocaron a la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño. La Asociación Abuelas de Plaza de Mayo estima en unos 500 los niños que desaparecieron en esas circunstancias y cuya identidad ha sido sustraída, y es la principal organización de derechos humanos en impulsar la búsqueda, recuperación y atención especial de los mismos. Hasta 2011, han sido recuperados 105 nietos.

La problemática que se suscita en torno a la posibilidad de extraerle sangre a una persona en forma coactiva en contra de su voluntad en causa penal, ha sido debatida en nuestra doctrina las cuales algunas rechazan la practica compulsiva y otras tesis las admiten, resolviéndolo en general de manera uniforme, inclinando la balanza para el lado de la validez de su realización. Lo que trataremos de abarcar en el presente trabajo es el criterio y la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia a través de sus fallos los cuales no han sido uniformes, en los que fija distintos criterios en lo relativo a la “*extracción compulsiva de sangre*”, la negativa de la presunta víctima, el consecuente conflicto de derechos constitucionales que posiblemente se vulneran, la procedencia o no de medidas probatorias en cuanto tienen a la víctima como objeto de las mismas. Se analizaran los precedentes: Müller (F. 313: 1113, 1990), Bahamondez, Marcelo (Fallos: 316:479, 06/04/1993); H.G.S. y otro (F. 318:2518, 04/12/1995). Asimismo el fallo Vázquez Ferrá, Evelyn Karina (Fallos: 326: 3758 30/09/2003), Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma y otros (Fallos 332:1835, 11/08/2009) también el reciente y el actual fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín<sup>1</sup>, como así también los lineamientos internacionales.

En el marco normativo Argentino se analizará cronológicamente el dictado de las controvertidas leyes 26.548 (Banco Nacional de Datos Genéticos); 26.549 (Introduce el art. 218 bis al C.P.P.N), determinando que el juez podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN), del imputado o de otra persona, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación ; la ley 26.550 (Incorpora el art.82 bis al C.P.P.N año

---

<sup>1</sup> .” CFMSM. Sala II, Sec. Penal n° 2. R”H. de N. E.”Reg. de cámara n° 5917, San Martín 17 de marzo de 2011.

2009); como así también la ley 23.264, incorporada al Código Civil. Dichas normas generan inevitablemente una colisión entre derechos personalísimos y el derecho a la verdad, y nos hacen preguntarnos sobre cuál será el límite a la acción punitiva del Estado a partir de la aplicación de las mismas.

El tema abordado, **-extracción compulsiva de sangre-** indefectiblemente trae aparejada la problemática con respecto a los intereses a preservar y la posible colisión entre los mismos. Teniendo en cuenta la intimidad y dignidad de las posibles víctimas, quienes rechazan la intromisión que se dirige a manifestar su identidad biológica y los cuales argumentan que no les interesa conocer; la afectación a la vida privada, la afectación a la autonomía individual de personas adultas, el derecho de disponer de su cuerpo, el derecho a la propia identidad, el interés social en la búsqueda de la verdad, el derecho de los familiares desaparecidos a los cuales se le impediría reconstruir sus lazos familiares que le fueron ilegalmente arrebatados al despojarlos de la posibilidad de conocer y criar a sus nietos biológicos, todas estas cuestiones no pueden ser obviadas al momento de observar los límites de la justicia-

El TFG se divide en tres partes fundamentales. En la primera de ellas, que abarca el Capítulo I, II y III se analizarán los conceptos básicos a tener cuenta como ser extracción compulsiva de sangre, pruebas biológicas, Derechos Constitucionales afectados y el marco normativo y como evolucionó a través del tiempo.

La segunda parte, en la que se incluyen los Capítulos IV y V, que serían los aspectos más importantes nos abocamos al análisis que es el propósito del trabajo el de presentar la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en lo relativo a la Extracción compulsiva de sangre, también los lineamientos internacionales.

La tercera y última parte incluye el Capítulo VI y VII, se refiere a las reflexiones y conclusiones del trabajo investigativo, se evaluarán las diferentes opiniones, y se dará una reflexión personal sobre el tema y las implicancias que genera sobre nuestra sociedad.

## CAPITULO I

### ASPECTOS GENERALES

#### 1. EXTRACCION DE SANGRE:

**Consiste en,** extraer pequeñas gotas de sangre en una esfera de salubridad sin ejercer fuerza sobre la víctima. Las medidas coercitivas en el marco de un proceso penal deben respetar los principios: Proporcionalidad y razonabilidad.

Para avanzar en el estudio de estos casos hay que determinar el contenido jurídico del concepto “**extracción de sangre**” en el proceso civil como en el penal, es un paso ineludible, en donde el conflicto de intereses se plantea entre derechos constitucionales cuando dicha medida de prueba es ejercida de manera compulsiva.

Según el diseño de la ley 23511, esa medida no se dispone compulsivamente por la jurisdicción.

Con el objeto de obtener la verdad material de los hechos –que es inherente a todo tipo de procesos-el derecho civil permite recurrir a este tipo de prueba, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de partes cuando fuere necesario determinar en juicio la filiación de una persona.

Según la doctrina y jurisprudencia dominantes en materia civil, las pruebas biológicas no pueden efectuarse contra la voluntad de la parte, lo que significa que quien se opone a su realización, no puede ser compelido coactivamente al examen médico pertinente.

Los principios propios de esa rama del derecho posibilitan que ante la denegación de quien es requerido a esos fines opere una presunción negativa de la paternidad, siendo las pruebas de histocompatibilidad las únicas medidas posibles de la filiación natural. El art.4 de la ley citada, atribuye el carácter de indicio a la negativa del litigante a someterse a la prueba biológica en los procesos de filiación empleando la siguiente fórmula: “Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia, la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente.”

Distinta es la situación en el proceso penal en que el Estado trata de investigar delitos graves como el de sustitución de identidad, donde se disponen medidas que

pueden ser ejercidas compulsivamente, afectándose, derechos constitucionales de la persona sobre la que se ejercen, nunca la negativa puede ser tomada en contra del imputado, ya que este no está obligado a producir

El estado de inocencia, como garantía del imputado y principio connatural al proceso penal, por el contrario, no admite ser desvirtuado por meras presunciones, por eso es necesario ponderar si la procedencia de la intrusión que esa clase de procesos puede exigir resulta justificada o no, según las circunstancias del caso (Bloch y Hockl, 2004, p. 8).

La facultad del juez de disponer medidas de prueba se encuentra fundamentada en su deber de proceder "a la averiguación de los hechos presuntamente delictivos que constituyen el objeto sumarial y no otros cualesquiera"<sup>2</sup>.

Es por ello que las medidas de prueba ordenadas deben ser conducentes a los fines de la investigación (Levene, 1993). De esta manera, se debe determinar si la medida de prueba que se cuestiona era conducente al objeto de la causa y resultaba proporcional y adecuada a la finalidad de la investigación.

Como ha señalado Horacio Romero Villanueva, "...un procedimiento penal adecuado a un estado de derecho debe lograr una relación bien equilibrada entre el interés en la verdad, por un lado, y la dignidad de los afectados por el otro; la búsqueda de la verdad no puede ser realizada a cualquier precio".<sup>3</sup>

En suma en el proceso civil la medida nunca es imprescindible, mientras que en el proceso penal la imprescindibilidad siempre debe evaluarse en términos de razonabilidad y con resguardo de la garantía de debido proceso, debe ponderarse necesariamente la suficiencia o no del plexo probatorio reunido en la causa. A los fines de investigar delitos que importan la sustracción y alteración de estado civil, la cuestión es controvertida. Concretamente en el Derecho Procesal Penal, el tratamiento respetuoso de la persona humana implica la exclusión de toda degradación por parte del poder estatal, y más aún cuando –como ocurre en los casos en estudio– se trata precisamente del sujeto pasivo de un delito, debiendo ser límite y resguardo la dignidad humana en toda decisión judicial.

---

<sup>2</sup> (Del voto del Dr. Vázquez en la causa "Vázquez Ferrá", Considerando 13

<sup>3</sup> (Romero Villanueva, Horacio J., "Los límites de la investigación penal sobre la víctima", JA 1999-IV-388.).

En algunas oportunidades se ha resuelto que la extracción compulsiva no es procedente, otras veces se hizo lugar a la medida; y en ciertas oportunidades se interpreto que es facultad propia del juez penal que investiga los delitos de supresión y suposición de estado civil.

## **2. PRUEBAS BIOLÓGICAS, A.D.N.**

¿Qué sucede cuando los padres no están presentes para la realización de este tipo de pruebas? En este sentido, la asociación civil Abuelas de Plaza de Mayo ha contribuido al trabajo de averiguar si existía algún método específico para determinar la filiación de un niño en ausencia de sus padres. En EEUU, el Dr. Fred Allen del Blood Center de New York y la Asociación Americana para el Avance de la Ciencia de Washington posibilitaron la realización de esos estudios, desde que encontraron un método que permite llegar a un porcentaje del 99,9 % de probabilidad mediante análisis específicos de sangre. Brindaron valioso aporte la Dra. Mary Claire King y el Dr. Cristian Orrego de la Universidad de Berkeley de Estados Unidos. El resultado de ese estudio fue denominado, no casualmente, Índice de Abuelidad. El método consiste en la Investigación de:

- 1.- Grupo Sanguíneo y RH
- 2.- Histocompatibilidad (HLA, A, B, C, DR)
- 3.- Investigación de Isoenzimas eritrocitarias
- 4.- Investigación de proteínas plasmáticas

Y en los últimos años, el método del Polimorfismo de ADN (Ácido Desoxirribonucleico) simplifica aún más la tarea de identificación.

Denominamos pruebas biológicas a las pericias científicas que se realizan sobre la base de muestras orgánicas del hombre, extraídas de seres vivos o muertos, que se elaboran a partir de la comparación de sus grupos o factores sanguíneos, del cotejo de sus principales caracteres morfológicos y fisiológicos transmisibles de generación en generación o mediante la confrontación de sus códigos o huellas genéticas, y cuya finalidad consiste en contribuir a la individualización o identificación de tales personas físicas.

Así constituyen ejemplos paradigmáticos de pruebas biológicas las pericias que, practicadas sobre la base de muestras de sangre, saliva, sudor, lagrimas, semen, cabello

u otro tejido humano, permiten acreditar el nexo biológico entre dos personas, supóngase en el marco de un proceso de filiación, o determinar la autoría de una violación u otro ilícito, pensando en el esquema de un proceso penal (Midón, 2005, p.30).

Las pruebas Biológicas poseen rasgos singulares que le atribuyen propia identidad:

- a) Como las pericias en general, los exámenes biológicos constituyen un medio indirecto de prueba, en tanto el juez no accede al material de conocimiento sino a través de la percepción, verificación y opinión del experto (E. de Midón, 1999, p.446).
- b) Las pericias biológicas integran la especie de las llamadas “estadísticas” por cuanto sus métodos de resolución funcionan al amparo de las matemáticas, introduciendo los hallazgos de laboratorio a través de números, fracciones, índices y porcentajes<sup>4</sup>.
- c) Las pericias biológicas se elaboran sobre la base de muestra de tejidos o fluidos corporales del hombre: sangre, saliva, semen, pelos, uñas, orina, sudor, lágrimas, descamaciones de la piel (caspa), pulpa dental. Estas muestras pueden ser extraídas de seres vivos o muertos incluso halladas en ciertos lugares u objetos.
- d) El propósito fundamental que inspira la producción de las pericias biológicas radica en contribuir a la individualización de personas físicas. Así en procesos de filiación, su objeto será determinar positiva o negativamente la existencia de un nexo biológico entre dos sujetos, identificando o excluyendo a la persona del demandado como progenitor del demandante. En procesos penales esa finalidad individualizadora tendrá amplios contornos dependiendo del caso concreto y del hecho investigado.
- e) Las pericias biológicas solo pueden realizarse mediante la intervención o colaboración de algún sujeto, se trate de las partes o bien de un tercero ajeno a la relación procesal. Piénsese por caso en la prueba hematológica de histocompatibilidad o de ADN: de no consentirse por el individuo la extracción de una muestra de sangre, saliva el examen no podría concretarse.

---

<sup>4</sup> Juzgado nacional de primera instancia civil nº 85, 22/02/95, ED 163-77

- f) Los exámenes biológicos, como las pericias en general, únicamente son admisibles cuando para la apreciación de un hecho controvertido y conducente fuese menester contar con las actitudes técnicas que proporcionan determinadas disciplinas, ajenas a los estudios jurídicos (Arazi, 1988, p.379). Tarea que recae en manos de expertos. Así la responsabilidad de producir tales operaciones recaerá en laboratorios confiables, provistos de profesionales idóneos (inmunogenetistas, bioquímicos especializados), que reúnan las condiciones ambientales y de seguridad.
- g) Las pericias biológicas, las que constituyen actualmente el centro de atención científica: ADN, arrojan conclusiones con un altísimo grado de probabilidad en ocasiones inmediato a la certeza absoluta, alcanzando una factibilidad del 99,9971%. Convirtiendo a la moderna pericia en evidencia fundamental para la justa composición del pleito.

El A.D.N. es una larga molécula que forma una doble hélice y es el material encargado de almacenar y transmitir la información genética. Representa una especie de “documento biológico” que nos identifica como seres únicos (a excepción de los gemelos univitelinos). La propiedad biológica genética es estable, objetiva y perfecta. Restrictiva en toda definición de identidad. Por su parte, el fenotipo es el conjunto de caracteres que permiten reconocer a un individuo, que se refiere tanto a los caracteres morfológicos (proteínas, grupos sanguíneos, etc) como a los fisiológicos o a los del comportamiento. Se llama genotipo a la información genética que codifica para un determinado fenotipo. Para determinar el índice de paternidad es necesario saber con qué frecuencia se da el fenotipo, expresión visible de las combinaciones de genes de los haplotipos en la población.

### **3. EL IMPUTADO COMO OBJETO DE PRUEBA, INTERVENCIONES CORPORALES**

El grueso de la jurisprudencia avala la extracción compulsiva de sangre al imputado, en base a una doble argumentación: a) la garantía del artículo 18 de la Ley Fundamental, sólo se refiere a las manifestaciones verbales que se obtengan a través de la coacción física o moral del imputado; b) ella se refiere sólo al imputado como sujeto de prueba (es decir en lo que atañe a su declaración) pero no abarca la situación del

imputado requerido como objeto de prueba, puesto que en este aspecto, la extracción del fluido es simplemente un secuestro.

Sintetizando, las posiciones enfrentadas del siguiente modo: a) quienes impugnan su legitimidad constitucional, sostienen que la negativa del imputado, se encuentra amparada por la garantía constitucional que prescribe la autoincriminación forzada; b) de adverso, los que sostienen su valor, lo hacen por un doble argumento: 1) la extracción de sangre u otros fluidos corporales secretados por el cuerpo humano es simplemente un secuestro, y más allá de las sencillas formalidades que tal diligencia requiere en general, no existe ningún otro impedimento que obste a su realización y 2) cuando se trate de ese tipo de medidas, al igual que en una extracción de placas fotográficas o de huellas dactilares o de reconocimientos médicos, el imputado se transforma en un objeto de prueba, abandonando su rol de sujeto de prueba, y en tanto se respete la integridad corporal y sea objeto de mínimas intervenciones generadoras de simples molestias, no habría afectación de la garantía que protege contra la autoincriminación, ni contra la intimidad del ser humano y por ende contra su dignidad.

## CAPITULO II

El tema planteado a resolver es si es posible extraer sangre del cuerpo de una persona, en forma compulsiva cuando esta se niega. Existen diversas posiciones:

### 1. TESIS QUE RECHAZAN LAS PRÁCTICAS COMPULSIVAS

Los que apoyan esta tesis se pronuncian por sostener la negativa respecto a la posibilidad de extraer sangre contra la voluntad de un sujeto.

Consideran que importantes derechos pueden estar siendo vulnerados, así también garantías Constitucionales como la defensa en juicio, el debido proceso, el derecho a la vida, a la integridad física, a la salud, a la libre determinación, a la intimidad, a derechos personalísimos, pues afirman que se ejerce cierto grado de violencia sobre el cuerpo e impide su disponibilidad (Ferreyra De De la Rúa y Bella, 2007, p.505).

Analizaremos algunos de estos argumentos:

#### 1.1. LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS

Los derechos personalísimos son las prerrogativas de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles erga omnes, que corresponden a toda persona por su condición de tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte, y de la que no puede ser privada por la acción del Estado ni de otros particulares. En esta categoría quedan comprendidos el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y el derecho a la disposición del cadáver, que son los que hacen a la persona física. También están comprendidos los derechos al honor, a la identidad personal, a la intimidad, y el derecho a la imagen, como tutelares de la personalidad espiritual. También deberíamos incluir el derecho a la libertad.

Los derechos que se ven comprometidos en este tipo de procesos donde se investigan delitos relacionados con la desaparición forzada de personas en la época comprendida entre 1976 y 1983, son el derecho a la identidad, el derecho a la intimidad y el derecho a la integridad física.

### **1.1.1. Derecho a la intimidad:**

El derecho a la **intimidad**, consagrado en forma genérica por el artículo 19 de la Constitución Nacional, ha sido definido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como aquel que “protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad<sup>5</sup>.”

Más que referirnos a un derecho deberíamos precisar el término a la libertad de intimidad que se proyecta en la facultad de la persona para disponer de un ámbito de inmunidad para sus acciones privadas que permite sustraer ellas a la injerencia del Estado y de los terceros estando exenta de la autoridad de los magistrados.

Es oportuno considerar que la libertad es el ser auténtico del hombre, que el derecho puede aspirar a facilitarle, pero no a imponérselo, por cuanto lo destruiría irremisiblemente. La decisión corresponde a la conciencia, no al Derecho Penal, que sólo puede intentar garantizar la expresión externa de tal decisión (Zaffaroni, 1987).

Es posible distinguir dos aspectos: la intimidad corporal, ligada al pudor y al recato, y la intimidad personal, entendida como el ámbito propio y de reserva frente a la acción y conocimiento de los demás.

La dignidad y el valor de la persona humana ocupan un valor prioritario y central, dicha dignidad exige que se respeten las decisiones personales, el propio plan o proyecto de vida que cada uno elige para sí, en la medida en que no afecte a terceros o al bien común; la intimidad y privacidad es un aditamento de la dignidad, de manera que, en nuestra filosofía constitucional, el principio de autonomía personal se halla unido indisolublemente a la dignidad.

En virtud de lo expuesto, la adopción de una resolución contraria a la voluntad de una persona adulta, expresada con pleno discernimiento, contradice gravemente el art. 19 de la Constitución Nacional, en cuanto al respeto de la dignidad inherente al ser humano, de la esfera de la privacidad de la persona y del proyecto personal de vida de la recurrente, que en modo alguno encuentra justificación.

---

<sup>5</sup> CSJN Fallos 306:1892, 314:1531, voto del Dr. Boggiano

### **1.1.1.1. Afectación de derechos personalísimos de posibles víctimas**

De este modo, el derecho a la intimidad opera como límite a las medidas de prueba dispuestas en procesos donde se pretende determinar el origen biológico de una persona mayor de edad que no tiene voluntad de conocer. Al respecto, los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni en el fallo “Gualtieri Rugnone de Prieto, E.”, han expresado 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”.

Ante estos casos que se analizaran en el presente trabajo se produce la colisión de derechos, las inspecciones sobre partes íntimas del cuerpo de la víctima en búsqueda de una verdad impuesta constituyen de por sí una lesión al derecho de intimidad que tiene toda persona y configuran por sí solas una violación del derecho a la integridad física y una conducta que ofende a la conciencia y al honor de quien es sometido a dicha práctica. En consecuencia, no hay una razón plausible para sacrificar la elección personal en pos de salvaguardar la identidad biológica.

### **1.1.2. Derecho a la Integridad**

Otro de los derechos constitucionales que pueden verse lesionados ante una medida de prueba dispuesta de modo compulsivo sobre el cuerpo de la presunta víctima del delito que se investiga es el derecho a la integridad física.

Así nuestros tribunales han interpretado que resultan cuestionables, por vulnerar el derecho constitucional a la integridad personal, todas las medidas coercitivas que suponen una intromisión, bien en las funciones físicas de una persona o en su psiquis, practicadas en contra de su voluntad, por cuanto aquel derecho en determinados supuestos prima sobre cualquier investigación penal que haya de realizarse, máxime cuando las medidas recaen sobre el sujeto pasivo del delito investigado.

En este orden de ideas, no existe respaldo legal que legitime medidas de prueba que presupongan ejercer cierto grado de violencia –por mínimo que sea- sobre el cuerpo

de la presunta víctima –sea ésta menor de edad o no-, pues de lo contrario el Estado estaría invadiendo su esfera íntima, restringiendo su voluntad al impedirle disponer de su propio cuerpo y lesionando su integridad física.

A nuestro entender el argumento decisivo de quienes comparten este temperamento de preservar la dignidad humana , la intimidad y la intangibilidad corporal, derechos fundamentales todos, expresamente consagrados por la Constitución y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos de igual jerarquía (Constitución Nacional, art. 75, inciso 22), se verían seriamente resentidos de admitirse la practica compulsiva de las pericias en cuestión.

### **1.1.3. Derecho a la Identidad:**

La identidad sin duda uno de los derechos personalísimos más importantes para el ser humano. Difícil de definir dado que implica condicionamientos biológicos, sociales, ideológicos, religiosos, entre los cuales el biológico es determinante, la genética lo describe en los avances increíbles que ha tenido desde hace muy poco tiempo.

Desde el punto de vista del Derecho, hace relativamente pocos años que se cuenta con normas expresas que lo consagren, y ello es así porque el Derecho, como toda ciencia social, refleja las necesidades de la sociedad en su conjunto, el momento histórico que permite el desarrollo necesario de un derecho que culmina en materialización como norma vigente.

Podríamos convenir que el contenido del derecho a la identidad se refiere al origen genético biológico de una persona y su patrimonio cultural de la personalidad y el consiguiente desarrollo, el derecho a la identidad, como enseña Bidart Campos, es un derecho personalísimo cuyo titular obviamente es la persona la cual elegirá su forma de vida respetándose la opción de cada uno al reconocimiento en su singularidad e identidad consigo mismo, en consecuencia la construcción de esa identidad es propia de la persona y a ella concierne<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> [www.diariojudicial.com/contenidos/2009/11/26noticia\\_0001.html](http://www.diariojudicial.com/contenidos/2009/11/26noticia_0001.html)

En tal sentido, Cifuentes ha expresado que la naturaleza jurídica de la identidad es profunda, conformando uno de los presupuestos del concepto jurídico de persona<sup>7</sup>. Esta personalidad jurídica halla reconocimiento constitucional en el art. XVII de la Declaración Americana de Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones y a gozar de los derechos civiles fundamentales"; en el artículo 6, de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica"; en el artículo 3 del Pacto de San José de Costa Rica entre otros: "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica". En estos supuestos en que se plantea una disparidad entre la "identidad biológica" y la "identidad social" de una persona, cobra relevancia el derecho de ésta a conocer o no su verdadero origen.

El terrorismo de Estado implementado en Argentina, que con su accionar fue más allá de todos los límites que hacen al respeto de la condición humana, ideó entre todas la aberraciones que cometió, un plan sistemático de apropiación de menores, hijos de sus opositores políticos, que los llevó a convertirlos a ellos también en víctimas de desaparición forzada, desde su nacimiento o desde su más temprana edad cuando los hacían "desaparecer" junto a sus padres.

En los inicios de la lucha por recuperar a los hijos de los detenidos desaparecidos, las Abuelas de Plaza de Mayo se encontraron con problemas concretos a superar: había que identificar al menor que suponían apropiado, había que probar que ese era el que buscaban y, además, había que recurrir a todo el sustento jurídico posible para devolverles su identidad biológica y su historia personal. Tuvieron que recurrir al auxilio de la genética, de la psicología, de la investigación de cada caso y del derecho.

En el ámbito de la genética, Abuelas logró la Ley 23.511 de Creación del Banco Nacional de Datos Genéticos. B.N.D.G. donde se puede establecer, hoy con una certeza total, que el menor analizado pertenece al núcleo familiar que lo está buscando.

En el ámbito del Derecho, se recurre en los inicios al art. 33 de la Constitución Nacional, que protege los derechos implícitos, donde se ubica indudablemente el derecho a la identidad.

---

<sup>7</sup> (Cifuentes, S., 2001) "El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido", LL, 2001-C-759.

Asimismo, como la victimización de los menores se "localizó" de dos formas: a) anotados como hijos propios o b) adoptados con adopción plena, se aplica el Derecho Penal, que penaliza los delitos de sustracción, retención y ocultamiento de un menor de diez años; la supresión del Estado civil, es decir la identidad y la falsificación de documentos públicos, para luego iniciar la nulidad absoluta de las adopciones plenas de los hijos de detenidos desaparecidos. El sustento jurídico que se alega fue que las adopciones fueron hechas en fraude a la ley vigente entonces<sup>8</sup> dado que los menores víctimas de desaparición forzada no eran menores que reunieran los requisitos que la propia Ley exigía en sus arts. 11, 16 y c.c.; es decir, no eran menores abandonados, entregados voluntariamente al Estado, ni que estuvieran en grave peligro, eran menores sustraídos a sus padres sometidos a condiciones infrahumanas.-

En esos primeros tiempos la lucha fue durísima, dado que el tema de los desaparecidos era como que de eso no se habla. En el Poder Judicial fueron pocos los jueces que comprendieron el drama de las víctimas y las graves lesiones a los derechos humanos más elementales y que comenzaron a actuar en consecuencia; el camino estuvo lleno de avances y retrocesos en las causas donde se reclamaba un menor.

Había que lograr una norma que garantizara indubitablemente el derecho a la identidad de los menores víctimas de desaparición forzada y es allí donde las Abuelas se sumaron al proyecto de<sup>9</sup> 1989, y fue tanto el empeño que a los arts. 7 y 8 de la Convención internacionalmente los llaman los artículos argentinos.

En ellos se establece que: "Artículo 7:

1- El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2- Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8:

---

<sup>8</sup> (Ley de adopción 19.134 derogada)

<sup>9</sup> Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2- Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad".

La convención fue ratificada en nuestro país por la Ley 23.849 y tiene actualmente rango constitucional (art. 75, inc. 22 de la C. N.). La identidad es un derecho inalienable de todo ser humano, dado que como dicen voces autorizadas desde el ámbito psicológico: "nadie puede vivir sin saber quién es".

"La identidad es un proceso mediante el cual la persona va elaborando a lo largo de una historia, una caracterización de sí misma que no deja de reconsiderar mientras vive" (Carlos Pereda, 1994).

La identidad personal ha sido caracterizada como el derecho de cada uno de ser "uno mismo", de ser distinto de otro, sobre la base de sus propios atributos y cualidades personales. Se trata de un término complejo que abarca numerosos factores interrelacionados, los que han sido reunidos en la dualidad conceptual que distingue entre "identidad estática" (abarcativa de todo lo concerniente a la realidad biológica del sujeto, sus caracteres físicos y sus atributos de identificación, a saber: el nombre, la fecha de nacimiento, sus huellas digitales, la propia voz e imagen, en síntesis, todo lo que corresponde a los rasgos externos de la persona) y una "identidad dinámica", que recibe tal nombre en alusión a su constante movimiento y posibilidad de mutación y que viene dada por la proyección social de la persona, con una clara connotación cultural (englobándose allí las creencias, pensamientos, ideología, opiniones de la persona; se la define como la perspectiva histórico-existencial del ser, o también su "identidad espiritual" (Fernández Sessarego, 1992).

Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, la jurisprudencia había entendido comprendido al derecho a la identidad filiatoria en el artículo 33 de la Constitución Nacional, comprensivo del amplio catálogo de los llamados "derechos implícitos". A partir de la citada reforma se reconoció expresamente la jerarquía constitucional de este derecho al incorporarse la Convención sobre los Derechos del Niño al artículo 75, inciso 22, donde el artículo 8 de la misma establece la obligación de los Estados Parte de "respetar el derecho del niño a preservar su identidad".

Al definir el **derecho a la identidad**, existe una doble conceptualización, conforme a la cual se la divide en una faz estática y otra dinámica. Esta dualidad conceptual permite vislumbrar que la identidad se realiza no sólo desde un concepto biológico, sino, igualmente, desde un complejo sociológico y cultural, y ambas realidades pueden no siempre ser coincidentes. Así ocurre en los supuestos de adopción, en los supuestos de fecundación asistida con intervención de terceros, o cuando luego de un tiempo se descubre una paternidad o maternidad de origen diferente de la emplazada, configurándose una discordancia entre el vínculo filiatorio -que ha permanecido durante años y ha construido la "identidad social" de la persona- y el vínculo de origen, desconocido hasta entonces.

Por medio de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, luego de una jurisprudencia vacilante, en la causa “Vázquez Ferrá” el alto tribunal ha terminado por convalidar el derecho de toda víctima del delito de desaparición de personas a negarse a proporcionar a la justicia su propio cuerpo para determinar, a través de los test genéticos de ADN, si su identidad ha sido violada por los presuntos imputados en la causa, generalmente quienes en los documentos figuran como sus padres.

Ante estas situaciones, se plantea un conflicto de intereses entre el derecho a la identidad y el derecho a la intimidad, donde debe decidirse la prevalencia de uno sobre otro. Del mismo modo que existe derecho a saber, hay un derecho a no saber, se plantea un conflicto. ¿Puede obligarse a quien ha sido víctima de un delito a seguir los pasos que la llevan a un conocimiento que no quiere adquirir?.

### **1.1.3.1. Derecho de los familiares de los desaparecidos:**

También debe valorarse el derecho de los familiares, en estos casos abuelas que tratan de reconstruir esos lazos familiares que les fueron ilegalmente arrebatados, al despojarlas de la posibilidad de conocer y criar a quienes serían sus nietos biológicos, tales lazos fueron quebrados por el terrorismo de estado.

## **2. TESIS QUE ADMITEN LA COMPULSION**

Los que sostienen la tesis positiva el argumento de mayor entidad es que la negativa a someterse al examen pericial biológico es una actitud que vulnera el Derecho a la Identidad de jerarquía Constitucional (arts. 33°, 22° y 23°, 75° inciso 22 C.N). Digno de respeto y consideración en el ámbito judicial, ello es así ya que se vincula directamente con la realidad biológica de un sujeto y se frustra el derecho que tiene toda persona a conocer acabadamente su identidad genética y a ser emplazado en el estado de familia (Ferreyra De De la Rúa y Bella, 2007, p.505).

## **3. PRACTICA COMPULSIVA EN PROCESOS PENALES**

### **3.1. PRESUPUESTOS SUSTANCIALES DE LEGITIMACION**

La corte ha seguido por principio, aunque rigurosamente aplicado a procesos penales, que a través de la realización de la prueba biológica no se observa afectación a derechos fundamentales como la vida, la salud o la integridad corporal, por que la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen. Por no constituir la prueba biológica una practica humillante, la intromisión en el cuerpo que la medida dispuesta importa se encuentra justificada por la propia ley ya que en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio<sup>10</sup>.

La Corte en cuanto a la admisibilidad de la pericia biológica practicada contra la voluntad del **imputado** ha seguido el principio que lo prohibido por la ley fundamental es compeler física y moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones y expresiones que debieran provenir de su libre voluntad; pero ello no incluye los casos en que se prescinde de esa voluntad en que la evidencia es de índole material.

---

<sup>10</sup> CSJN, fallos 318:2518,04-12-95

Tanto la cuestión referente a la adopción de medidas compulsivas para los procesados, así como el alcance que debe darse a ese tipo de disposiciones judiciales, han sido considerados por la Corte al puntualizar la prohibición de la autoincriminación del art. 18 de la C.N se refiere a las comunicaciones o expresiones que provienen de la propia voluntad del imputado<sup>11</sup>.

En síntesis 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.

Que por consiguiente, **el acusado, los terceros y la misma víctima** se encuentran en paridad de condiciones frente a los métodos que el juez penal crea necesario para la dilucidación de la verdad siempre que ellos no encuentren limitación en otras cláusulas de rango constitucional.

Por consiguiente, la extracción de una muestra de sangre de la recurrente es meramente un procedimiento de obtención de una prueba en este tipo de procesos y no puede asimilarse en medida alguna a una declaración, ni importa una comunicación autoincriminatoria cuando la recurrente es supuestamente la **supuesta víctima** del delito de sustracción de menores (art.146º, código penal) (CSJN, 30/09/03, “Vazquez Ferra, Evelin k. S/ incidente de apelación”, JA 203-IV-436, del voto en disidencia del Dr. Maqueda).

No obstante, si bien para la Corte la realización de las pruebas biológicas no demanda el consentimiento del imputado ni de la víctima, que en estos casos se convierten en “objeto de prueba”, la posibilidad de realizar estas intervenciones en forma coactiva no exime al juez de motivar su decisión y que sean practicadas en todo caso por un perito o médico (Midón, 2005).

Así, se entiende que siempre que se requiera realizar una intervención corporal deben concurrir presupuestos sustanciales de legitimación, ellos son:

- a) **Utilidad de la medida dentro del proceso concreto**, es decir que se espere de ella un resultado provechoso para la causa de que se trate.
- b) **Existencia de indicios comprobados contra el acusado**, que justifiquen la intervención corporal. Lo central es entender que se esta ante decisiones que proceden solo en caso que se tengan sospechas fundadas de que correspondan llevarlas a cabo en el caso concreto y respecto de la persona

---

<sup>11</sup> CSJN, Fallos, 255:18 y sus citas; 318:2518, considerando 9º

concreta. Vale decir que no se puede andar extrayendo sangre a cualquiera y porque si. Es necesario que en el caso concreto se tengan razones para pensar que un determinado imputado esta conectado a un delito, y que la inspección corporal de que se trate ayudara al esclarecimiento de los hechos (Rojas y García, 1991, p. 183).

**c) Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad**

Cuando se dio comienzo a las investigaciones de las adopciones de los niños sustraídos de sus padres desaparecidos y se empiezan a encontrar los primeros nietos, para las cuales fue necesario contar con equipos técnicos: abogados, psicólogos, médicos especialistas; con lo que se buscaba hallar normas jurídicas y psicológicas para un hecho tan nuevo e insólito como era la apropiación y no la adopción de niños, para poder luchar por su restitución.

Por ello los jueces nacionales formaban sus sentencias o silogismos tratando el tema de la obtención de pruebas sobre el cuerpo del acusado, en los casos que no preste su consentimiento sobre los criterios que imperaban en la poca Jurisprudencia Nacional y en la legislación y Jurisprudencia extranjera. En la Jurisprudencia Nacional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina existen escasos precedentes y de los más variados criterios(los que serán analizados seguidamente), por lo cual en la materia se acude al derecho comparado. (Rojas y García, 1994).

En este sentido haciendo referencia a la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos quien relaciona a la extracción coactiva de fluidos corporales o al cuerpo como objeto de prueba, relaciona a tres garantías: 1) Debido proceso legal: el criterio axial de la corte lo constituye la Razonabilidad de la medida, 2) La no autoincriminación: la prohibición de compeler a un hombre a declarar contra si mismo en un proceso penal prohíbe el uso de la fuerza física o moral para obtener su declaración pero no excluye a su cuerpo como evidencia cuando sea de tipo material y 3) La producción de registros o secuestros irrazonables: en esta garantía el máximo tribunal utiliza como criterio de ponderación de la medida tanto la Razonabilidad respecto del medio empleado para obtener la prueba, como con la protección personal del imputado . Esto es dable trasladarlo a la Argentina donde la Corte ha aplicado en reiteradas oportunidades la **Razonabilidad** como principio general de derecho y conforme al caso concreto debe resolver. Entonces, si la restricción del derecho es razonable no hay violación del debido proceso legal.

En relación a la inspección corporal el derecho Germano sostiene que el cuerpo del imputado puede ser objeto de una inspección ocular describiendo las reglas generales para la practica de intervenciones corporales, añadiendo que el tribunal Constitucional Federal ha admitido intervenciones especialmente peligrosas, como por ejemplo el diagnostico de fluidos por medio de extracción de líquidos del cerebro y medula, siempre que sean llevado a cabo por medico especialista con sujeción al principio de **proporcionalidad**, solo bajo una fuerte presunción de comisión del hecho y si se trata de un delito merecedor de un grave reproche penal siguiendo a Rojas y García.

Las medidas coercitivas en el marco de un proceso penal en la Argentina deben ser evaluadas respetando y adecuándose al principio de **Proporcionalidad**: hay una leve afectación de los derechos a la intimidad e integridad física y psíquica de los sujetos a examinar.

a) que sea **idónea** (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legitimo perseguido con ella, esto es que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal: la extracción de sangre es una diligencia segura de acuerdo con los métodos ordinarios de la ciencia medica y porque el examen de ADN es el adecuado para la determinación de la filiación en los términos de la ley 23.511.

b) **que sea necesaria o imprescindible para ello**, esto es que no existan otras medidas menos gravosas que sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad sean igualmente aptas para conseguir dicho fin.

c) **que aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos**, hay una leve afectación de los derechos a la intimidad e integridad física y psíquica de los sujetos a examinar, es por ello que su legitimación jurídica como una medida de defensa social necesaria depende de que la proporcionalidad entre objeto y medio sea observada en este caso con especial cautela.

Esto significa que el límite entre las afectaciones necesarias en post de la clarificación en la investigación de los delitos y las intervenciones toleradas de los derechos de la personalidad debe ser establecido cuidadosamente.

Algunos de los autores que rechazan la práctica compulsiva de pruebas biológicas en los procesos penales son:

-Cassani objeto la discriminación de que implica violar el derecho subjetivo a la integridad corporal e invade el espacio de libertad del individuo. También Gozaini, la obtención de la prueba no puede ser coactiva de lo contrario llevaría contradicción al derecho de defensa.

- En la doctrina Constitucional Ekmekdjian descalifica la producción de las pruebas por ser violatorias de la prohibición de declarar contra si mismo (art.18 C.N).

-Carrió Alejandro critico acerca de que cual es la diferencia entre pedirle a un imputado que haga un cuerpo de escritura y que se le extraiga huellas digitales o muestras corporales.

Asimismo Bidart Campos es contrario a tales procedimientos lo que esta en juego es la intimidad personal, para descubrir hechos que el hombre no esta obligado a declarar (Midón, 2005, p.128).

### CAPITULO III

#### MARCO NORMATIVO ARGENTINO

La evolución de la ciencia y técnica incide en el derecho y encuentra su correlato en las leyes.

**1. La ley N° 23264:** En el ámbito de derecho de familia es el primer instrumento legal incorporada al Código Civil que introduce cambios de trascendencia en aspectos que refieren a la legitimación, prueba y poderes de los jueces a la hora de determinar la filiación autorizando la posibilidad de ordenar pruebas biológicas de oficio (art. 253). Estas modificaciones no son meras reglas procesales, sino que se vinculan al derecho a la identidad, cuestión acentuada entre nosotros por la terrible realidad de los hijos de desaparecidos sustraídos. Este principio es propio del proceso familiar y procura el logro de la verdad jurídica objetiva con un plus que refiere a la verdad biológica que se concreta por los cambios importantes señalados en la legislación de fondo.

A decir de la Dra. Ferreyra De De la Rúa el cambio obedece, en primer lugar al reconocimiento del derecho a la identidad (arts.19° y 33° C.N); en segundo lugar, porque se considera que el estado civil es determinante en el emplazamiento de la persona dentro de la familia y un atributo que hace a su calidad esencial, toda comunidad necesita conocer la realidad biológica de las personas.

Así por una parte se autoriza al juez para ordenar de oficio pruebas biológicas; por la otra se le asigna valor a la negativa del afectado a someterse a ellas. Esta actitud es considerada inicialmente como indicio contrario al renuente se valoriza por la vigencia de la regla en la tarea de los tribunales. Pero, en el momento actual, se da valor probatorio pleno a la negativa y por otra parte se genera en los tribunales la tendencia de admitir la extracción compulsiva de sangre. Cabe señalar en este aspecto lo resuelto por la Comisión de Jóvenes del XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal arribó a la conclusión de que *“la extracción compulsiva de material genético debe ser receptada legislativamente no sólo en los procesos penales sino también en los civiles de filiación. En estos casos debe prevalecer el interés superior del niño a conocer su identidad consagrado constitucionalmente por la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño”*<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> [http://www.aadproc.org.ar/pdfs/Ponencias/Proceso\\_de\\_Familia\\_delaRua.pdf](http://www.aadproc.org.ar/pdfs/Ponencias/Proceso_de_Familia_delaRua.pdf)

**2. La ley N° 23.511:** Banco Nacional de Datos Genéticos, temas que incluye banco de datos genéticos-determinación de la Filiación, Prueba de histocompatibilidad, prueba hematológica y prueba de filiación; su art. 1° Crea el Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG) a fin de obtener y almacenar genética que facilite la determinación y esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación. El BNDG funcionará en el Servicio de Inmunología del Hospital Carlos A. Durand, dependiente de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, bajo la responsabilidad y dirección técnica del jefe de dicha unidad y presentará sus servicios en forma gratuita, es un organismo autónomo y autárquico<sup>13</sup> y en lo que respecta a la extracción de sangre en su art.3 dice: “Los familiares de niños desaparecidos o presuntamente nacidos en cautiverio que residan en el exterior y deseen registrar sus datos en el BNDG, podrá recurrir para la práctica de los estudios pertinentes a las instituciones que se conozcan a ese efecto en el decreto reglamentario. La muestra de sangre deberá extraerse en presencia del Cónsul Argentino quien certificará la identidad de quienes se sometan al análisis. Los resultados debidamente certificados por el Consulado Argentino, serán remitidos al BNDG para su registro. Según esta ley la medida no se dispone compulsivamente por la jurisdicción”.<sup>14</sup>

En su parte pertinente dispone: “Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia, la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente” (art. 4°). Esta ley fue impulsada por las abuelas de plaza de mayo teniendo en cuenta el momento en que se dictó ya que se trataba de dar solución a las cuestiones vinculadas con los niños de hijos de desaparecidos en época de la dictadura militar (Ferreyra De De la Rúa y Bella, 2007, p.499). En la actualidad resulta insuficiente para dar respuestas a las “acciones de estado” en el Derecho de familia, ya que se necesitan otros elementos de prueba para que una sentencia pueda fundarse.

---

<sup>13</sup> Ley Nacional N° 23.511, art. 1, Boletín Oficial 10-07-87

<sup>14</sup> Ley Nacional N° 23.511, art. 3

**3. La Ley N° 26.548:** El Banco Nacional de Datos Genéticos en el año 2009 pasó a funcionar bajo la jurisdicción del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva, a partir de la sanción de la Ley 26548.<sup>15</sup>

Sus objetivos (conforme lo establecido en su artículo 2º) se basan en: garantizar la obtención, almacenamiento y análisis de la información genética para el esclarecimiento de delitos de lesa humanidad que se hayan iniciado en el ámbito del Estado Nacional hasta el 10 de diciembre de 1983, y permitir: a) La búsqueda e identificación de hijos y/o hijas de personas desaparecidas, que hubiesen sido secuestrados junto a sus padres o hubiesen nacido durante el cautiverio de sus madres; b) Auxiliar a la justicia y/o a organizaciones gubernamentales y no gubernamentales especializadas en la materia objeto de esta ley en la identificación genética de los restos de personas víctimas de desaparición forzada.

O sea, favorecer la búsqueda e identificación de hijos o hijas desaparecidas e identificación de los restos de personas víctimas de desaparición forzada.

**4. La Ley N° 26.549:** Incorpora el artículo 218 bis al Código Procesal Penal de la Nación. La Cámara de Senadores convirtió en ley la iniciativa del Poder Ejecutivo que permite la obtención compulsiva del Acido Desoxirribonucleico (ADN) en los casos de apropiación de niños de la pasada dictadura militar.

En los fundamentos del proyecto, se sostiene que el Estado tiene “el deber jurídico de prevenir razonablemente las violaciones a los derechos humanos a fin de identificar a los responsables de imponerles sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”.

La iniciativa es parte de los compromisos anunciados por el Estado argentino y refrendadas en una “solución amistosa” ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La norma establece que un “juez podrá ordenar la obtención de ADN del imputado o de otra persona, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación serán admisibles mínimas extracciones de sangre, saliva, piel y cabello u otras muestras biológicas”

---

<sup>15</sup> Ley Nacional N° 26.548, boletín oficial 27-11-09

Este artículo también determina que la extracción “será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su género y cualquier otra circunstancia en particular”.

En primer lugar, la sanción de Diputados exige que la resolución que ordene la obtención del ADN exprese, bajo penal de nulidad, los motivos que justifiquen su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto (218 bis, primer párrafo). Es decir, en caso de que el juez no explique por qué la medida es necesaria, razonable y proporcionada para el caso particular, la resolución que la ordene no tendrá validez y la medida no podrá ser practicada hasta tanto no se dicte una resolución debidamente fundada. Este requisito limita la discrecionalidad del juez, quien sólo podrá ordenar la obtención de ADN cuando existan motivos suficientes para hacerlo.

Dispone que en caso la víctima se oponga a la extracción de una muestra de ADN, el juez “procederá” al secuestro de objetos, en las condiciones del párrafo cuarto. Y no permite al juez ordenar la realización de la prueba de ADN si la víctima se opone y si se cumplen las condiciones del párrafo cuarto.

Asimismo, expresa que “si el juez estimare conveniente, podrá ordenar la obtención de ADN, por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan ya desprendidas del cuerpo, para la cual podrá ordenar el registro domiciliario o la requisita personal”.

De acuerdo con información suministrada por organismos de derechos humanos, la sanción de la ley que autoriza la recolección de ADN por métodos no invasivos impactará positivamente a corto o mediano plazo en el desarrollo de alrededor de 60 procesos relacionados con la restitución de la identidad a hijos de desaparecidos que fueron apropiados ilegalmente durante la última dictadura.

Ahora bien, no podemos dejar de señalar un aspecto de fundamental importancia que remite a un solo término y ese es “PODRÁ” (el juez podrá ordenar la obtención de ADN...)

Esto significa que, solo cuando el magistrado lo considere apropiado, aplicará la nueva ley pero como excepción y no como regla, evitando así un dispendio jurisdiccional e incluso situaciones que no justifiquen su empleo y que pueden resolverse, eventualmente, por otros medios.

## CAPITULO IV

### PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES NACIONALES.EVOLUCION

1. En el fallo “MULLER”, (Fallo. 313:1113, 1990) Este leading case denegó la posibilidad de extracción compulsiva de sangre para pruebas hematológicas a un menor de edad que había sido adoptado plenamente. Los padres adoptivos habían expresado su negativa a realizar dichas pruebas y la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó el fallo del juez de primera instancia que hacía lugar al pedido de extracción obligatoria, en el contexto de una causa en la que se investigaba la supuesta falsedad ideológica del certificado de nacimiento del menor que constituía el fundamento de la reclamación de filiación que pretendía su supuesto abuelo biológico contra los padres adoptivos.

En este caso se investigaba la falsedad de un certificado de nacimiento que el abuelo de un hijo de desaparecidos había aportado a la causa. Esta persona declaró que antes de la desaparición de su hija con la que no tenía relación, esta le envió unas fotografías de su nieto nacido en julio de 1976 y su documento de identidad. El Juez de la causa requirió el certificado medico de nacimiento que dio origen a ese documento de identidad, y de los testimonios del director de la clínica y del medico que figuraba como firmante de ese certificado surgió que el mismo era falso. El Sr. Tortrino que era el apellido del denunciante abuelo, declaró, en base a una serie de suposiciones que el menor podría ser su nieto nacido en julio del 76, pero sin aportar ninguna prueba al respecto ni querellar a sus padres adoptivos.

El niño había sido hallado en la vía pública a fines de marzo del 77, atribuyéndole los médicos que lo atendieron seis meses de edad. Luego de pasar unos días en el hospital “Elizalde” (casa cuna), el Juez dispuso la entrega provisoria a los que serian luego sus padres adoptivos otorgándoseles la adopción plena en octubre de ese mismo año.

El juez de primera instancia y la Cámara hicieron lugar al pedido del denunciante de que se realizara una prueba de histocompatibilidad entre el menor y sus supuestos abuelos de sangre. Los padres adoptivos del niño se opusieron a esa medida y recurrieron a la Corte. Uno de los fundamentos en los que el padre adoptivo sustenta el recurso, radica en que la ejecución de la medida dispuesta “importaría exponer al niño a daños psicológicos, compeliéndolo a someterse a una prueba en contra de su voluntad y generando en él una situación altamente de ansiedad y de importantes consecuencias para su equilibrio emocional”.

El máximo Tribunal revoco la decisión de la cámara con fundamento en que el menor no era el imputado ni la víctima en la causa y no se hubiera demostrado que la medida fuera conducente al objeto de la investigación (tal era la falsedad del certificado medico de nacimiento que obraba en la causa). En otras palabras solo había indicios mas allá de que el denunciante sospechaba y sugería que el niño era al que se refería el certificado de nacimiento cuya falsedad se investigaba. Agrego también que el “instituto” de la adopción plena impedía toda averiguación sobre el vinculo de sangre del adoptado, conforme la prohibición que se hallaba en art.19 ley 19.134(derogada ya citada).

Entre otros argumentos, la Corte afirmó que “una extracción compulsiva de sangre, presupone ejercer cierto grado de violencia –por mínima que sea- sobre el cuerpo. Lo que de por sí invade la esfera íntima, restringe la libertad en cuanto más tiene ella de esencial –eso es, la disponibilidad del propio cuerpo- y comporta la lesión a la integridad física del niño, bien jurídico este último que es susceptible en sí mismo de tutela”

Este fallo el Alto Tribunal tuvo en cuenta el carácter de no imputado, ni víctima del menor, “...resulta necesario destacar que la cuestionada diligencia importa someter a un menor de edad que no es víctima del hecho de esta causa, y a quien no se imputa acto antijurídico alguno, a una extracción compulsiva de sangre...”

El voto de la mayoría afirmó que “someter a un menor de edad, que no es víctima del hecho de la causa, y al que no se le imputa acto antijurídico alguno, a una extracción compulsiva de sangre, vale decir, a una prueba que presupone ejercer cierto grado de violencia, por mínima que sea, sobre su cuerpo, invade su esfera íntima, restringe su libertad en cuanto más tiene ella de esencial, esto es, la disponibilidad del propio cuerpo, y comporta una lesión a su integridad física”.

Asimismo, Petracchi y Fayt, en sendas disidencias –sin declarar inconstitucional el art.19 de la Ley 19.134–opinaron no era legitima la oposición de los padres adoptivos del niño, pues la “representación legal” que respecto de aquel ostentaban no los habilitan a tomar decisiones contrarias al interés del menor, como lo era el conocimiento de su identidad biológica.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> C.S.J.N, Muller, fallos: 313:1113, 13-11-1990

**2. BAHAMONDEZ, MARCELO**, (fallos: 316:479, 06-04-1993), en igual línea que Müller.- El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Los derechos de la personalidad son esenciales para ese respeto de la condición humana.” Agrega en ese mismo fallo que existe un señorío del hombre a su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad, sus creencias, es decir los que configuran su realidad integral y su personalidad, que se proyecta al plano jurídico como transferencia de la persona humana. Se trata, en definitiva, de los derechos esenciales de la persona humana, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre.<sup>17</sup>

Luego de Müller estaba claro que en los procesos penales la extracción de sangre como medidas de prueba sobre menores que no eran las víctimas del delito que se investigaba, debía, para que sea admisible ser claramente conducente al objeto del juicio; pero que daban algunas dudas. ¿Qué pasaría si el menor era la víctima del delito investigado y sus padres los imputados? La respuesta la dio la Corte en el caso **H**, que se analiza a continuación.

3. En la causa **H.G.S. Y OTRO** (F. 318:2518, 04/12/1995), se investigaba el delito comúnmente conocido como “tráfico de niños”, consistían en la separación de niños recién nacidos de sus padres biológicos y la entrega a terceros a cambio de una suma de dinero, con la consecuente supresión del estado civil y falsedad ideológica de documentos públicos. El teléfono del domicilio desde el cual se sospechaba se concertaban las ilícitas transacciones fue intervenido por la policía, arrojando la pesquisa que desde aquella línea se había llamado al número de teléfono correspondiente a los H. Citados a prestar declaración indagatoria, el matrimonio H se negó cualquier relación con los hechos investigados y sostuvo que su hija era fruto de su unión matrimonial.

La Corte confirmó la decisión que ordenaba la extracción de sangre de la menor y sus padres a fin de comprobar sus dichos, entendiendo que en esa causa si era

---

<sup>17</sup> C.S.J.N, Bahamondez, Marcelo, fallos: 316:479, 06-04-1993.

conducente la medida con el objeto del proceso. El menor si era la supuesta víctima del hecho que se investigaba y sus padres si estaban imputados en ese delito.

De este modo, ordenando el examen inmunogenético de histocompatibilidad sobre la niña, dejo sentado que dicha medida había sido dispuesta con el fin de establecer la veracidad de los dichos de “H.”, atinentes a que la menor era hija suya y que por esa razón como tal había sido anotada. La mayoría sostuvo que surge en forma indubitable que “el estudio ordenado guarda relación directa con el objeto procesal de la causa, es conducente para el esclarecimiento de los hechos y no excede los límites propios del proceso en que fue dispuesta”.

Confirma la validez constitucional de la medida –**extracción compulsiva de sangre**- pues entiende que no se afectan derechos fundamentales, como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, de la defensa de la sociedad y la persecución del crimen. Asimismo, agrega “por no constituir una práctica humillante o degradante, la intromisión en el cuerpo que la medida dispuesta importa, se encuentra justificada por la propia ley, pues en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia”.<sup>18</sup>

Argumento como base de la decisión que la perturbación a la integridad corporal era ínfima y que el estado debía velar por el derecho a la identidad del menor incapaz legalmente para decidir por sí. (arg. Arts. 7,8 y 9 de la Convención de los Derechos del niño). Por otra parte en relación a los padres imputados interpreto que la garantía Constitucional que prescribe que nadie esta obligado a declarar contra si mismo (art.18 C.N) no opera en los casos en que la prueba es de índole material.<sup>19</sup>

El caso “H” se diferenciaba del precedente “Müller”, en el que el menor *sí* era la supuesta víctima del hecho que se investigaba y sus padres *sí* estaban imputados de ese delito.

---

<sup>18</sup> C.S.J.N, H.G.S. Y OTRO, Fallos. 318:2518, 04/12/1995.

<sup>19</sup> C.S.J.N Cincotta, fallos 255:18, 1963)

4. En el fallo **Ferretton**, Carlos Hugo y otros s/recurso de casación. 8/09/03. La CNCP confirma el fallo de primera instancia por el que se ordena la extracción compulsiva de muestras sanguíneas es equiparable a sentencia definitiva por sus efectos, pues decide sobre derechos invocados por el recurrente de un modo que produce un agravio actual de imposible reparación ulterior. Menor -ya adulto-victima y mayores imputados, sustracción de menor y alteración de estado civil.<sup>20</sup>

5. En el Caso **Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/ incidente de apelación**. La Corte tuvo que resolver acerca de si la extracción compulsiva de sangre era procedente en un juicio penal. En la causa se investigaba la presunta sustracción de un menor de diez años a sus padres y su retención por parte del matrimonio imputado; la alteración del estado civil y la consiguiente falsedad ideológica del parto y nacimiento y del D.N.I. El fin de la investigación penal era establecer si la identidad de Evelyn había sido alterada, pero no cuál era su verdadera identidad. Los jueces argumentaron que como ella era una persona adulta, tenía derecho a negarse a conocerla, y que el reproche penal se dirigía a los Vázquez Ferrá, por haber alterado la identidad de una menor en el año 1977. Como esta conducta se había acreditado mediante la confesión de los acusados y con la prueba de la falsedad del acta de nacimiento, la culpabilidad de los imputados ya estaba probada y no se justificaba la realización de este estudio. Decisión de la Corte: El máximo tribunal determinó que la extracción de sangre no podía realizarse en contra de la voluntad de Evelyn. Los jueces estimaron que el objeto del proceso penal se circunscribía a dilucidar si el matrimonio Vázquez Ferrá había anotado a Evelyn indebidamente como hija propia suprimiendo su identidad, cualquiera que ésta fuera. Menor -ya adulto-victima y mayores imputados (confesos).

Se analizara la sentencia y sus implicaciones para la sociedad.

### **5.1. Hechos del caso**

El 18/06/1977 Susana Pegoraro fue secuestrada de su casa por fuerzas paramilitares y trasladada al centro de detención clandestina que funcionaba en la Escuela de Mecánica de la Armada en la Capital Federal. A esa fecha llevaba 5 meses de embarazo. Luego de eso no se supo nunca más su paradero.

---

<sup>20</sup> C.N.C.P, sala IV, autos **Ferretton**, Carlos Hugo y otros s/recurso de casación. 8/09/03.

Años más tarde, la madre de S. P, querelló a “Policarpo Vázquez y Ana Ferra” afirmando que su hija había dado a luz mientras estuvo detenida y que la criatura había sido sustraída por los querellados, en base a esas hipótesis sostuvo que Evelyn Vazquez Ferrá podría ser su nieta.

Indagados los querellados, admitieron que Evelyn no era su hija biológica. Confesaron que les fue entregada por personal de la armada en la ciudad de Mar del Plata en circunstancias que hacían sospechar que era hija de desaparecidos; que consiguieron un certificado de nacimiento falso y la inscribieron en el registro de las personas como propia. La partera que entrego el certificado de nacimiento declaro que nunca había asistido al parto, con esos elementos el Juez de la causa proceso a los querellados por los delitos de falsedad ideológica de documento publico, supresión de estado civil y retención de un menor de diez años. En este estado del proceso solicito se ordene la realización de la pericia inmunogenetica sobre Evelyn y pidió que en caso de negativa de esta se realizase en forma compulsiva. (conf. Consid. 3, punto c del voto de Vázquez).

La jueza de primera Instancia hizo lugar al pedido e hizo retener todos los documentos filiatorios de Evelyn.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, con fecha 24/03/2000, confirmó lo resuelto por la magistrada de primera instancia en cuanto dispuso retener los documentos filiatorios de la menor y ordenó una prueba hemática sobre la nombrada a fin de determinar su verdadera identidad. Asimismo, resolvió dejar sin efecto la decisión del juez que sucedió a la magistrada anterior, en cuanto revocó por contrario imperio el carácter compulsivo del examen hemático, disponiendo que la prueba se llevara a cabo con el auxilio de la fuerza pública en el hipotético caso que Evelyn Vázquez no prestara su consentimiento. Contra estas decisiones, el representante legal de la menor interpuso recurso extraordinario ante la Corte que fue concedido, sosteniendo que las medidas ordenadas afectan, restringen y en algunos casos hasta suprimen derechos constitucionales tales como a la integridad física, psíquica y moral, a la intimidad, a la dignidad, a la educación, al trabajo, a la vida privada. Además, afirma que la extracción compulsiva de sangre implica una inadmisibile intromisión del Estado en la esfera de intimidad de Evelyn Vázquez, afectando su integridad física al obligarla a disponer de su propio cuerpo en contra de su voluntad.

## **5.2. El objeto del proceso**

Resultaba imprescindible establecer cual era el objeto del proceso o sea lo que la causa investigaba. Era trascendente para los jueces definir el objeto de la investigación penal, cualquier medida que lo traspasase implicaría un exceso de jurisdicción. La mayoría de la corte entendió que el objeto de la causa penal consistía en determinar que los querellados eran autores de los delitos de retención de menores y sustitución de estado civil. En minoría el voto del Juez Maqueda quien considero que en el caso se intentaba dilucidar era la **identidad biológica** de Evelyn, notando así que dicha disidencia se asemeja más a un juicio de filiación que a un proceso penal.

## **5.3. La sentencia y su holding**

La mayoría compuesta por siete jueces hizo lugar al recurso presentado por Evelyn, solo uno voto en disidencia el Juez Maqueda. Se puede identificar como holding o sea la regla jurídica que surge del caso, la esencia de la decisión judicial: “No procede la extracción compulsiva de sangre en un proceso penal , si la medida fue ordenada respecto de quien seria la victima del delito que se investiga, es mayor de edad posee un lazo afectivo con los imputados, y ha expresado su voluntad de que no desea prestar su cuerpo para la realización de esa medida de prueba; pues de lo contrario se afectaría su dignidad como persona y su derecho a la intimidad”.

## **5.4. Trato a la victima**

### **Analogía con el trato al testigo**

La mayoría se inclino por establecer una analogía con la situación del testigo. La solución que analógicamente dan al caso sale de los arts. 163 (que prohíbe admitir denuncias de descendientes contra ascendientes, consanguíneos afines, ni de un conyugue contra otro, ni de hermano contra hermano, salvo que el delito haya sido ejecutado contra el denunciante o contra una persona cuyo parentesco con este sea mas próximo que el que lo liga al denunciado); 278 inc.2 (prohíbe que se cite como testigos a los ascendientes y descendientes del acusado) y 279 CPMP.

Sobre este punto es trascendental la siguiente observación: lo que la Corte hizo no es asimilar “la extracción compulsiva de sangre” como una “declaración testimonial” sino que a falta de una regulación normativa expresa, aplico *analógicamente* a la situación de victima en el proceso penal ciertos principios inducidos de las reglas

previstas para los testigos (cuestión referente al sujeto de prueba). La calidad de víctima no tenía en ese momento una regulación específica en el ordenamiento procesal penal.

Y al momento de resolver esa laguna la Corte entendió que era más razonable considerar las reglas previstas para los testigos que las previstas para el imputado, no por que la víctima sea igual que un testigo por que no lo es sino porque a falta de regulación expresa debió construir una regla tomando como base lo legislado respecto de los testigos. De eso se trata dar una solución analógica a un caso: de construir.

Extrajo el principio de que no debe forzarse a aportar prueba a un proceso penal a quienes tienen una estrecha relación de afecto con los imputados y lo aplico al caso concreto de Evelyn.

### **Analogía con el trato al imputado**

En minoría el Juez Maqueda y el dictamen del Procurador general interpretaron que los principios que debían guiar al Juez instructorio en lo que hace al trato que debe darse a la víctima como objeto de prueba, surgen de una analogía con la situación del imputado.

El procurador general sostuvo “Que la cuestión relativa a la extracción compulsiva de sangre ha de resolverse con arreglo a los principios generales que rigen la admisibilidad de las medidas de coerción en el proceso penal, tanto respecto del imputado como de terceras personas.” (Dictamen)

El procurador no justifico ni fundamento esta afirmación, pues no es un principio que surga del código de procedimientos ni de ninguna otra norma.

La mayoría entendió que lo que se protege al permitirse a los testigos a no declarar contra sus parientes no es la libertad de declaración, sino los lazos afectivos que existen con esas personas. El bien jurídico protegido de esta forma es la dignidad y la intimidad de la persona.

Maqueda también equipara la situación de la víctima con la del imputado pero su conclusión no tiene lógica con sus premisas ya que fundamento que el juez puede requerir distintos elementos probatorios: una declaración verbal o un elemento material del propio cuerpo, en cambio su conclusión se refiere a las personas sobre las que el juez de la causa puede ordenar medidas de prueba.

### Concepto de familia

El aspecto que la mayoría abordó para justificar su decisión fue el concepto de familia en el que encuadraron a Evelyn con los Vázquez Ferra. A pesar de que los procesados ya habían admitido que la anotaron con documentación adulterada como hija suya se basan en la familia como la realidad de la crianza por sobre la realidad biológica ya que Evelyn manifestó gratitud hacia ellos que la criaron como a una hija y sentirlos como padres. Y también señalan que ese interés del estado en proteger los lazos afectivos estrechos se observa en la normativa penal de fondo "...la cual exime de responsabilidad penal por el delito de encubrimiento no solo frente a personas ligadas por vínculos civiles formales sino también a amigos íntimos y a personas a las que se debiese especial gratitud (art.277 inc.3).

Otro aspecto en que la mayoría coincidió es que el carácter compulsivo de la medida en caso de que Evelyn no prestase su cuerpo voluntariamente afectaba su derecho a la intimidad, constitucionalmente protegido por el art.19 CN. Que la extracción de sangre compulsiva constituía un ultraje a la dignidad, señalaron el carácter de humillante y degradante de la extracción para utilizarla como prueba contra quienes considera sus padres. (De aquí se extrae que la dignidad de la víctima opera como límite en la investigación penal). Lo resuelto se presenta acorde con una línea de pensamiento que interpreta el proceso penal desde los derechos humanos, rechazando así todo trato humillante y degradante del imputado y de la víctima.<sup>21</sup>

6. Fallo **Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma y otros** (Fallos:332:1835, 11/08/2009). En esta sentencia, la Corte estableció que corresponde permitir el conocimiento de la verdad por parte de las familias de los desaparecidos y de la sociedad sin afectar emocional ni jurídicamente a quienes fueron apropiados. En consecuencia, autorizó la realización de allanamiento a fin de secuestrar objetos de los cuales se pudieran extraer muestras de ADN.

---

<sup>21</sup> C.S.J.N, Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/incidente de apelación, Causa V 356, fallos: 326:3758,30/09/2003.

La causa en la que se plantea la cuestión comienza con la denuncia que hicieron en 1982 las Abuelas de Plaza de Mayo sobre la presunta desaparición de 95 niños que se tratarían de los hijos de personas secuestradas durante la última dictadura militar. Entre esos casos se encontraban los de dos niños que fueron inscriptos en los registros públicos por el matrimonio Prieto-Gualtieri como si fueran sus hijos biológicos, con los nombres de Guillermo Gabriel, en 1976, y Emiliano Matías, en 1978. Se investiga y sospecha que fueron entregados por oficiales de la Armada. Desde un primer momento, y en reiteradas oportunidades, la jueza federal María Servini de Cubría dispuso someter a Guillermo y a Emiliano a una extracción de sangre y, además, luego, ordenó el allanamiento del domicilio y secuestro de ropas, cepillos de dientes y otros elementos pertenecientes a Guillermo, de los cuales se pudiera extraer el material genético necesario para hacer un estudio de ADN. La Cámara Federal, en 1996, había convalidado el uso de esos elementos para realizar los estudios genéticos. En esa misma fecha, siendo ambos menores de 21 años, la Corte justificó el examen de sangre, como ya se ha dicho más arriba, teniendo también en cuenta la necesidad de tutelar a los menores. Los jóvenes, y el matrimonio Prieto, lograron evitar el cumplimiento de esa sentencia y, por el mero hecho de haber alcanzado la mayoría de edad parecía que podía tener alguna incidencia el criterio del fallo de 2003 (Vázquez Ferra). De este modo, el caso vuelve a plantearse ante la Corte Suprema, aunque frente a dos supuestos: tanto la razonabilidad de la extracción de sangre, que vuelve así a ser discutida, como la posibilidad de obtener material genético por otros medios.

Esto último es lo que se resuelve en la causa G. 291. XLIII, “Prieto 2”, donde la Corte convalidó la medida que ordenó la realización de un estudio pericial sobre las muestras secuestradas en un allanamiento, tendientes a la obtención de ADN para los pertinentes estudios de histocompatibilidad. En el caso tuvo en cuenta que las muestras se tomaron “sin invadir el cuerpo del recurrente” y concluyó que la diligencia “no se revela como una medida que afecte sustancialmente los derechos invocados por el apelante, toda vez que existen indicios suficientes que avalan su producción, guarda inmediata vinculación con el objeto procesal materia de la causa resulta propia del proceso de investigación penal, aparece como idónea para alcanzar la verdad material de los hechos investigados y porque, además ni siquiera involucra acción alguna del apelante, en tanto las muestras a utilizarse en el examen de ADN han sido tomadas a partir de una recolección de rastros que si bien pertenecen a su cuerpo, al momento de incautarse, se hallaban desprendidas de él. Asimismo se sostuvo, a la manera de obiter

dictum, que igual solución correspondería en el hipotético caso de que, frente a una situación de hecho análoga, debiera procurarse la muestra en cuestión a través de una extracción de sangre de la supuesta víctima del hecho.

La cuestión ya había sido resuelta en sentido positivo por las instancias inferiores en esta y en otras causas, viniendo a resolver de esta forma las trabas impuestas por la interpretación de “Vázquez Ferrá”.

En este fallo el dictamen del Procurador Esteban Righi fue contundente, al señalar que “no se comprende sobre qué bases pre-dica que la diligencia ordenada no encontraría sustento legal y colisionaría con el artículo 19 de la Constitución “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. En efecto, ninguna disposición constitucional o infra constitucional se contrapone a la posibilidad de que, si se cumple con todos los requisitos legales necesarios, se ingrese a un ámbito en principio privado para obtener ciertos objetos y que luego éstos sean peritados, cotejándolos, por ejemplo, con una muestra indubitable. Por el contrario, la propia Constitución admite que la ley autorice en ciertos casos la intromisión de los órganos estatales encargados de la persecución penal en la libertad, la intimidad, la vida privada y demás derechos de las personas, incluso las no imputadas, cuando se debe salvaguardar el interés de la sociedad en la investigación y castigo de los delitos.

Como forma de dar cuenta de la solución al caso posible en esta medida, señala Righi que “tampoco puede perderse de vista que la juez no sólo estaba facultada a ordenar la medida cuestionada, en virtud de las razones antes expuestas, sino que incluso estaba obligada a hacerlo. Es que, existiendo en la actualidad métodos alternativos a la extracción compulsiva de sangre para obtener la muestra de material genético, la juez debía preferir la alternativa menos invasiva a la vez que dependiente de una medida de coerción menos intensiva, como lo son el allanamiento y el secuestro ordenados de aquellos objetos personales (cepillo de dientes, peine, etc.) que el apelante pretende que no sean peritados.

Lo que dijo la Corte Suprema, entonces, por unanimidad aunque en votos diferentes, es una forma de dar por finiquitada la cuestión.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> C.S.J.N, Gualtieri Rognone de Prieto, Emma y otros. Fallos:332:1835, 11/08/2009

### **7. C.F.A. de San Martín, sala 2, Noble Herrera, Marcela y otros.02/0611.**

La causa Ernestina Herrera de Noble sobre sustracción de bebés es una causa penal en trámite en la Argentina, desde 2002, cuya vinculación con el tráfico de bebés en el Proceso de Reorganización Nacional se encuentra en investigación por la justicia argentina. En el caso se trata de dos jóvenes que en 1977 fueron adoptados por Ernestina Herrera de Noble respecto de los cuales se está investigando si son hijos de desaparecidos. El caso ha tenido gran trascendencia porque la adoptante es principal accionista del Grupo Clarín, el multimedio más importante de Argentina (Giardinelli, Mempo 2002)

La causa, que ha tenido innumerables dilaciones, derivó en la destitución del juez Roberto Marquevich decidida por un Tribunal de Enjuiciamiento por considerar que el magistrado había procedido en forma arbitraria al ordenar la detención de Herrera de Noble y denegarle la excarcelación.

Uno de los aspectos jurídicos debatidos en esta causa que ha demorado las actuaciones con sucesivas resoluciones y apelaciones es el relativo a la obligación de las presuntas víctimas como hijos de personas desaparecidas de entregar material biológico –muestras de saliva, sangre, pelos, etc.- para compararlo con muestras obtenidas de familiares de aquellas personas. Los cotejos realizados con los perfiles genéticos de personas detenidas desaparecidas durante 1975 y 1976, salvo tres casos en que la información genética era insuficiente, arrojó resultado negativo, faltando realizar el cotejo con el resto de los datos almacenados.

#### **Antecedentes**

Ernestina Herrera de Noble solicitó el 13 de mayo de 1976 en el Juzgado de Menores N° 1 de San Isidro, por entonces a cargo de la jueza Ofelia Hejt (fallecida), la adopción de una niña que dijo haber encontrado once días antes en una caja de cartón dejada en la puerta de su casa, ofreciendo como testigos a su vecina Yolanda Echagüe de Aragón y a Roberto García, su chófer, a quien presentó como el cuidador de la finca de Yolanda Echagüe de Aragón.

Al momento de la declaración, existieron varias contradicciones entre lo declarado por Ernestina de Noble y Yolanda Echagüe de Aragón. Por su parte, Roberto García afirmó en el año 2001, que "nunca concurrió a un Tribunal de Menores en San Isidro", que nunca fue cuidador de finca, y que desde 1952 fue chofer de Roberto Noble, y tras su fallecimiento, continuó desempeñando la misma tarea para Ernestina Herrera de Noble. Además, la nieta de Yolanda Echagüe de Aragón, Eugenia Duro de Aragón, declaró que su abuela quien había fallecido al momento de la investigación "no fue vecina de Herrera de Noble".

Poco después, el 7 de julio de 1976, Herrera le solicitó a la misma jueza, la adopción de otro bebé, un varón que habría sido dejado ese mismo día en el mismo juzgado de la jueza Hejt, por una persona que dijo ser madre soltera, que exhibió un documento nacional de identidad que luego se comprobó que no le correspondía y dio un domicilio que resultó falso. Ese mismo día, sin más trámite, la jueza le entregó la guarda del bebé y apenas 43 días después le otorga la adopción y le impone el nombre de Felipe Noble Herrera (Giardinelli, Mempo 2002).

### **La Causa Penal**

En 2002 se realizó una denuncia penal a instancias de las Abuelas de Plaza de Mayo y de las familias Lanuscou Miranda y García Gualdero, que suponen que Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera, podrían ser hijos de desaparecidos. El juez Markevich el 08 de enero de 2003 procesa a Ernestina Herrera de Noble por los delitos de hacer "insertar en un instrumento público declaraciones falsas en carácter de autora; insertar tales declaraciones en documentos públicos destinados a acreditar la identidad de las personas como partícipe necesario; usar documentos públicos falsos, los que concurren en forma ideal entre sí; falsificación de documentos públicos destinados a acreditar la identidad de las personas en carácter de partícipe necesario y uso de documentos públicos falsos en carácter de autora, los que concurren idealmente entre sí" "uso de documento público falso", traba un embargo sobre sus bienes por la suma de un millón de pesos y la cita a declarar bajo libertad provisional (Abuelas de Plaza de Mayo, 2003).

El 17 de diciembre de 2002, luego de que la procesada no concurriera a las comparencias, el juez dispuso que la policía condujera detenida a Herrera de Noble para tomarle declaración indagatoria e inmediatamente le negó la excarcelación.

Herrera de Noble solicitó la recusación del juez y el Tribunal de Enjuiciamiento dictó, en 7 de 9 votos, que este proceder era "arbitrario y por ende antojadizo" y con "hostigamiento" respecto de Herrera de Noble, y mostró "desprecio por normas que privilegian la libertad ambulatoria" al rechazar excarcelar a la empresaria pese a su edad y falta de antecedentes. Sin embargo el fallo destacó que "la remoción del magistrado no afecta la investigación sobre la identidad de los hijos de Herrera de Noble".

La asociación Abuelas de Plaza de Mayo, que fue tenida por parte en la causa, afirmó que las irregularidades en el expediente de adopción eran: "1. la adoptante dijo que dos personas habían visto que una beba había sido dejada en la puerta de su casa el 2 de mayo de 1976, pero esas dos personas desmintieron tal afirmación; 2. También afirmó que una de esas personas era su vecina, pero en realidad no vivía en esa localidad, y que la otra era el "cuidador de la finca vecina" (el Sr. Roberto García), pero se corroboró que en realidad se trataba de su chofer personal; 3. Quien concurrió afirmando ser la progenitora de quien hoy es Felipe, brindó un nombre y un número de documento que no era el suyo y no se intentó corroborar por ningún medio que efectivamente fuera su madre; 4. Ernestina Herrera de Noble dio un domicilio distinto a aquel donde tenía su residencia, cuestión decisiva para determinar la competencia del Tribunal interviniente; 5. se omitió el sistema de turnos para que la guarda de Felipe quedara radicada en el mismo Tribunal que la de Marcela; 6. Se los inscribió con el apellido "Noble Herrera" en función de una ley derogada".

La Cámara Federal de Apelaciones dispuso desplazar de la causa a Marquevich endilgándole parcialidad, anuló la resolución y pasó el expediente al juez federal Conrado Bergesio, quien resolvió que no está probada la existencia de delito por Herrera de Noble y la desvinculó de presuntas irregularidades en los trámites de adopción de sus hijos, tras analizar en detalle todas las pruebas. El juez entendió que no está probado que sean falsas las declaraciones de testigos que acreditaron cómo recibió a su hija Marcela y que las pruebas permiten sostener que es probable que la Sra. de Noble hubiera estado en una casa de San Isidro sin que la aparición de Marcela esté desmentida por las diligencias practicadas. En el caso de Felipe, los funcionarios judiciales de aquel momento atestiguaron de qué manera el niño había sido entregado personalmente al Juzgado de Menores por una mujer sin que Herrera tuviera intervención alguna en el momento de la llegada del bebé al Juzgado sino que su actuación fue posterior a este hecho. La conclusión del juez es que una postura contraria a la falta de mérito de la señora de Noble "únicamente podría fundarse en una cadena de

especulaciones, suposiciones, deducciones y suposiciones de suposiciones". Esta resolución fue posteriormente confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, por lo cual a partir de ese momento sólo quedó pendiente el tema relativo al examen de histocompatibilidad.

### **Las pruebas de Histocompatibilidad**

El 11 de agosto de 2004, apenas Marquevich fue apartado del caso, ya que sus decisiones no daban las garantías judiciales imprescindibles, Marcela y Felipe Noble Herrera pidieron que se les realizara un examen de ADN, para poder confrontarlo con las dos familias querellantes y determinar si guardan vínculo biológico con ellas. El tribunal determinó que dicha "peritación genética" deberá realizarse en el Banco Nacional de Datos Genéticos y respecto de las mencionadas familias. El juez Marquevich había sido remplazado por el juez Conrado Bergesio, este le imprimió a la causa una gran lentitud y admitió una serie de maniobras de la defensa de Herrera de Noble, que los organismos de derechos humanos consideraron abiertamente irregulares. Por el contrario, el tribunal de apelación de los actos del juez Bergesio, la Sala II de la Cámara Federal de San Martín, adoptó una línea de acción frontalmente opuesta al juez, tendientes a determinar si el ADN de Marcela y Felipe Noble Herrera, indica si son hijos de desaparecidos. Luego de que la causa estuviera paralizada durante cinco años, el juez Bergesio recibió orden de la Sala II de la Cámara Federal de San Martín de tomar los ADN de Marcela y Felipe Noble Herrera, y realizar los análisis necesarios para establecer quiénes son sus padres biológicos.

Cuando todo estaba listo para la realización del examen, el 20 de marzo de 2010, la Sala II de la Cámara de Casación Penal dictó un nuevo fallo suspendiendo el estudio mientras tramitaba un recurso. El hecho produjo un escándalo y hasta la presidenta de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner, anunció públicamente que apoyaría a las Abuelas de Plaza de Mayo si estas y los posibles familiares de los bebés robados, decidían denunciar a los tribunales argentinos ante tribunales internacionales. Posteriormente la Cámara de Casación rechazó por razones formales –falta de firma de los interesados- el recurso sin pronunciarse sobre el fondo del mismo con lo que la resolución de la Cámara Federal de San Martín disponiendo que el cotejo no se limite a las dos familias querellantes habría quedado firme. A fines de abril de 2010 la Cámara Federal de San Martín apartó de la causa al juez Conrado Bergesio aceptando una

recusación presentada por el fiscal, por lo que tomó la misma el juzgado en lo Criminal de Sandra Arroyo Salgado.

El 28 de mayo de 2010 por orden de la jueza federal de San Isidro Sandra Arroyo se realizó en el juzgado una reunión en el curso de la cual se ofreció a Marcela y Felipe que dieran su consentimiento para la utilización de muestras, ante lo cual los mismos manifestaron su negativa a entregar ningún tipo de material genético, retirándose a su domicilio. La jueza dispuso entonces la obtención del material a partir de las prendas que vestían Marcela y Felipe, para lo cual debían ser interceptados en la vía pública, llevados a su domicilio y que en un lugar privado entregaran la ropa interior y la vestimenta necesaria para realizar los estudios. En el procedimiento realizado el mismo día en el domicilio de los jóvenes intervinieron secretarios del juzgado, médicos del BNDG y del Cuerpo Médico Forense, policías de civil y testigos, el trato con Marcela y Felipe fue con personas del mismo sexo y la entrega de la ropa interior para obtener las muestras se hizo dentro de un baño. Simultáneamente la jueza formuló denuncia penal contra el juez Bergesio por haber demorado la obtención de esas muestras desde 2004.<sup>23</sup>

Los hermanos Noble Herrera sostuvieron en varias presentaciones en la causa que se oponían a que el examen de histocompatibilidad fuera realizado en el Banco Nacional de Datos Genéticos porque –según alegaban- no les daba seguridad de que sus resultados no fueran manipulados y porque no les otorgaba la posibilidad de realizar contrapruebas. En junio de 2010 cinco científicos expertos en biología y genética presentaron un escrito a la jueza de la causa sosteniendo que no hay forma de fraguar los resultados del examen de ADN porque son obtenidos de forma automatizada y la información queda documentada electrónicamente.

El 2 de junio de 2011 la Sala II de la **Cámara de Casación Penal**<sup>24</sup> los recurrentes alegaron en su recurso que la decisión judicial que ordena se obtengan de Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera, por vía compulsiva, muestras de sus tejidos o fluidos corporales, con el fin de investigación y comparación de sus patrones genéticos constituye una injerencia en la intimidad que afecta su dignidad, su integridad

---

<sup>23</sup> C.F.A. de San Martín, sala 2, Noble Herrera, Marcela y otros.02/0611.

<sup>24</sup> Cámara de casación penal Sala II –A Noble Herrera, Marcela y otros/ recurso de casación. Causa Nro. 13.957

física y salud psíquica, y sacrifica sus planes de vida de un modo inconciliable con los (arts. 19 C.N., 5 CADH, 5 DUDH, 7 PIDCP).

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

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

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

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

En conexión con el art. 19 C.N. los recurrentes evocan el voto de dos de los jueces de la Corte Suprema que han intervenido en la sentencia del caso de Fallos:

332:1835<sup>25</sup>, en cuanto afirmaron que “la garantía protegida en el caso de quien, siendo adulto, se niega a una extracción de sangre, es la autonomía en la esfera de la individualidad personal protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea. Esa frontera, construida sobre las bases históricas más memorables de la libertad humana, no puede ser atravesada por el Estado, juzgando cuáles son las intenciones de quien se niega a averiguar su identidad en forma reiterada, siendo adulto y con total discernimiento. No puede haber otro juez que la propia persona afectada con competencia suficiente para juzgar las consecuencias que le acarrearía el esclarecimiento de su propia identidad.

Los recurrentes alegan “violación a las garantías de la dignidad y a la protección de la integridad y salud psíquica” de sus representados, destacando que sus domicilios fueron allanados, y sus efectos personales y prendas íntimas secuestradas en dos oportunidades diferentes, que la segunda vez se dispuso su requisa personal, que fueron desnudados delante de testigos a fin de obtener sus prendas de vestir íntegras, que fueron objeto de una “espectacular persecución policial en la vía pública, donde numerosas fuerzas de seguridad hicieron exhibición de armas de fuego”, evocan que antes de ello “entregaron voluntariamente muestras de sangre para el único examen de histocompatibilidad ordenado a ese momento”, que hay constancia “de la directa intervención de las máximas autoridades del Poder Ejecutivo en el desarrollo de este proceso con menciones, incluso en discursos presidenciales, de la necesidad de develar el mapa genético de [sus] asistidos” (fs. 154 vta./155). Aducen derecho a la inviolabilidad de la persona, y afectación de la integridad personal, destacando el informe médico psiquiátrico del médico Elías Abdala (fs. 5207/5217) que “habla concretamente de los daños psíquicos y emocionales que atraviesan las supuestas víctimas de la investigación, al pretender convertírseles en contra de su expresa y reiterada voluntad, expresada de manera clara y concreta, en sujetos pasivos de procedimientos tendientes a cruzar su patrón genético contra todo el grupo de familias que han volcado sus datos en el Banco Nacional de Datos Genéticos”, lo que acarrea “el sacrificio de los planes de vida de dos personas adultas, no imputadas de ningún delito,

---

<sup>25</sup> (“Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros/sustracción de menores de 10 años -causa nº 46/85 A”)

que enfrentan daños concretos identificados por los profesionales que los han atendido, con clara afectación del principio de la inviolabilidad de la persona reconocido por el art. 18 de la Constitución Nacional”.

El juez doctor Luis M. García dijo que la deficiente base legal sobre extracción de sangre, había sido advertida, por lo demás, en algunos votos de los jueces de la Corte Suprema en el caso de Fallos: 332:1835, (“Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros”). Adelanto que, en este aspecto, no hay ninguna doctrina judicial de la Corte. Ahora, la base legal está constituida por el art. 218 bis C.P.P.N. introducido por ley 26.549, y por los arts. de la ley 26.548 reguladora del estatuto y funciones del Banco Nacional de Datos Genéticos, lo que aquí resulta relevante, el texto del art. 218 bis C.P.P.N. dice: “Obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN). El juez podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) del imputado o de otra persona, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación. La medida deberá ser dictada por auto fundado donde se expresen, bajo pena de nulidad, los motivos que justifiquen su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto”. Si bien se mira, más allá de la defectuosa sintaxis y lenguaje utilizados, el primer párrafo del texto legal no se refiere en rigor a la recolección de los tejidos o fluidos corporales donde se encuentra el ADN, sino a una técnica de laboratorio: la “obtención de ácido desoxirribonucleico”. El ADN se obtiene de esos tejidos, pero nada dice el primer párrafo acerca de los tejidos ni de su modo de recolección. La finalidad para la cual la ley autoriza la obtención de ADN es la identificación del imputado o de otras personas, o “la constatación de otras circunstancias de importancia para la investigación”, lo que implica, como se verá, un segundo paso que consiste en obtener del ADN patrones útiles con fines de identificación.

En síntesis, los tres jueces han coincidido en que en caso de oposición de la presunta víctima a someterse voluntariamente a la recolección de muestras, la remisión que el párrafo quinto realiza al párrafo cuarto del art. 218 bis C.P.P.N (Si el juez lo estimare conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro domiciliario o la requisa personal). Impone el agotamiento de las vías de recolección alternativas enunciadas en éste, y que si no fuese posible alcanzar la

finalidad por medios distintos a la injerencia corporal, entonces la ley autoriza la recolección de las muestras de los cuerpos de las presuntas víctimas mediante coerción.

### **La posición del Ministerio Público**

En la audiencia el señor Fiscal General se ha limitado a sostener que el a quo ha realizado una interpretación acertada del art. 218 bis C.P.P.N. No ha ofrecido argumentos adicionales sobre la interpretación legal, y ha sostenido que la ley ha sido aplicada en el caso, según las exigencias de necesidad y proporcionalidad.

### **La posición de los querellantes.**

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

El art. 218 bis, primer párrafo, C.P.P.N. condiciona la admisibilidad de las medidas que regula con arreglo a criterio de “necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto.

### **Necesidad de las medidas de injerencia**

El objeto del proceso determina en primer lugar si la medida es necesaria. El escrutinio de necesidad concreta de las medidas de injerencia se determina por relación al objeto del proceso: y no meramente complementario o relativo en función de las otras probanzas, por que la identidad biológica de las posibles víctimas del delito de sustracción de menores, es el presupuesto de esa prueba de ese injusto y porque no hay otro modo para la determinación de la verdad de lo ocurrido en las concretas circunstancias históricas en que se produjeron los hechos que dan lugar a las querellas de los presuntos familiares.

### **Idoneidad de las medidas.**

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

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

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

### **Proporcionalidad**

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

### **La naturaleza de los delitos objeto de este Proceso**

La naturaleza y gravedad del delito es en un caso como el presente un elemento relevante, no sólo por el interés público que pudiese despertar para la persecución penal

en una sociedad democrática, sino porque existe una conexión estrecha entre la naturaleza y gravedad del delito, los derechos afectados, y la intensidad de la afectación.

Al respecto, la Corte IDH ha tenido oportunidad recientemente de advertir sobre la particular antijuridicidad que expresa la situación de mujeres que han sido sujeto de desaparición forzada y sus hijos apropiados, señalando que los actos de esa naturaleza “pueden ser calificados como una de las más graves y reprochables formas de violencia contra la mujer, que habrían sido perpetrados por agentes estatales que afectaron gravemente su integridad personal y estuvieron claramente basados en su género”. La necesidad de reconocer los derechos de los familiares afectados por esas circunstancias y de actuar en consonancia con la subsistencia de la lesión, es consecuencia de que “la sustracción de niños y/o niñas efectuada por agentes estatales para ser entregados ilegítimamente en crianza a otra familia, modificando su identidad y sin informar a su familia biológica sobre su paradero constituye un hecho complejo que implica una sucesión de acciones ilegales y violaciones de derechos para encubrirlo e impedir el restablecimiento del vínculo entre los menores de edad sustraídos y sus familiares”.<sup>26</sup>

En caso de conflicto entre derechos de personas distintas, ha señalado la Corte IDH que “la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio”, de modo que responda a un criterio de estricta proporcionalidad.<sup>27</sup>

La Cámara de Casación confirmó la decisión de la Juez Federal recurrida que ordena que Marcela y Felipe Noble Herrera, los hijos adoptivos de la Sra. Noble de Herrera, se sometan “a la extracción directa, con o sin consentimiento, de mínimas muestras de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas” que les pertenezcan de “manera indubitable” para poder determinar si son hijos de desaparecidos.

---

<sup>26</sup> (IDH “Gelman vs. Uruguay” (Serie C., N° 221, sent. de 08/03/2011)

<sup>27</sup> (IDH “Kimel vs. Argentina”, Serie C., n° 177, sent. de 02/05/2008, § 56).

## GIRO EN LA CAUSA

El 17 de junio de 2011, fecha límite para recurrir el fallo de la Cámara ante la Corte Suprema, el Gobierno, a través del fiscal Raúl Plée, una de las familias querellantes y las Abuelas de Plaza de Mayo apelaron el fallo de la Sala II de Casación, sin embargo en una medida sorpresiva que tuvo gran repercusión en los medios de prensa, los representantes letrados de Marcela y Felipe Noble Herrera presentaron un escrito a la jueza federal de San Isidro Sandra Arroyo Salgado en el que pedían que se les realicen “cuanto antes” nuevas extracciones de sangre para confrontar su ADN con todo el Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG), tal cual era reclamado por los querellantes. Los abogados de los hermanos explicaron que con su decisión Marcela y Felipe buscan “llevarle paz y tranquilidad a su madre, a la que por su edad y estado de salud, no quieren exponer a nuevos agravios y sufrimientos durante el plazo que puede durar una apelación ante la Corte”.

Por su parte el abogado de abuelas, Alan Iud, dijo que tomaran los recaudos para que la pericia que se haga respete todos los procedimientos habituales y que no haya situaciones extrañas y dudosas como ha ocurrido tantas veces en esta causa”.

El 11 de julio de 2011 se supo que el examen realizado en el Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG) reveló que Marcela y Felipe Noble Herrera no son hijos de las dos familias querellantes, Miranda-Lanoscou y García-Gualdero, que reclamaban la paternidad de los dos jóvenes. El BNDG arribó a esta primera conclusión mediante un procedimiento informatizado. En el trámite estuvieron Arroyo Salgado, la fiscal Rita Molina y los peritos de las partes.

El 15 de julio de 2011 concluyó el segundo examen en el que, luego de cotejar el ADN de ambos jóvenes, la Justicia comprobó que no son hijos de personas desaparecidas en 1975 y 1976, año este último en que nacieron los hermanos. Este estudio es el más importante de los tres ordenados por la jueza federal Sandra Arroyo Salgado, porque el cotejo consistió en comparar los perfiles genéticos de Marcela y Felipe que nacieron a comienzos de 1976 y fueron entregados en guarda, respectivamente, en mayo y julio de ese año, con el de familiares de personas que desaparecieron en los 24 meses más próximos a aquellas fechas.

El ADN de Marcela fue entrecruzado con el de 55 familias, pero en tres de ellas la información genética disponible resultó insuficiente para excluir o confirmar algún vínculo, según dice el informe que firmaron la titular del BNDG, María Belén

Rodríguez Cardozo, y el resto de los peritos. En el caso de Felipe el análisis se hizo con 57 familias y también resultó que faltaban datos de una de las familias.

Está prevista una tercera etapa en la que se hará el cotejo con los restantes perfiles genéticos almacenados en el banco de Datos.

## CAPITULO V

### JURISPRUDENCIA TRIBUNALES INTERNACIONALES

1. **Corte IDH:** (Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs Bolivia, 01/09/10):

La violación del derecho a la integridad Psíquica y moral de los familiares de la víctima es una consecuencia directa de ese fenómeno-desaparición-, que les causa un severo sufrimiento por el hecho mismo, que se acrecienta entre otros factores, por la constante negativa de las autoridades estatales de proporcionar información acerca del paradero de la víctima o de iniciar una investigación eficaz para lograr el esclarecimiento de lo sucedido (en igual sentido en: Germán vs Uruguay, 08/03/2011).

2.**Corte IDH:** (Tristán Donoso vs Panamá,27/01/09, en igual línea que el T.E.D.H., en Niemietz c/Alemania, 16/12/92): “El derecho a la vida privada no es absoluto y por tanto puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello deberán estar previstas en la ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben aparecer necesarias en una sociedad democrática” (lo reitera en Escher vs Brasil).

### 3. CONCLUSION

Todos los pueblos tienen capítulos sangrientos en su historia. Los argentinos nos estamos debatiendo entre el odio y el perdón por la sangre derramada en la década del '70 (Sambelli, 2004).

El tema abordado, indefectiblemente trae aparejada la problemática con respecto a los intereses a preservar y la posible colisión entre los mismos, teniendo en cuenta la intimidad y dignidad de las posibles víctimas, la afectación a la vida privada, la afectación a la autonomía individual de personas adultas, el derecho a disponer de su cuerpo, el derecho a la propia identidad, el interés social en la búsqueda de la verdad, el derecho de los familiares desaparecidos y la impunidad para el autor por encubrimiento de la víctima, si lo fuera.

Los delitos investigados en el presente trabajo como en la mayoría de los precedentes analizados, plantean para nuestra sociedad aristas de difícil solución, inclusive muchos de nosotros no sabíamos lo que estuvo sucediendo. Las circunstancias históricas en que tuvieron lugar los hechos produjeron lamentables heridas que parece nunca se podrán cerrar. La capacidad de poder “ponerse en el lugar del otro” es fundamental para tratar de superar tan oscuro desafío.

Hemos visto que en las distintas causas se ha planteado un conflicto entre derechos igualmente legítimos y corresponde al poder judicial brindar una solución armónica y lo más justa posible a dicho problema.

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

Según lo ha declarado la Corte IDH, "El derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática.

La naturaleza y gravedad del delito de secuestro, sustracción de un menor de diez años a sus padres y su retención; la alteración del estado civil y la consiguiente falsedad ideológica del parto y nacimiento y del D.N.I es un elemento relevante, no sólo por el interés público que pudiese despertar para la persecución penal en una

sociedad democrática, sino porque existe una conexión estrecha entre la naturaleza y gravedad del delito, los derechos afectados, y la intensidad de la afectación.

De esta manera, el Juez debía determinar si la medida de prueba en cuestión – Extracción compulsiva de sangre- que se cuestiona era conducente al objeto de la causa y resultaba proporcional y adecuada a la finalidad de la investigación.

No podemos dejar de lado la lucha de las Abuelas que por medio de su peregrinar de años y gracias a la ayuda de profesionales sean psicólogos, abogados, médicos especialistas, lograron la creación de la Ley N° 23.511 del Banco Nacional de Datos Genéticos donde hasta el año 2050, se almacenarán y conservarán las muestras de sangre de los grupos familiares.

A nivel internacional hicieron llegar sus denuncias y objetivos a las Naciones Unidas y a la OEA y en cada una de sus asambleas están presente con su reclamo: que los nietos apropiados recuperen su identidad, que conozcan su historia, su familia, además han sumado su esfuerzo al de todas las instituciones nacionales e internacionales que se abocaron a la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño. Sin ellas esto no hubiese sido posible ya que la mayoría de la sociedad dimos la espalda a la realidad siendo la desaparición forzada de personas no solo un atentado contra el derecho a la vida sino también un crimen contra la humanidad, y también el estado es responsable de velar por ella.

En lo que respecta a los juicios de filiación quiero destacar los rasgos sobresalientes de la reforma de la ley 23.264 al código Civil, que ha sido la admisión directa de las pruebas biológicas que eran desconocidas en el tiempo en que se elaboro el código Civil, pero que en la actualidad han cobrado significativo valor, al punto que hoy permiten, en muchos casos, determinar la paternidad o la maternidad o descartarlas, con una certidumbre prácticamente absoluta. Siendo la prueba mas eficaz la biológica (ADN), con el cual se asegura con certeza la filiación de una persona y se defiende su derecho a la identidad consagrado el la Constitución Nacional.

Según mi postura la extracción de sangre practicada de modo compulsivo sobre la persona del imputado, si bien se lo reconoce como sujeto incoercible moralmente y desde esa posición no puede obligársele a suministrar la prueba, en estos casos actúa como objeto de prueba con lo cual entiendo no se pierde el respeto por la dignidad humana. Para que se entienda, considero que la incorporación de la sangre ya extraída al plexo probatorio, es en sí un secuestro, ya que unos pocos centímetros de sangre no afectan la salud de la persona, ni la intimidad o la integridad.

En cuanto a las víctimas que rechazan toda intromisión a saber su identidad biológica, me pongo en el lugar de los familiares que buscan reconstruir los lazos familiares de los cuales fueron arrebatados sin tener posibilidad de criar a sus nietos biológicos.

La jurisprudencia sostuvo que la extracción de sangre guarda razonabilidad con el descubrimiento de la verdad material y la averiguación de los autores de un delito de lesa humanidad que se sigue cometiendo, ambos fines del proceso penal, y que no puede afirmarse que se trate de una medida que lesione la salud psico-física de quien se debe someter a la prueba.

En cuanto a los procesos penales hubo un antes y un después al art.218 bis que reformo el código procesal penal de la nación, ya que no habiendo normativa vigente antes de esta reforma se dificultaban los procesos al momento en que los jueces ordenaban el cumplimiento de la extracción.

Es mi opinión que en los casos de conflicto entre derechos de personas distintas, la búsqueda de la verdad biológica y la intimidad y dignidad de la víctima la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad y razonabilidad que la medida sea indispensable por no haber otra menos gravosa. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, que la gravedad del delito como es en estos casos justifiquen la medida, que la prueba que se pretende obtener se corresponda con el objeto procesal, que exista orden judicial fundada y mientras no implique riesgo conocido para la salud de la persona y sea realizada por personal idóneo conforme las modernas técnicas o prácticas médicas, como reseña el art.218 bis. El cual reza que el juez podrá ordenar la obtención de ADN del imputado o de otra persona, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación serán admisibles mínimas extracciones de sangre, saliva, piel y cabello u otras muestras biológicas.

Nos damos cuenta que hoy en día con el avance de la biología molecular también avanza la jurisprudencia. La intromisión a la intimidad a través de un allanamiento a la vivienda de la persona es sensiblemente menor que la extracción de sangre sin consentimiento, con lo que disminuye el riesgo de afectación de la integridad psíquica. Se trata de una nueva metodología, que ha permitido que se encuentre material genético de las personas en pelos, saliva, uñas, y todo tipo de flujos corporales. Y la ventaja de ello es que no afecta la salud ni la integridad física, estimo que la persona ya no es más objeto de prueba sino lo son los elementos secuestrados: como pelos, saliva, uñas etc.

La evolución de la ciencia en estas escasas décadas nos hace ver como pasamos de la pericia apoyada en semejanzas físicas que en la actualidad están descartadas; siguiendo en las basadas en sistemas hematológicos o sanguíneos; llegando a las pruebas de histocompatibilidad el cual tuvo muchos cuestionamientos y limitaciones, para concluir en el examen de ADN y secuestros de pelos, saliva, uñas siempre y cuando se realicen por su complejidad los procedimientos por medio de personal técnico especializado en la toma y maniobra de este tipo de muestras. Esto es hoy la “Probatio Probatissima”. Hoy porque mañana será otro día.

La sociedad en la cual me incluyo tiene el derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de que estos hechos no vuelvan a ocurrir en el futuro.

*“El arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar la prueba”. Jeremías Benthan.*

#### **4. BIBLIOGRAFÍA**

##### DOCTRINA:

1. Arazi Roland (1988). “La prueba en el proceso civil. Teoría y practica”, 2º edición, Avellaneda, Ed. La Rocca.
2. Atinua, Gabriel Ignacio (2010). ”Las Medidas de prueba en la búsqueda de jóvenes apropiados y su constitucionalidad”, Ensayos sobre enjuiciamiento penal, BUENOS AIRES: Del Puerto.
3. Bidart Campos, German. (1997), “La investigación por la desaparición de personas en una causa penal por privación de libertad”, [versión electrónica]LL 1998-E-215.
4. Bidart Campos, German. (1997), “La negativa a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación” LIMA: Gaceta jurídica Editores.
5. Bloch Ivana y Hockl Maria C. (2004). Lexis Nexis, fasc.12, Bs. As.
6. Carlotto, Lo Giúdice A., Penchaszadeh V., Volnovich J. C. (1995),”Filiación, Identidad, Restitución, 15 años de lucha de Abuelas de Plaza de Mayo”, Buenos Aires, El Bloque Editorial”
7. Cayuso, Susana Graciela, “La prueba compulsiva de sangre y los derechos y garantías constitucionales. Confrontación o armonía”, LL- t. 2003-F, 963 y ss.
8. Cifuentes, S. (2001)“El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido”, [versión electrónica]. LL, 2001-C-759.
9. Fernández Sessarego, Carlos (1992). “Derecho a la identidad personal”, Ed. Astrea, Bs. As.
10. Ghersi Carlos A.-Yapur de Cheli María f. (2006), “Prueba de ADN Genoma Humano” Buenos Aires: Edit. Universidad.
11. Hooft, Pedro Federico (1999).” Bioética y Derechos Humanos. Temas y Casos”, Editorial Depalma, ISBN 950-14-1689-5, Buenos Aires, 1999, con prólogo de

Germán J. Bidart Campos y José Alberto Mainetti, 314 páginas. 2º edición, Lexis Nexis Depalma, 2004

12. Mellado, José María (1989). Prueba prohibida y prueba preconstituida. Madrid, España. Edit. Trivium.
13. Midón, Marcelo Sebastián (2005), Pericias Biológicas, Mendoza, Ed. Juridicas Cuyo.
14. Mizrahi, Mauricio Luís (2004), Identidad Filiatoria y pruebas biológicas, Bs. As., Argentina. Edit.Astrea.
15. Nino Carlos, (1984) “Ética y Derechos Humanos”, Bs. As., Ed. Paidós.
16. Rojas Ricardo M. y García Luis M. (1991). *"Las inspecciones corporales en el proceso penal. Un punto de tensión entre la libertad individual y el interés en la averiguación de la verdad"*, pub. en "Doctrina Penal", Depalma, Bs.As., Año 14.
17. YUNI, J. A. y URBANO C. A. (2003). Recursos Metodológicos Para la Preparación de la Investigación. Córdoba: Editorial Brujas.
18. Zaffaroni, Eugenio R.,(1987) “Tratado de Derecho Penal”, parte general tomo II, Ed. Ediar.

## LEGISLACION

1. Constitución Nacional Argentina Comentada
2. Código Procesal Penal de la Nación.
3. Ley N° 23264
4. Ley N° 23.511(BO 10/07/87):Banco Nacional de Datos Genéticos.
5. Ley N° 26.548 (BO 27/11/09): Banco Nacional de Datos Genéticos.
6. Ley N° 26.549: (BO 27/11/09): Introduce el art. 218 Bis al CPP de la Nación.

7. Ley N° 26.550: (BO 27/11/09): Introduce el art. 81 Bis al CPP de la Nación.

JURISPRUDENCIA:

1. C.S.J.N, Muller, fallos: 313:1113, 13-11-1990
2. C.S.J.N, Bahamondez, Marcelo, fallos: 316:479, 06-04-1993.
3. C.S.J.N, H.G.S. Y OTRO, Fallos. 318:2518, 04/12/1995.
4. C.N.C.P, sala IV, autos Feretton, Carlos Hugo y otros s/recurso de casación. 8/09/03.
5. C.S.J.N, Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/incidente de apelación, Causa V 356, fallos: 326:3758,30/09/2003.
6. C.S.J.N, Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma y otros. Fallos:332:1835, 11/08/2009.
7. C.F.A. de San Martín, sala 2, Noble Herrera, Marcela y otros.02/0611.
8. Corte IDH: (Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs Bolivia, 01/09/10):
9. Corte IDH: (Tristán Donoso vs Panamá,27/01/09, en igual línea que el T.E.D.H., en Niemietz c/Alemania, 16/12/92.
10. Cámara de casación penal Sala II –A Noble Herrera, Marcela y otros s/ recurso de casación. Causa Nro. 13.957
11. Juzgado nacional de primera instancia civil n° 85, 22/02/95, ED 163-77
12. CSJN, Fallos, 255:18 y sus citas; 318:2518, considerando 9°

PAGINAS WEB

1. [www.diariojudicial.com/contenidos/2009/11/26noticia\\_0001.html](http://www.diariojudicial.com/contenidos/2009/11/26noticia_0001.html)
2. [www.aadproc.org.ar/pdfs/Ponencias/Proceso\\_de\\_Familia\\_delaRua.pdf](http://www.aadproc.org.ar/pdfs/Ponencias/Proceso_de_Familia_delaRua.pdf)

## Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

### Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	<b>COZZI MONTIGLIA MARÍA INES</b>
E-mail:	<b>inesmontiglia@hotmail.com</b>
Título de grado que obtiene:	<b>ABOGADO</b>

### Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	<b>“EXTRACCION COMPULSIVA DE SANGRE” Conflicto de derechos: Identidad vs. Intimidad</b>
Título del TFG en inglés	<b>Compulsive extraction of Blood - conflict of Laws: " Identity vs. Intimidate "</b>
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	<b>PIA</b>
Integrantes de la CAE	Prof. María Celeste Blasco y Prof. María Cecilia Pérez
Fecha de último coloquio con la CAE	<b>04 de octubre de 2012</b>
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	<b>PDF</b>

### Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

#### Autorización de Publicación electrónica:

- Si, inmediatamente**
- Si, después de ..... mes(es)**
- No autorizo**

**COZZI MONTIGLIA  
MARÍA INES**

Firma del alumno