

Trabajo Final de Graduación
Universidad Empresarial Siglo 21

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para sustentar la extracción directa, con o sin consentimiento, de mínimas muestras biológicas con fines identificatorios en el caso de supuestos hijos de desaparecidos?

Carrera: Abogacía

Alumno: Mateo Molas y Molas

Año: 2013

a- Resumen

Durante la última dictadura militar que tuviera lugar en nuestro país (1976-1983) se cometieron un sin número de atrocidades, pero en este trabajo nos detendremos en lo que hace a la apropiación ilegal y sustitución de identidad de los niños secuestrados y de aquellos nacidos en cautiverio; y en particular al conflicto que resulta entre el derecho a la Verdad de lo acontecido que tienen las víctimas y familiares de las víctimas del terrorismo de Estado y al Derecho a la Identidad de los niños apropiados, apropiaciones que en muchos casos fueron - y en otros casos aún lo son- encubiertas con inscripciones de nacimientos falsos o a través de adopciones irregulares. Nos interesa analizar si cuando se ordena la extracción de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas con fines identificatorios en el marco de los distintos procesos penales que aún hoy están en curso en este tipo de causas, la persona que debe someterse a la prueba tiene la potestad de negarse a que dicha medida de prueba se lleve a cabo, ya sea porque se base en el supuesto derecho a no conocer su realidad biológica, porque se niegue a comprometer a sus “padres” o porque la medida constituye una limitación a sus derechos. En otras palabras, investigar si efectivamente esta medida constituye una injerencia en la intimidad que afecta la dignidad, la integridad física y salud psíquica resultando de la misma una limitación del goce de derechos constitucionales u otros derechos humanos o si, por el contrario, esta supuesta limitación a derechos constitucionales y derechos humanos se ajusta a derecho. Entendemos que esto último no sucede, y para ello intentaremos poner de manifiesto cuales son las bases legales sobre las que se apoya esta medida y, además, un análisis de la jurisprudencia argentina al respecto, para poder dilucidar la evolución a lo largo de los años al respecto.

b- Abstract

During the last military dictatorship that took place in our country (1976-1983), a countless number of atrocities were committed, but in this work we will stop in regard to the illegal appropriation and replacement of identity of the kidnapped children who were born in captivity, and in particular, we will analyze the resulting conflict between the right to the truth of what happened with the victims and families of the victims of State terrorism and the right to identity of the previously mentioned appropriate children, appropriations which in many cases were - and in other cases still are - covert by forged birth registrations or through irregular adoptions. We are interested in analyzing if when the blood, saliva, skin, hair or other biological samples extraction is ordered for purposes of identification within the various criminal proceedings that are still ongoing in this type of cases, the person who must yield to this test has the power to refuse having this test carried out, either based on the alleged right of unknowing their biological reality, in order not to bind their “parents”, or because such action constitutes a restriction to their rights. In other words, investigating if this measure effectively constitutes interference to privacy, which affects the dignity, physical integrity and mental health and as a result, a deprivation of the enjoyment of constitutional rights or other human rights or if conversely, this alleged limitation to the constitutional and human rights fits the law. We understand this does not happen and for that we will attempt to bring to light which are the legal bases on which this measure relies and an analysis of the Argentinean jurisprudence about it to elucidate the evolution over the years in this regard.

c- Palabras Preliminares

Este trabajo es la finalización de un importante período de formación profesional, por lo que, pese a las urgencias en poder darle un fin a esta etapa, era importante para mí ocuparme de algún tema que resultara de mi interés y que al mismo tiempo fuera actual.

Creo que los Derechos Humanos afortunadamente en la actualidad son considerados por los gobiernos, distintas organizaciones no gubernamentales y la sociedad en general como vitales para el desarrollo de las personas en cualquier lugar del mundo, y su defensa y control, para evitar violaciones a los mismos, trascienden cualquier ideología política o partidaria.

Desafortunadamente, la violación de los Derechos Humanos practicada por un Estado contra sus ciudadanos no ha sido una rareza a lo largo de la historia mundial. En el caso de la Argentina, durante la última dictadura militar que tuviera lugar entre los años 1976-1983, la lista de atrocidades es tristemente abundante, constituyendo probablemente el período más oscuro de nuestra historia.

Conocer la verdad sobre lo sucedido, quienes fueron las víctimas y quienes los que llevaron a cabo la perpetración de esos crímenes es de vital importancia para cualquier sociedad, ya que tener cabal conocimiento de todo lo acontecido nos dará herramientas para evitar que este tipo de hechos puedan llegar a repetirse en un futuro.

En este sentido, la Corte IDH va más allá aún, al considerar que la garantía para la no repetición de las violaciones de derechos humanos en un Estado, implica que no exista impunidad, entendiendo que ésta se da cuando “no ha sido determinada toda la verdad de los hechos ni la totalidad de las responsabilidades de los mismos” (Corte IDH, 2006c: par.320).

Las causas en las que se investigan la apropiación ilegal y sustitución de identidad de los niños secuestrados y de aquellos nacidos en cautiverio durante la última dictadura militar son el disparador para este TFG.

En particular, nos interesa investigar si la medida que ordena la extracción compulsiva de sangre con fines identificatorios constituye una injerencia en la intimidad que afecta la dignidad, la integridad física y salud psíquica resultando de la misma una limitación del goce de derechos constitucionales u otros derechos humanos o si, por el contrario,

esta supuesta limitación a derechos constitucionales y derechos humanos se ajusta a derecho.

Existen distintos motivos para ello. En primer lugar por lo aberrante del delito; cuesta imaginar que éstos hayan tenido lugar, y sin embargo, la lista de casos es larga, y aún hay centenares de ellos sin resolver.

Además, dadas las características de los delitos que se investigan, se trata de delitos vigentes en la actualidad, ya que el ilícito sigue perpetrándose hasta que la sustracción, retención u ocultamiento no terminan. Sumado a esto, al ser delitos de lesa humanidad, son imprescriptibles.

Por otra parte, la búsqueda de la verdad para la sociedad argentina sigue estando en el centro de la agenda, y la gran cantidad de causas que están en curso con respecto a los delitos cometidos durante la última dictadura militar es una clara muestra de ello.

El hecho de que exista jurisprudencia encontrada sobre la procedencia o no de la única medida de prueba capaz de brindar certezas acerca de la filiación de los menores apropiados -hoy ya mayores de edad- es suficiente para motivar una investigación sobre los fundamentos legales que la sustentan para ponerlos de relieve, ya que esto puede resultar de utilidad tanto en la práctica como para la doctrina.

Existen otras tres motivaciones para intentar profundizar sobre esta temática que no puedo dejar de mencionar: mi condición de futuro hombre de derecho, mi condición de hijo nacido precisamente en la época en la que tuvieron lugar estas atrocidades, lo que me hace tener la edad de las víctimas de estos delitos y por último, mi condición de padre.

Antes de finalizar, no quiero dejar de agradecer a mis padres por el apoyo que me brindaron a lo largo de toda la carrera, a mi vieja en particular por el refuerzo en las ayudas durante el armado de este trabajo, a María por facilitarme tantas lecturas, a Brigitte por siempre estar disponible y en especial a mi esposa Ceci, y mis hijas Bianca y Martina, por soportarme y darme las energías diarias para poder llevar adelante, y en simultáneo, trabajo, familia y estudios.

d- Índice General

<i>a-</i> Resumen.....	2
<i>b-</i> Abstract.....	3
<i>c-</i> Palabras Preliminares.....	4
<i>d-</i> Índice General.....	6
<i>e-</i> Introducción.....	9

Capítulo I

Apropiación ilegal y sustitución de identidad de los niños secuestrados y de aquellos nacidos en cautiverio durante la última dictadura militar

<i>1.1</i> Introducción.....	12
<i>1.2</i> Art. 146 del Código Penal.....	12
<i>1.3</i> Otros delitos relacionados.....	14
<i>1.4</i> El marco Internacional – Delitos de Lesa Humanidad.....	15
<i>1.5</i> Desaparición Forzada de Personas.....	17
<i>1.6</i> Artículo 20.....	18
<i>1.7</i> Convención sobre los Derechos del Niño.....	19
<i>1.8</i> Resumen.....	20

Capítulo II

Derecho a la Verdad

<i>2.1</i> Introducción.....	22
<i>2.2</i> Evolución Histórica.....	22

2.3 La situación en la Región.....	26
2.4 Contenido.....	28
2.5 Alcances.....	29
2.6 Resumen.....	32

Capítulo III

Derecho a la Identidad

3.1 Introducción.....	34
3.2 Evolución Histórica.....	35
3.3 Alcances.....	38
3.4 Resumen.....	39

Capítulo IV

Jurisprudencia

4.1 Introducción.....	41
4.2 Causa “Vázquez Ferrá”, CSJN, Septiembre de 2003.....	42
4.3 Causa “Vázquez Sarmiento”, Noviembre de 2003.....	46
4.4 Causa “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años”, CSJN, Agosto de 2009.....	48
4.5 Causa “Noble Herrera”, Cám. Nac. Casación, Sala II, Junio de 2011.....	51
4.6 Resumen.....	54

Capítulo V

Extracción compulsiva de mínimas muestras de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras con fines identificatorios

5.1	Introducción.....	56
5.2	Art. 218 bis del CPPN.....	57
5.3	Alcances.....	59
5.4	Resumen.....	59

Capítulo VI

Conclusiones

6.1	Conclusiones.....	61
-----	-------------------	----

Bibliografía

7.1	Doctrina.....	64
7.2	Legislación.....	65
7.3	Jurisprudencia.....	65

e- Introducción

Durante la última dictadura militar que tuviera lugar en nuestro país (1976-1983) se cometieron un sin número de atrocidades, pero en este trabajo nos detendremos en lo que hace a la apropiación ilegal y sustitución de identidad de los niños secuestrados y de aquellos nacidos en cautiverio; y en particular al conflicto que resulta entre el derecho a la Verdad de lo acontecido que tienen las víctimas y familiares de las víctimas del terrorismo de Estado y al Derecho a la Identidad de los niños apropiados, apropiaciones que en muchos casos fueron - y en otros casos aún lo son- encubiertas con inscripciones de nacimientos falsos o a través de adopciones irregulares.

Puntualmente, nos interesa analizar si cuando se ordena la extracción de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas con fines identificatorios en el marco de los distintos procesos penales que aún hoy están en curso en este tipo de causas, la persona que debe someterse a la prueba tiene la potestad de negarse a que dicha medida de prueba se lleve a cabo, ya sea porque se base en el supuesto derecho a no conocer su realidad biológica, porque se niegue a comprometer a sus “padres” o porque la medida constituye una limitación a sus derechos.

En otras palabras, investigar si efectivamente esta medida constituye una injerencia en la intimidad que afecta la dignidad, la integridad física y salud psíquica resultando de la misma una limitación del goce de derechos constitucionales u otros derechos humanos o si, por el contrario, esta supuesta limitación a derechos constitucionales y derechos humanos se ajusta a derecho.

A lo largo del presente trabajo desarrollaremos los distintos fundamentos que avalan la medida que ordena la extracción compulsiva de muestras de sangre con fines identificatorios.

En primer lugar, el hecho que la apropiación ilegal y sustitución de identidad de los niños secuestrados y de aquellos nacidos en cautiverio durante la última dictadura militar se encuentre catalogada, de acuerdo a la normativa internacional, dentro de los delitos de lesa humanidad hace surgir dos elementos insoslayables: la imprescriptibilidad de los delitos y la obligación internacional de los estados para investigar estos hechos.

En segundo lugar, a nivel nacional la figura delictiva de la apropiación de menores tiene

recepción normativa en nuestro Código Penal y la medida probatoria que ordena la extracción, desde el año 2009 está consagrada en el Código Procesal Penal de la Nación. Si bien es evidente que en los casos de adopciones conforme a la ley no se discute la potestad del interesado en conocer o no su identidad biológica, ya que no se puede pensar en obligarlo en conocer dicha información, no ocurre lo mismo en el marco de la investigación penal de los casos que nos ocupan; es decir, apropiaciones de identidad y los delitos que traen aparejados, en donde hacer cesar el delito es la primera función de quien investiga los hechos delictivos.

No existe demasiado desarrollo doctrinario hasta la fecha en la materia, pero si hay antecedentes jurisprudenciales con decisiones encontradas y fundamentos para las mismas de distinta índole. En este sentido, nos servirán de referencia en especial la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) en el caso “Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/incidente de apelación”, en donde se denegó la extracción compulsiva de muestras de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas necesarias para dar curso al peritaje de polimorfismo de ADN con fines identificatorios, dejando sin efecto la decisión del juez de primera instancia.

Sin embargo, desde ese fallo la jurisprudencia parece ahora fallar en sentido contrario. Ejemplos de ello encontramos en las causas “Vázquez Sarmiento, Juan Carlos y otros s/sustracción de un menor”, en donde se ordenó y llevó a cabo el análisis compulsivo, y también en el fallo perteneciente a la Sala II de la Cámara Nacional de Casación, en la causa “Noble Herrera Marcela y otro s/recurso de casación” en donde también se mantuvo la decisión del a quo de proceder a la extracción compulsiva. Otros ejemplos encontramos en las sentencias de la CSJN en las causas “Gualtieri Rugone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años”.

A raíz de estas contradictorias sentencias surgen distintos interrogantes, tales como investigar cuál ha sido la evolución de los Derechos a la Verdad y a la Identidad y de qué manera se vinculan con casos como los que son objeto de estudio en el presente trabajo; cuáles son los fundamentos sostenidos en distintos fallos para hacer o no factible la extracción con o sin consentimiento de muestras biológicas con fines identificatorios; o bien de qué manera se encuentra regulada la cuestión en nuestro ordenamiento legal.

Este TFG se encuentra dividido en 2 partes. La primera – capítulos I, II y III- se enfoca en las características del delito que se investiga, la relación que existe entre éste y el

Derecho a la Verdad y el Derecho a la Identidad y cuál ha sido el desarrollo histórico de estos dos derechos para poder esbozar una delimitación conceptual acerca de los mismos para poder apreciar la relación que tienen entre sí y con los casos que nos ocupan.

En la segunda, y última, parte – capítulos IV y V – analizaremos la jurisprudencia local en la materia y el marco normativo existente, para luego poder llevar a cabo las conclusiones – capítulo VI - y determinar si efectivamente la medida que ordena la extracción directa, con o sin consentimiento, de mínimas muestras de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas con fines identificatorios en el caso de supuestos hijos de desaparecidos se ajusta a derecho.

CAPITULO I

Apropiación ilegal y sustitución de identidad de los niños secuestrados y de aquellos nacidos en cautiverio durante la última dictadura militar

1.1 Introducción

A lo largo de este primer capítulo se describirán los elementos y características más relevantes del tipo delictual que se investiga, y destacaremos también cuáles son los demás delitos tipificados por nuestro Código Penal que normalmente se aplican en estos casos.

Asimismo, nos detendremos en el mismo delito pero para analizarlo desde la perspectiva que nos brindan los diferentes instrumentos internacionales firmados y ratificados por nuestro país, de donde se desprenderá que los delitos “apropiación ilegal” y “sustitución de identidad” de los niños secuestrados y de aquellos nacidos en cautiverio durante la última dictadura militar configuran una modalidad de desaparición forzada de personas.

La desaparición Forzada de Persona constituye un delito de lesa humanidad, por lo cual es imprescriptible y trae aparejada la obligación internacional del Estado Argentino para investigar y juzgar este tipo de crímenes.

1.2 Art. 146 del Código Penal

“Será reprimido con reclusión o prisión de cinco a quince años, el que sustrajere a un menor de diez años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare. (Nota: texto conforme ley N° 24.410)”

El artículo 146 de nuestro Código Penal se encuentra ubicado dentro del Título V, capítulo II, es decir, en la categoría de los delitos contra la libertad individual. Para poder conceptualizar correctamente este tipo, seguiremos la opinión de Núñez, según la

cual “*el núcleo de la figura del artículo 146 no reside ni en la acción de retener al menor, ni en la de ocultarlo. Estas acciones presuponen la sustracción del menor por otra persona. El tipo del artículo 146 exige siempre que el menor haya sido sustraído del poder de una de las personas que menciona, vale decir, según la idea tradicional a que obedece el precepto, que el niño haya sido robado. La retención y la ocultación de que habla el artículo 146 no son aquellas que en sí mismas implican el robo del menor, como son la retención o la ocultación de un niño tomado por el autor por fuera de la esfera física de su guarda legítima. La retención y ocultación que el artículo 146 tiene en cuenta son las vinculadas a una sustracción o robo cometido por un tercero, cuya acción de despojo y ocultación continúa el que retiene u oculta al menor. Retiene el que tiene o guarda al menor sustraído, y oculta el que, además de detenerlo, esconde su ubicación a la vista y conocimiento del titular de la tenencia. Ambos deben obrar con la conciencia y voluntad de hacerlo respecto de un menor sustraído. Pero aquí vale incluso el dolo eventual. Se trata de autores principales del delito y no sólo de coautores o cómplices.*”¹

Además, el autor nos indica que se trata de un delito permanente, ya que “*la sustracción, cuya consumación principia con el desapoderamiento del tenedor del menor o con el impedimento de la reanudación de su tenencia, se prolonga, volviendo permanente el delito, con la detención u ocultación del menor fuera del ámbito legítimo de su tenencia.*”²

En lo que hace al objeto material del delito, se desprende sin complicaciones de la letra del artículo de referencia que se trata del menor de 10 años y los ofendidos por el delito son los padres, el tutor o encargado que tienen legítimamente en su poder al menor de 10 años. A ellos hay que agregar entre los ofendidos al mismo niño, ya que con la consumación del delito pierde su estado de familia y se le impiden derechos elementales como vivir y ser criado por sus padres o en su caso, mantener contacto con su padre/madre no conviviente y conocer su identidad y origen biológico, pero sobre este particular nos detendremos más adelante cuando analicemos los instrumentos internacionales.

¹ Núñez, *Derecho Penal Argentino*, tomo IV, 1976.

² Núñez, *Derecho Penal Argentino*, tomo IV, 1976.

La edad del menor no es antojadiza, sino que específicamente se escogió para que el consentimiento no pueda hacer desaparecer el delito, ya que por debajo de la edad escogido el niño carece de voluntad, y de acuerdo con nuestro Código Civil los menores de 10 años no pueden adquirir la posesión de las cosas por sí y sus actos ilícitos serán reputados cometidos sin discernimiento³.

De lo expuesto se desprende que el bien tutelado es la libertad del menor por un lado, y por el otro la voluntad usurpada de sus padres, tutores o personas encargadas de él, ya que se impide el ejercicio de los derechos familiares sobre el menor.

1.3 Otros delitos relacionados

Para intentar ocultar las apropiaciones se llevaron a cabo distintas estrategias. Es importante resaltar antes de adentrarnos en este particular, que hubo casos de personas que se hicieron cargo de niños víctimas de la desaparición pero sin intenciones de complicidad o apropiación, preservando la honestidad del vínculo entre ellos y el niño al no ubicarse en el lugar del fraude.

Se trata de vecinos a quienes los represores les dejaron los niños bajo amenaza de guardar silencio y que, al acogerlo, no le mintieron sobre su identidad; o familias que a través de la adopción recibieron estos niños como si se tratara de carenciados abandonados por su familia y que ante la sospecha de que se trataba de niños a quienes la represión los había privado del derecho de vivir con los suyos se pusieron a disposición de Abuelas de Plaza de Mayo para intentar encontrar la verdad de sus orígenes e historia y posibilitar la integración con quienes nunca los habían abandonado⁴.

Pero casos como los recién mencionados lamentablemente no fueron muy frecuentes. Por el contrario, de los centenares de casos denunciados, y de acuerdo con el equipo interdisciplinario de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, es posible determinar que las apropiaciones se llevaron a cabo por 2 vías: secuestro por apropiación encubierta por

³ Artículos 921 y 2392 del Código Civil.

⁴ Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, *Restitución de niños*, 1997.

adopción y secuestro por apropiación directa, práctica en que se inscribía a los niños como propios.

A través de estas dos vías, encontramos apropiaciones cometidas por quienes intervinieron directamente en la desaparición/asesinato de los padres; apropiaciones por cómplices que no actuaron directamente en la desaparición/asesinato de los padres; apropiaciones por falseadores, quienes sabiendo el origen del niño falsearon su nombre, fecha de nacimiento e historia anotándolo como propio y apropiaciones por “adopción” quienes buscaron en esta institución la forma de encubrir la apropiación⁵.

En esta clasificación quedan de manifiesto otros delitos tales como el de supresión y suposición de estado civil, el de falsedad ideológica de instrumento público, todos previstos por nuestro Código. Ellos son los artículos 139 inc. 2, 292 inc. 2 y 293⁶.

1.4 El marco Internacional – Delitos de Lesa Humanidad

Las conductas y hechos que nos interesan, quedan tipificados como delitos de lesa humanidad, conforme a las distintas Convenciones que rigen la materia y que la

⁵ Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, *Restitución de niños*, 1997.

⁶ **Artículo 139:** Se impondrá prisión de 2 a 6 años:

1. A la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan.
2. Al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de 10 años, y el que lo retuviere u ocultare.

Artículo 292: El que hiciere en todo o en parte un documento falso o adultere uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, si se tratare de un instrumento público y con prisión de seis meses a dos años, si se tratare de un instrumento privado. Si el documento falsificado o adulterado fuere de los destinados a acreditar la identidad de las personas o la titularidad del dominio o habilitación para circular de vehículos automotores, la pena será de tres a ocho años.

Para los efectos del párrafo anterior están equiparados a los documentos destinados a acreditar la identidad de las personas, aquellos que a tal fin se dieren a los integrantes de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales o penitenciarias, las cédulas de identidad expedidas por autoridad pública competente, las libretas cívicas o de enrolamiento, y los pasaportes, así como también los certificados de parto y de nacimiento.

Artículo 293: Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio. Si se tratase de los documentos o certificados mencionados en el último párrafo del artículo anterior, la pena será de 3 a 8 años.

Argentina ha ratificado y elevado a nivel constitucional como oportunamente veremos por lo que le cabe en caso de incumplimiento de dichas Convenciones, responsabilidad estatal internacional.

En lo que hace a las características de delito de lesa humanidad, en el sentido que son imprescriptibles y obligan al Estado a investigar y juzgar, se encuentran consagradas por los tratados internacionales en la materia ratificados por la Argentina, que de acuerdo a la reforma del año 1994 poseen jerarquía constitucional.⁷

En este sentido, son referencias obligatorias en primer lugar la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas⁸, en donde queda de manifiesto la obligación internacional de los Estados para que *“además de las sanciones penales aplicables, las desapariciones forzadas deban comprometer la responsabilidad civil de sus autores y la responsabilidad civil del Estado o de las autoridades del Estado que hayan organizado, consentido o tolerado tales desapariciones, sin perjuicio de la responsabilidad internacional de ese Estado conforme a los principios del derecho internacional”*.⁹

En el mismo documento internacional, el artículo 13 establece, entre otras cosas, que *“Los Estados asegurarán a toda persona que disponga de la información o tenga un interés legítimo y sostenga que una persona ha sido objeto de desaparición forzada el derecho a denunciar los hechos ante una autoridad estatal competente e independiente, la cual procederá de inmediato a hacer una investigación exhaustiva e imparcial. Toda vez que existan motivos para creer que una persona ha sido objeto de desaparición forzada, el Estado remitirá sin demora el asunto a dicha autoridad para que inicie una investigación, aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal(...)velarán (los estados) por que la autoridad competente disponga de las facultades y los recursos necesarios para llevar a cabo la investigación, incluidas las facultades necesarias para exigir la comparecencia de testigos y la presentación de pruebas pertinentes(...).*

Deberá poderse hacer una investigación, con arreglo a las modalidades descritas en los párrafos que anteceden, mientras no se haya aclarado la suerte de la víctima de una

⁷ Constitución Nacional, artículo 75, inc. 22.

⁸ Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas Aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992.

⁹ Artículo 5 de la ya citada Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

desaparición forzada.”

En términos prácticamente iguales se expide la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994¹⁰. De la definición del delito de desaparición forzada de personas que brindan estos documentos, como bien explicara el Dr. Gabriel Ignacio Anitua en el 3º Coloquio Interdisciplinario de Abuelas de Plaza de Mayo “*surge con claridad que son sujetos pasivos del delito que se investiga tanto el menor sustraído – o “desaparecido”- como aquellos familiares que solicitan información sobre el paradero de esa persona y a quienes se les es negada u ocultada(...) la necesidad de realizar determinadas medidas que no están sólo destinadas a buscar la verdad sobre algo sucedido en el pasado sino también para poner fin a un delito que se sigue cometiendo hasta que no se otorgue la información solicitada a los familiares reclamantes(...)De allí la importancia de pensar en pruebas que permitan acreditar el vínculo. Por un lado está la demanda frente a un delito que se sigue cometiendo mientras se niegue la información solicitada por los sujetos pasivos del delito de desaparición forzada de personas. Poner fin a ello responde a funciones de prevención que también ejerce la jurisdicción penal. Pero también persisten argumentos estrictamente encaminados a la averiguación del delito”¹¹.*

1.5 Desaparición Forzada de Personas

Para poder enunciar los motivos por los que los delitos de apropiación de menores que tuvieron lugar durante la última dictadura militar son una modalidad de la desaparición forzada de personas nos detendremos nuevamente en los instrumentos internacionales que rigen en la materia.

En la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas¹², más precisamente en sus considerandos, se establece que debe entenderse que hay desaparición forzada cuando “*se arreste, detenga o traslade contra su voluntad*

¹⁰ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de aprobada durante la 24º Asamblea General de la OEA en 1994, ratificada en nuestro país por la ley 24.556 y elevada a jerarquía constitucional por ley 24.820.

¹¹ Anitua, *Derecho a la Identidad y persecución de crímenes de lesa humanidad*, 2006.

¹² Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 47/133 del 18 de diciembre de 1992.

a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley”.

En el artículo 1° del mismo instrumento internacional, se establece entre otras cosas, que la desaparición forzada implica un ultraje a la dignidad humana, le causa graves sufrimientos a la víctima y su familia y que constituye una violación a las normas del Derecho Internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona.

En lo que hace a la equiparación de los casos de apropiación de menores en el marco del terrorismo de Estado y la figura apenas descrita de la desaparición forzada, es en el artículo 20 de la Convención donde se establecen parámetros y condiciones sumamente importantes en lo que hace a las obligaciones que nacen para los Estados partes y también relativas a la legitimación pasiva para este tipo de delitos, razón por la cual lo transcribiremos textualmente a continuación:

1.6 Artículo 20

1. Los Estados prevendrán y reprimirán la apropiación de hijos de padres de víctimas de una desaparición forzada o de niños nacidos durante el cautiverio de sus madres víctimas de la desaparición forzada y se esforzarán por buscar e identificar a esos niños para restituirlos a su familia de origen.

2. Habida cuenta de la necesidad de preservar el interés superior de los niños mencionados en el párrafo precedente, deberá ser posible, en los Estados que reconocen el sistema de adopción, proceder al examen de la adopción de esos niños y, en particular, declarar la nulidad de toda adopción que tenga origen en una desaparición forzada. No obstante, tal adopción podrá mantener sus efectos si los parientes más próximos del niño dieran su consentimiento al examinarse la validez de dicha adopción.

3. La apropiación de niños de padres víctimas de desaparición forzada o de niños nacidos durante el cautiverio de una madre víctima de una desaparición forzada, así como la falsificación o supresión de documentos que atestigüen su verdadera identidad, constituyen delitos de naturaleza sumamente grave que deberán ser castigados como tales.

4. Par tal fin, los Estados concluirán, según proceda, acuerdos bilaterales o multilaterales.

Este artículo nos da la pauta de algunos elementos fundamentales para comprender la figura: se menciona expresamente la apropiación de menores como una modalidad de desaparición forzada y se insta a los gobiernos a revisar las adopciones que pudieran estar encubriendo estos crímenes, estableciendo que será nula toda adopción que viera origen en una desaparición forzada. Además, se indica la restitución de los menores a sus familias de origen para finalizar los efectos del ilícito.

Otra cuestión que queda de manifiesto es la obligación internacional del Estado, comprendida en investigar los casos, juzgar a los responsables y restituir los menores a sus familias de origen. El hecho que se deje sujeto al consentimiento de los parientes más cercanos del niño la posibilidad de que la adopción mantenga sus efectos, no hace otra cosa que dejar en evidencia el reconocimiento de los familiares como damnificados por este delito.

1.7 Convención sobre los Derechos del Niño

Sumado a las violaciones de lo expuesto, el delito que se investiga también vulnera los lineamientos establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas en el año 1989, con jerarquía constitucional desde 1994. En este instrumento, recogido a nivel local por la Ley N° 26.061, se consagra el interés superior de la niña, niño y adolescente, entendiéndolos como sujetos de derecho.

Los delitos de apropiación y de supresión y suposición de estado civil de menores que tuvieron lugar durante la última dictadura militar, impiden la realización de lo previsto por muchos de los artículos de la mencionada Convención.

Entre ellos encontramos que no se pudo cumplimentar o que aún no pueden cumplimentarse mientras la conducta criminal no finalice, lo establecido por los artículos 2, 7, 8 y 9, ya que en ellos se prevé, entre otras cosas, la inscripción inmediata

después del nacimiento del niño y conocer a sus padres y ser cuidados por ellos; 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 y el compromiso de que los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, además de que 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 identidad¹³.

¹³ **Artículo 2**

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

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

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.

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.
3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.
4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la

1.8 Resumen

Para concluir este capítulo, creemos que hacer una breve reseña a modo de resumen de lo hasta aquí desarrollado puede resultar de utilidad para el lector.

Comenzamos dilucidando cuales son los tipos penales que quedan subsumidos en los delitos que se analizan y en particular nos detuvimos en el art. 146 del Código Penal.

Siguiendo a Núñez¹⁴, lo describimos como un delito permanente, cuyos efectos se siguen produciendo hasta que no se ponga a la retención u ocultamiento. También caracterizamos como ofendidos por el delito a los padres, tutores o encargados del menor y al mismo niño sustraído. Además, quedó de manifiesto que los bienes tutelados son la libertad del menor por un lado y la voluntad usurpada de sus padres, tutores o personas encargadas de él por el otro, ya que se impide el ejercicio de los derechos familiares sobre el menor.

A continuación se mencionaron otras figuras previstas por el Código Penal que se configuraron para intentar ocultar la apropiación, tales como las previstas por los artículos 139 inc. 2, 292 inc. 2 y 293.

Ya en la parte final, enunciamos las consecuencias penales que se derivan al ser considerado el delito como de lesa humanidad, esto es la imprescriptibilidad de los crímenes y la obligación internacional del Estado de investigar y juzgar los casos, ya que de lo contrario nuestro país estaría incumpliendo las obligaciones asumidas en ese orden.

Además se procedió a enumerar los documentos internacionales firmados y ratificados por nuestro país que se ven vulnerados ante la comisión de los delitos que nos ocupan, y entre algunas características que de ellos se desprenden encontramos el reconocimiento de los familiares del menor desaparecido como damnificados por este delito, la nulidad de las adopciones que tengan origen en una desaparición forzada y la restitución de la víctima a su familia de origen como acto que pone fin al ilícito.

presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

¹⁴ Núñez, *Derecho Penal Argentino*, tomo IV, 1976.

CAPITULO II

Derecho a la Verdad

2.1 Introducción

En este segundo capítulo nos ocuparemos de analizar el contenido y los alcances del Derecho a la Verdad, en el marco de los procesos penales tendientes a esclarecer las apropiaciones de menores de edad durante la última dictadura militar.

Para ello analizaremos el desarrollo histórico del Derecho a la Verdad y cuáles son las implicaciones y la recepción que esta evolución tienen en la actualidad.

Explicaremos cuales son los motivos por los cuales, el derecho a conocer lo sucedido por parte de los familiares del menor apropiado/desaparecido (y la sociedad toda como oportunamente veremos) se imponga por sobre el supuesto derecho del menor apropiado (hoy mayor de edad) a no conocer la verdad de lo sucedido.

Veremos cuáles han sido los argumentos de las defensas para oponerse a la medida que ordena la extracción de muestras con fines identificatorios, y que se relacionan con el Derecho a la Verdad que analizamos, tales como la prohibición de testimoniar en casos de parentesco, la supuesta vulneración del derecho a la intimidad y los riesgos que, según se sostiene, la medida podría ocasionar en la salud de quienes deben aportarla.

2.2 Evolución histórica

El Derecho a la Verdad no es un derecho “nuevo”, sino que se encuentra presente desde hace más de 50 años en distintas convenciones y tratados internacionales, ya sea de la Organización de las Naciones Unidas como así también en el marco de la Organización de Estados Americanos. Aunque sí es cierto que en los últimos años ha tenido una evolución muy importante, en especial en el sistema Interamericano, como respuesta a las innumerables violaciones masivas de Derechos Humanos cometidas por los distintos

gobiernos de facto de la región (en especial los casos de Argentina y Chile). El retorno y la continuidad de la Democracia en la región, junto con la voluntad política de los Estados involucrados, dan lugar a que se siga avanzando mucho en estas materias.

Inicialmente, y tal como se desprende del artículo 25¹⁵ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (año 1969), estaba vinculado al derecho de las familias a conocer la suerte de sus seres queridos, derivado de la obligación que tienen los Estados de brindar a las víctimas o sus familiares un recurso sencillo y rápido que los ampare contra violaciones de sus derechos fundamentales.

Pero el Derecho a la Verdad, ya estaba presente en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, en particular en sus artículos 32 y 33, que se refieren al derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros y, por otro lado a que tan pronto como las circunstancias lo permitan, cada parte en conflicto buscará a las personas cuya desaparición haya señalado una parte adversa, respectivamente.

Desde entonces la interpretación de este derecho ha evolucionado y actualmente se considera, por lo menos por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que el derecho a la Verdad pertenece a las víctimas y sus familiares y también a la sociedad en general. Conforme a esta concepción, el derecho a la verdad se

¹⁵ **Artículo 25. Protección Judicial**

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados partes se comprometen:
 - a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

basa no solo en el Artículo 25, sino también en los artículos 1(1), 8 y 13 de la Convención¹⁶. En la actualidad, se sostiene con unanimidad como legitimados pasivos de este derecho a las víctimas, familiares y la sociedad en general.

¹⁶ **Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos**

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d. derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

Son innumerables las resoluciones de distintos organismos de Derechos Humanos en donde se reconoce la importancia de respetar y garantizar el Derecho a la verdad para contribuir a acabar con la impunidad y promover y proteger los derechos humanos; se promueve la creación por parte de los Estados de mecanismos judiciales específicos, así como otros mecanismos extrajudiciales, como las comisiones de la verdad y la reconciliación, que complementan el sistema judicial, para investigar las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.¹⁷

Antes de adentrarnos en el contenido del derecho del que nos ocuparemos en este capítulo, consideramos importante recordar que para poder llegar a las causas que hoy analizamos, nuestro país pasó por distintas etapas en lo que hace al juzgamiento de los ilícitos. Si bien no nos detendremos para analizar en profundidad estos momentos históricos, es ineludible por lo menos realizar una mención.

Una vez recuperada la democracia, se creó la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP), con el propósito de investigar el destino de los desaparecidos y en el año 1984 el organismo publicó el informe Nunca Más. Poco tiempo pasó hasta que tuvieron lugar los Juicios a las Juntas Militares, donde se juzgó y condenó a los máximos responsables de las Fuerzas Armadas.

Poco después, sin embargo, se sancionaron las leyes de Obediencia Debida y Punto final, producto de las presiones de las Fuerzas Armadas recibidas por el gobierno del entonces presidente Alfonsín. Con estas leyes se fijó un plazo perentorio luego del cual

b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

¹⁷ Por ejemplo Comité de Derechos Humanos (véanse CCPR/C/79/Add.63 y CCPR/C/19/D/107/1981) y el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias (véase E/CN.4/1999/62), E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II; o por parte de la Comisión de Derechos Humanos el E/CN.4/2005/102/Add.1, etc.

ya no sería posible presentar cargos criminales por violaciones a los derechos humanos, y además se fijó una presunción legal que no admitía prueba en contrario, según la cual el personal de menor rango no era punible por haber recibido órdenes.

Recién a fines de los años 90 se pudo proseguir en la búsqueda por conocer lo sucedido; nos referimos a los conocidos como Juicios por la Verdad que tuvieron lugar con posterioridad a las leyes que recién mencionábamos (Punto Final y Obediencia Debida¹⁸) y los indultos dictados por el entonces presidente Menem.

En estos “juicios”, que fueron impulsados por organizaciones de Derechos Humanos, sobrevivientes y familiares de víctimas del Terrorismo de Estado, se buscaba esclarecer en el ámbito de la justicia Penal, las circunstancias de la desaparición de miles de personas que tuviera lugar entre los años 1976-1983, pero con la limitación de la normativa vigente en aquel momento, es decir, no era posible condenar a los que resultaran responsables de los hechos investigados (recién en 2005 fueron declaradas nulas esas leyes).

Sin dudas se trató de una modalidad inédita a nivel mundial, que a las claras debe circunscribirse dentro del contexto de la justicia transicional. Pero como adelantamos, no analizaremos la cuestión en profundidad, ya que hacerlo excedería los fines del presente trabajo.

Lo que sí queremos destacar, es que creemos que estos procesos (no se tratan ni de procesos penales ni de Comisiones por la Verdad) resultaron un instrumento que la sociedad utilizó para buscar que el Estado investigara lo sucedido, ya que alcanzar la Verdad no sólo es un fin del proceso Penal, sino que es una obligación que los Estados tienen no sólo con las víctimas del terrorismo de Estado sino con la sociedad toda.

2.3 La situación en la Región

La situación en países vecinos al nuestro, como por ejemplo Chile o Uruguay no es igual a la de nuestro país. En ambos países existen leyes de auto amnistía para los implicados en delitos de lesa humanidad, algo que en realidad está presente en todos los países de la región que sufrieron dictaduras militares, ya que de esta forma intentaban

¹⁸ Ley 23492 y 23521 respectivamente.

los implicados en las violaciones sistemáticas a los DDHH quedar impunes al regresar las democracias. Pero si bien cada país recorre su propio camino al respecto del juzgamiento de los delitos de lesa humanidad, en los últimos años la presión de organismos de Derechos Humanos, y en especial de la CIDH, ha logrado que los países empiecen a cumplir los estándares en materia de estos juicios elaborados por la Corte Interamericana.

En Uruguay, la transición a la democracia tuvo un costo elevado: la llamada Ley de Caducidad, que establecía que para juzgar delitos cometidos por uniformados el fiscal debía obtener antes la autorización del Ejecutivo. En 1989 y 2009 se intentó derogar la norma mediante dos consultas populares. En ambas ocasiones se impuso, aunque por un pequeño margen, la continuidad de la ley.

En relación al caso *Gelman vs Uruguay*, la CIDH entendió, en su resolución del 20 de marzo de 2013, que El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos.

En Chile, en el año 1978 se dictó el Decreto Ley N° 2191 conocido como D.L. de Amnistía que vino en otorgar un auto perdón a los sujetos que habían cometido violaciones a los DDHH. Fue publicado en el Diario Oficial del 19 de abril de 1978 cuando el Congreso Nacional llevaba cinco años disuelto. Hasta fines de los 1990, la ley de amnistía fue uno de los mayores obstáculos que impedía la investigación de los hechos ilícitos cometidos durante la dictadura. Exculpa de responsabilidad penal a quienes cometieron delitos, fueron inductores o encubridores de crímenes cometidos desde el mismo día del golpe militar, el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de marzo de 1978, cuando se levantó el estado de sitio. Cuando entró en vigor el DL 2191 la gran parte de los tribunales se declararon incompetentes y trasladaron los casos de derechos humanos a la justicia militar, con resultados fáciles de imaginar.

Sin embargo a fines de los años 90 se empezó a notar una voluntad para reinterpretar la ley, permitiendo investigar los hechos y señalar los responsables antes de invocar la ley

de amnistía automáticamente a cualquier caso relacionado a violación de derechos humanos.

Actualmente, la Corte IDH ha sido categórica en el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” al señalar que el D.L. 2191 de auto-amnistía es contrario a las obligaciones del Estado de resguardar y promover los derechos fundamentales, rechazando su aplicación. “En definitiva, las actuaciones de las autoridades judiciales y civiles chilenas han violado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los tratados internacionales de DDHH y las obligaciones emanadas de los principios del *ius cogens* que atribuyen a los crímenes contra la humanidad un carácter imprescriptible, inamnistiable e inindultable”.

2.4 Contenido

La comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya en su Informe anual 1985/1986 estableció que “toda sociedad tiene el irrenunciable 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 evitar que estos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro. A la vez, nada puede impedir a los familiares de las víctimas conocer lo que aconteció con sus seres más cercanos.”¹⁹

La ONU, en el 61º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos²⁰, ensaya una definición del Derecho a la Verdad, refiriéndose al mismo como el “**Derecho a Saber**” que estaría conformado por 3 elementos. El primero es el *Derecho inalienable a la Verdad*, vinculado al derecho de la sociedad a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes.

El segundo de los elementos sería el *Deber de Recordar*, consistente en una serie de medidas que cada Estado debe llevar a cabo para preservar del olvido la memoria

¹⁹ CIDH, Informa Anual 1985-1986-OEA / Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev. 1, p.205

²⁰ E/CN.4/2005/102/Add.18 de febrero de 2005.

colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas de las historias de opresión sufridas por esos pueblos.

Y el tercer y último elemento sería el *Derechos de las Víctimas a saber*, que se refiere en particular a que, independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima.

Esta definición se da en el marco de la lucha contra la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, y relacionando siempre el Derecho bajo análisis junto con el derecho de acceso a la justicia, el derecho a obtener un recurso y una reparación efectivos y otros derechos humanos pertinentes, ya que el no cumplimiento de alguno de ellos impediría el respeto cabal de los otros.

De la definición apenas comentada surgen con claridad las directrices que los Estados deben seguir para poder garantizar el cumplimiento del acceso al Derecho a la Verdad: asegurar el acceso a la justicia de víctimas y familiares para poder conocer las circunstancias y los motivos por los que tuvieron lugar los crímenes, en particular la identidad de los autores de los hechos que dieron lugar a las violaciones y, además, el compromiso por la memoria colectiva.

Por su parte, pero siempre en la misma corriente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entendió al Derecho a la Verdad como “el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”²¹.

2.5 Alcances

En materia de Derecho Penal, y en particular en el caso de apropiaciones de menores que encuadran según la normativa internacional como delito desaparición forzada (y la consecuente calificación como delitos de lesa humanidad), no hay fundamentos legales

²¹ CIDH, Caso “Barrios Altos”, sentencia del 14 de marzo de 2001.

que respalden la posibilidad por parte de la víctima de “convalidar” o “perdonar” el delito que se investiga, ya que uno de los fines del proceso es alcanzar la verdad material de lo sucedido.

Para alcanzar este fin, y para garantizar el cumplimiento del Derecho a la Verdad, vimos que el Estado debe brindar los medios necesarios para conocer lo sucedido, y a continuación veremos cual es la repercusión que esto tiene en las causas que nos ocupan.

En algunas de las causas, tales como el caso Vázquez Sarmiento²² o el Caso Noble Herrera²³, encontramos elementos comunes en lo que hace a las argumentaciones de las defensas en cuanto a la oposición a la medida que ordena la extracción compulsiva de muestras con fines identificatorios, y sobre ellas nos detendremos: se trata de la abstención de declarar, equiparando erróneamente el resultado de la extracción de sangre con una declaración; la supuesta vulneración a la intimidad del sujeto que debe aportar la muestra y que la medida importaría un riesgo para la salud.

Sobre esta última aseveración, de los posibles riesgos para la salud de quien se somete a la prueba de ADN, los tribunales suelen reconocer que existe una afectación al derecho a la integridad física y psíquica, pero que la medida 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.²⁴

Algo similar sucede con la supuesta vulneración al Derecho a la Intimidad, ya que como viéramos previamente, también están presentes el derecho de los familiares querellantes y de la sociedad toda a conocer la Verdad, amén de la responsabilidad internacional asumida por el Estado Argentino en la materia, lo que lo obliga a lograr el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento de los culpables; por lo que en definitiva

²² Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Vázquez Sarmiento, Juan Carlos y otros s/sustracción de menores de 10 años”, 08 de Septiembre de 2009, Sentencia n° V. 587 XLIII, recuperado de <http://ar.vlex.com/vid/-66966605>.

²³ Cámara Nacional de Casación, “Noble Herrera Marcela y otro s/recurso de casación”, 02 de Junio de 2011, Causa n° 13.957, tomado de http://www.perfil.com/docs/20110602_-_noble_herrera.pdf.

²⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Vázquez Sarmiento, Juan Carlos y otros s/sustracción de menores de 10 años”, 08 de Septiembre de 2009, Sentencia n° V. 587 XLIII, recuperado de <http://ar.vlex.com/vid/-66966605>.

termina cediendo el derecho a la intimidad del menor apropiado en lo que hace a no develar su identidad biológica.

Se ha tratado en algunos casos de equiparar la muestra de ADN con una declaración, y a su vez, dentro de esta errónea concepción, de hacer valer la posibilidad de abstenerse de declarar para no perjudicar a los parientes sanguíneos de grado cercano.

Pero no se trata de una declaración, y aunque equivocadamente así lo entendiéramos, no se podrían de ninguna manera aplicar los eximentes que rigen para no declarar en contra de los familiares cercanos en cierto tipo de delitos, ya que aquí lo se investiga es precisamente la presencia o ausencia de ese nexo “familiar”.

Esta particular posición de testigos-víctimas en la que se encuentran los hijos de desaparecidos, nos lleva a tener que recordar, aunque sea de manera somera el concepto de objeto de prueba.

Hablamos de objeto de prueba cuando el imputado colabora pasivamente en distintos actos probatorios, en aquellos casos en que la obtención de la prueba no importe daño físico o psíquico para el sujeto ni lesione los derechos propios de un ser humano; lo que no está permitido es compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener una declaración. De más está decir que la medida probatoria debe guardar proporcionalidad y pertinencia con el fin perseguido.

Con esta aclaración realizada, podemos analizar con mayor detenimiento este aspecto relacionado a la medida de prueba que ordena la extracción compulsiva de muestras con fines identificatorios en los casos de apropiaciones de supuestos hijos de desaparecidos. Como bien explicaba el Dr. De Luca en el III Coloquio Interdisciplinario de Abuelas de Plaza de Mayo, *“la cláusula contra la autoincriminación ampara solamente declaraciones que son producto del pensamiento de las personas, una elaboración mental, que se reflejan en una conducta activa u omisiva, con sentido intelectual, (...) toda prueba que requiera su colaboración intelectual con sentido expresivo. En cambio, en materia de extracción compulsiva de sangre, pelos, droga transportada en el cuerpo, etc., no se pide el consentimiento ni ningún aporte intelectual del imputado, ni que preste su cuerpo. Directamente se lo ocupa. No hay declaración. No hay compulsión para que declare”*.²⁵

²⁵ De Luca, *Derecho a la Identidad y persecución de crímenes de lesa humanidad*, 2006.

Esto nos permite concluir que la muestras de ADN con fines identificatorios, al igual que muchas otras medidas probatorias en el marco del proceso penal (allanamientos, ruedas de reconocimiento, requisas corporales, etc.) se llevan a cabo sin el consentimiento del sujeto, ya que no representan supuestos de autoincriminación (ya que el individuo no “declara” contra sí mismo) ni de ningún otro principio que basado en otros intereses (protección de la familia o de las relaciones afectivas) pueda ser invocado por el testigo (por ejemplo incriminar a determinados parientes o amigos).²⁶

Es más, cómo bien explica la Cámara Nacional de Casación Penal en oportunidad de resolver el recurso de casación planteado por la defensa en la causa n° 13.957²⁷ la Corte IDH, ha resaltado que la obligación del Estado no se reduce, solamente, a la satisfacción de un derecho a saber lo ocurrido. Sino que ha reiterado la existencia de la obligación de investigar y sancionar a los responsables, y de efectuar una búsqueda seria de las víctimas en el caso de niños colocados en situación de desaparición por actos atribuibles a agentes del Estado, al declarar que el Estado *“en el cumplimiento de su obligación de investigar los hechos denunciados, identificar y sancionar a los responsables y efectuar una búsqueda seria de las víctimas, elimine todos los obstáculos y mecanismos de hecho y derecho que impidan el cumplimiento de dichas obligaciones [...], de modo que utilice todas las medidas a su alcance, ya sea por medio del proceso penal o mediante la adopción de otras medidas idóneas”*²⁸.

²⁶ **Art. 178.-** Nadie podrá denunciar a su cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del denunciante o de un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el denunciado.

Art. 242.- No podrán testificar en contra del imputado, bajo pena de nulidad, su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del testigo o de un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el imputado.

Art. 243.- Podrán abstenerse de testificar en contra del imputado sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; sus tutores, curadores y pupilos, a menos que el testigo fuere denunciante, querellante o actor civil o que el delito aparezca ejecutado en su perjuicio o contra un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el imputado.

Antes de iniciarse la declaración, y bajo pena de nulidad, el juez advertirá a dichas personas que gozan de esa facultad, de lo que se dejará constancia.

²⁷ Causa “Noble Herrera, Marcela y otro s/casación, apartado VIII.

²⁸ Corte IDH, “Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador”, sentencia del 01/03/2005, Serie C., n° 120, § 180

2.6 Resumen

A lo largo del presente capítulo pudimos desarrollar el contenido del Derecho a la Verdad y su evolución a lo largo del tiempo para en la parte final ver de qué manera este derecho se relaciona con los casos bajo análisis.

Es muy interesante el contenido de la definición que analizamos, ya que nos indica con precisión el alcance que debe tener el Derecho a la Verdad y la obligación de los Estados para poder garantizar el respeto por este derecho. En pocas palabras, el Estado debe asegurarse que la sociedad pueda conocer que sucedió en los casos de violaciones a los Derechos Humanos, brindar los medios necesarios para la preservación de la Memoria de lo sucedido y asegurar a familiares y víctimas la posibilidad de conocer la suerte que corrió la víctima en casos de muerte o desaparición.

A través de la jurisprudencia, pudimos conocer los argumentos relacionados con el Derecho a la Verdad utilizados por las defensas para oponerse a las medidas que ordenan la extracción compulsiva de muestras con fines identificatorios en los casos bajo análisis, y dilucidar los motivos por los que consideramos que estos no deben prosperar.

Creemos que si las oposiciones a las medidas que ordenan la extracción de sangre con fines identificatorios en los casos que analizamos prosperaran, se estaría impidiendo alcanzar la verdad de lo sucedido, y de esta forma quedaría sin cumplirse la normativa internacional al respecto, quedando este derecho sin ser respetado ni mucho menos garantizado.

CAPITULO III

Derecho a la Identidad

3.1 Introducción

A lo largo del presente capítulo indagaremos acerca de los orígenes y el contenido del Derecho a la Identidad, para poder analizar su evolución en los últimos años y la manera en que su contenido influye sobre los casos que estamos analizando.

Para lograr los fines mencionados en el párrafo anterior nos apoyaremos en la doctrina existente y también en algunos fallos que consideramos relevantes para ejemplificar los alcances que el Derecho a la Identidad tiene en la actualidad.

En particular, nos detendremos sobre el supuesto derecho a negarse a conocer sus orígenes biológicos que asistiría a las posibles víctimas de apropiación en los casos ocurridos durante la última dictadura militar que sufriera nuestro país.

Éste es un argumento que ha sido utilizado en casi todos los recursos que se oponen a la medida que ordena la extracción compulsiva de muestras con fines identificatorios y que encuentra su origen en los casos de las personas adoptadas conforme a la ley, cómo veremos.

Por este motivo, analizar en qué consiste el Derecho a la Identidad nos resultará de suma importancia para poder apreciar si el argumento es válido o si, por el contrario, como creemos, existen elementos de peso que hacen que no sea posible la oposición a la medida que ordena la extracción compulsiva de muestras con fines identificatorios, en el tipo de casos que estamos analizando.

3.2 Evolución histórica

Al igual que como sucede con el Derecho a la Verdad, el Derecho Identidad ha tenido un desarrollo muy importante en las últimas décadas, sin que esto signifique que se trate de un derecho reciente. Su presencia en documentos y Convenciones Internacionales es muy amplia, por lo que intentaremos referirnos solamente sobre aquellos aspectos que consideramos fundamentales para una cabal comprensión del contenido del mismo.

Se lo considera unánimemente como un componente inherente a la dignidad humana, y en la actualidad su contenido es muy amplio, ya que es un puntal importantísimo para la lucha por el respeto y reconocimiento de cualquier minoría (racial, lingüística, cultural, sexual, religiosa o de cualquier otra índole) como miembros igualitarios de la sociedad, en cualquier lugar del mundo. Por este motivo, se encuentra relacionado con muchos otros derechos.

Una aproximación psicológica a la Identidad nos ayudará a darle mayor profundidad a este análisis, y a dimensionar el daño que la apropiación genera sobre la psiquis del apropiado. Tenemos que tener en cuenta que *“...la identidad de un niño se plasma desde antes de su nacimiento. Se funda en el deseo de los padres acerca del hijo que, unido a la pulsión de vida del bebé y al contexto familiar y cultural, configura la matriz originaria identificatoria. Matriz inalterable que lo constituye y que es el fundamento de la subjetividad, su raíz, su motor (...) La identidad continúa un proceso dinámico de construcción de este que uno es a través del tiempo y de los cambios externo e interiores. Es el saber referido a los aspectos más profundos de nuestra subjetividad, porque la identidad de una persona está definida, justamente, por la singularidad de su historia subjetiva.”*

“Actos, escenas y palabras se inscriben intrapsíquicamente, siguiendo un ordenamiento jerárquico sobre la base de la significación que le otorgan las figuras originarias, especialmente la madre. A partir de estas primeras inscripciones se constituye la primera identidad del yo, que irá dando paulatinamente significación y sentido propio a las inscripciones posteriores(...)Por lo tanto no se logra la identidad imponiendo la integración desde el afuera, sino que es el yo el que liga libidinalmente su historia concreta siendo el protagonista del proceso de identidad...”

“La historia de estos chicos (los menores apropiados) es la historia de la irrupción del horror y de la fractura que ese horror provocó en su incipiente psiquismo, aún antes de poder simbolizar. El horror inscribe una vivencia cuyo efecto sigue latente y actuante mientras dura la defensa represiva. Pensamos que el aparato psíquico de estos niños, para no desestructurarse, deja el horror encapsulado y se 'acomoda' a un ordenamiento de mentiras”.

“Desde la necesidad de posesión de los apropiadores los despojan de su identidad, intentan reemplazar la matriz identificatoria constitutiva, anular el deseo parental y sustituir el proyecto que los padres sostienen para el hijo. Desconocen su singularidad, borran la familia y se imponen como figuras identificatorias fraudulentas.”²⁹

Ya en el ámbito jurídico, el primer documento que debemos mencionar es la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas en el año 1989³⁰, firmada por la Argentina e incorporada a nuestro derecho interno con la ley n° 23849 en el año 1990 y que desde el año 1994 es reconocida con igual jerarquía que la propia Constitución Nacional (art.75 inc. 22).

Del articulado de la mencionada convención, surgen algunos de los caracteres más significativos en lo que hace al contenido del Derecho a la Identidad, en especial los artículos 5, 6, 7, 8 y 9, ya que de ellos se desprenden el derecho al nombre, nacionalidad y conocer a sus padres en la medida que esto sea posible, el derecho a preservar la identidad del niño y las relaciones familiares, como así también el compromiso de los Estados firmados para proteger y asistir en la recuperación de la identidad en los casos en que ésta sea privada ilegalmente.³¹

²⁹ Lic. Laura Conte, “El derecho a la Identidad”, 1995, Eudeba.

³⁰ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989; Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

³¹ **Artículo 5**

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

La convención marca un avance en lo que hace a la Identidad, ya que no la limita a la nacionalidad y el nombre, sino que la relaciona explícitamente a las relaciones familiares.

Estos artículos nos dan una clara idea de los alcances del Derecho a la Identidad, ya que cómo bien nos explica la jurista Nuria Piñol Sala: *“el alcance del derecho constitucional a la identidad logra jerarquizarse con el enunciado del Art. 8 de la Convención. El derecho a preservar la identidad, incluidos el nombre y las relaciones familiares, debe determinarse en el contexto de todo el articulado. Así, las referencias a los artículos 7 y 9 de ese mismo instrumento, en cuanto al derecho del niño a conocer y a ser cuidado por sus padres y a no ser separado de éstos, refuerzan la idea de que el*

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

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.

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

*derecho a la identidad tutela, entre otras proyecciones, el derecho a conocer la verdad sobre el origen biológico y la protección de los vínculos con la familia de origen”.*³²

3.3 Alcances

Cómo esbozáramos en la introducción del presente trabajo, la posibilidad de optar entre conocer o no sus orígenes biológicos por parte de las personas adoptadas está regulada por la Ley Nacional 26.061, que recoge los lineamientos establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas en el año 1989.

Nuestra ley nacional consagra el interés superior de la niña, niño y adolescente, entendiéndolos como sujetos de derecho y establece que *“los organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal con sus padres (...) Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley.”*³³

La ley de Adopción acuerda al adoptado el derecho a conocer su realidad biológica y de acceder al expediente de adopción a partir de los 18 años de edad³⁴ y por otra parte, es requisito para que se dicte la sentencia de adopción que el adoptante se comprometa a hacer conocer al adoptado su realidad biológica.³⁵

En otras palabras, en el ámbito del instituto de la adopción, el derecho que goza toda persona que ha sido adoptada en resguardo de su identidad de origen implica: conocer la naturaleza del vínculo, saber los datos personales de sus padres biológicos, conocer la composición de su familia biológica, así como su identidad cultural y entablar vínculo o

³² Piñol Sala, *Derecho a la Identidad y persecución de crímenes de lesa humanidad*, 2006.

³³ Ley 26061- Título II, artículo 11 – Honorable Congreso de la Nación – 2005.

³⁴ Código Civil Argentino, Art. 328.

³⁵ Código Civil Argentino, art. 321 CC, inc. “h”.

revincularse con su familia biológica y su comunidad de origen, conforme su voluntad. Otros aspectos que resaltan la importancia del acceso a la identidad biológica y que han sido recogidos por el ordenamiento legal en nuestro país son, por ejemplo, el hecho de que las acciones de filiación no prescriban o la posibilidad de que el Ministerio Público ejerza la acción de filiación extramatrimonial con la conformidad de la madre.

La ley es clara al respecto de la posibilidad del adoptado para conocer sus orígenes biológicos, pero el problema radica en que en los casos bajo análisis no se trata de adopciones regulares realizadas conforme a la ley, y es este el principal motivo por lo que el derecho del adoptado a conocer o no su identidad biológica queda en un segundo plano, ya que lo que está siendo investigado es cómo llegaron esos menores a manos de sus adoptantes o supuestos padres en los casos en que aparecen inscriptos como hijos propios. Lo que se investiga en los casos que nos ocupan son posibles apropiaciones.

De allí la necesidad de conocer los vínculos -o su ausencia- entre “adoptantes” y “adoptados”, entre “padres” e “hijos” para poder dilucidar la verdad de lo sucedido con toda certeza, situación a la que difícilmente se podría arribar sin la asistencia de las pruebas genéticas.

3.4 Resumen

En este capítulo analizamos el contenido del Derecho a la Identidad, y pudimos dejar de manifiesto que éste es un derecho inherente a la dignidad humana, y que se refiere tanto al derecho al nombre, a la nacionalidad y a conocer a sus padres en la medida que esto sea posible, como así también al derecho a preservar la identidad del niño y las relaciones familiares.

Además, y de acuerdo a la Convención sobre los Derechos del Niño, existe el compromiso del Estado Argentino (y de todos los Estados firmantes) para proteger y asistir en la recuperación de la identidad en los casos en que ésta sea privada ilegalmente.

A su vez, vimos que en materia de adopción, la persona adoptada tiene el derecho de conocer sus orígenes biológicos si así lo deseara, pudiendo a partir de los 18 años acceder al expediente de adopción.

En esta posibilidad que brinda la normativa argentina vigente en lo que hace a la Adopción, se basa el argumento de oposición a la medida que ordena la extracción

compulsiva de muestras con fines identificatorios, en el interés del interesado en hacerlo; y se argumenta que al tratarse de mayores de edad que no están interesados en conocer sus orígenes biológicos, la Justicia no debería obligarlos a hacerlo.

Sin embargo, como creemos que hemos venido desarrollando, tanto en este capítulo como en los anteriores, lo que se está investigando son posibles apropiaciones ocurridas de manera sistemática durante la última dictadura militar, ocultas bajo adopciones irregulares o falsas inscripciones de nacimientos, motivos por los cuales consideramos que no es posible que las víctimas puedan hoy decidir que no se alcance la verdad en estos casos por su falta de interés en conocer sus orígenes biológicos.

Se trata de delitos de lesa humanidad, y es la sociedad toda la que necesita ponerles fin. Por esto es que creemos que la medida más idónea para echar por tierra las falsas filiaciones y las adopciones irregulares, es demostrando el vínculo sanguíneo entre los posibles apropiados y los familiares que reclaman por la verdad.

CAPITULO IV

Jurisprudencia

4.1 Introducción

En este capítulo nos ocuparemos del contenido de algunos fallos que consideramos importantes en la materia, para de este modo poder analizar cómo los jueces han fundamentado la necesidad de practicar la medida que analizamos, o en su defecto, cuáles fueron los motivos expresados para denegarla. Todo esto de manera cronológica, para poder observar la evolución de la jurisprudencia.

Es bueno aclarar que desde la incorporación del artículo 218 bis del Código Procesal Penal de la Nación, no existe jurisprudencia en contra de la procedencia de la extracción compulsiva de muestras con fines identificatorios, lo que de alguna manera respalda la opinión que daremos en el capítulo V acerca de la pertinencia de la regulación expresa de esta medida.

En primer lugar intentaremos analizar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Vázquez Ferrá, Evelyn Karina s/incidente de apelación”, en donde se denegara la extracción compulsiva de muestras de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas necesarias para dar curso al peritaje de polimorfismo de ADN con fines identificatorios, dejando sin efecto la decisión del juez de primera instancia.

Este fallo generó muchos interrogantes acerca del tema que da lugar al presente trabajo, y dio lugar a que en fallos posteriores se cuestionara la procedencia de la medida cuando ésta fue ordenada.

Luego nos detendremos en las causas “Vázquez Sarmiento, Juan Carlos y otros s/sustracción de un menor”, en donde se ordenó y llevó a cabo el análisis compulsivo, ya que se trata de la primer causa en la que un juez resolvió la cuestión en forma diferente a como lo hiciera la CSJN en “Vázquez Ferrá”.

A continuación veremos la sentencia de la CSJN en la causa “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años”, conocida también como causa “Prieto I”.

Por último, también analizaremos el fallo perteneciente a la Sala II de la Cámara Nacional de Casación, de la causa “Noble Herrera Marcela y otro s/recurso de casación”, en donde se mantuvo la decisión del a quo de proceder a la extracción compulsiva.

Todos estos fallos nos permitirán observar cuales son los motivos que la jurisprudencia ha considerados como valederos para justificar la pertinencia de la medida que ordena la extracción compulsiva de muestras con fines identificatorios.

4.2 Causa “Vázquez Ferrá, Evelyn Karina s/incidente de apelación”, CSJN, Septiembre de 2003

La causa llega a la Corte Suprema de Justicia de la Nación luego de que se interpusiera por parte de la defensa de Evelyn Karina Vázquez Ferrá un recurso extraordinario de apelación contra la confirmación por parte de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la medida que ordenara la prueba hemática a los fines de determinar la verdadera identidad de Evelyn Karina Vázquez Ferrá, aún si ésta no prestara su consentimiento para la realización de la misma.

Entre los motivos expresados por la recurrente encontramos que impugna la orden de extraerle compulsivamente sangre para realizar un examen hematológico que determine si es nieta de la querellante, alegando que la medida constituye una inadmisibles intromisión del Estado en su esfera de intimidad, que lesiona su derecho constitucional a la integridad física, al obligarla a tolerar una injerencia sobre su propio cuerpo en contra de su voluntad; que afecta su dignidad al no respetar su decisión de no traicionar los intensos lazos afectivos que mantiene con aquellos que la criaron y a quienes sigue viendo como si fueran sus verdaderos padres; y que viola garantías constitucionales al no tomar en cuenta que la ley procesal la autoriza a proteger su núcleo familiar autorizándola a negar su testimonio cuando él pudiera derivar una prueba de cargo.

Por voto de la mayoría, la CSJN sorprendentemente deja sin efecto la medida, y decimos sorprendentemente por los motivos que utiliza para impedir que la extracción tenga lugar, motivos que a continuación nos detendremos a analizar.

Al referirse a la “decisión de no traicionar los intensos lazos afectivos que mantiene con quienes la criaron”, expuesta por la recurrente, el voto de la mayoría compuesta por los Dres. Fayt, Belluscio, Petracchi, Moline O’Connor, Boggiano, López y Vázquez, y la disidencia parcial del Dr. Maqueda, entiende que *“cabe acudir a normas de la ley de fondo, la cual exime de responsabilidad penal por el delito de encubrimiento no sólo frente a personas ligadas por vínculos civiles formales sino también a “amigo íntimo” y a “personas a las que se debiese especial gratitud” (art. 277, inc. 3º). Sería absurdo entender que en esos casos la persona esté exenta de responsabilidad por limpiar la sangre de un homicidio u ocultar el botín de un robo, y, en cambio, esté obligada a declarar contra el delincuente o a prestar su cuerpo para la obtención de pruebas incriminatorias; y puesto que la recurrente manifiesta claramente su gratitud hacia quienes en su forzada situación de orfandad la criaron como verdadera hija, aun violando la ley penal, su negativa ha de estimarse justificada. Forzarla a admitir el examen de sangre resultaría, pues, violatorio de respetables sentimientos y, consecuentemente, del derecho a la intimidad asegurado por el art. 19 de la Constitución, a más de constituir una verdadera aberración la realización por medio de la fuerza de la extracción a la cual se niega.”*³⁶

Este pasaje apenas transcrito, evidencia en primer lugar el error de equipar la extracción de la muestra con una declaración, por los motivos que ya analizáramos³⁷.

A esto, la Corte agrega otros argumentos para denegar la procedencia de la medida, desconociendo de esta forma por completo los compromisos internacionales asumidos por nuestro país en materia de Derechos Humanos (y el lugar que éstos ocupan en nuestro ordenamiento legal desde la reforma de 1994), en particular en lo que hace a los delitos de desaparición forzada y su consecuente categorización como crimen de lesa humanidad, la obligación del Estado de investigar los casos y juzgar a los responsables.

³⁶ Considerando n° 10 del voto de la mayoría en la causa “Vázquez Ferrá, Evelyn Karina s/incidente de apelación”.

³⁷ Ver Capítulo II

Nos referimos al pasaje en que el voto de la mayoría asevera que *“si bien los argumentos expuestos serían suficientes para fundar la revocación de la resolución recurrida, cabe añadir todavía que ni siquiera se aprecia la necesidad del examen sanguíneo –calificado por la cámara de prueba meramente complementaria– para concluir en la existencia del delito que motiva el proceso. En efecto, ésta se encuentra prácticamente fuera de duda a partir de la confesión lisa y llana de ambos procesados, con lo que en rigor la prueba no estaría destinada a demostrar la comisión del delito sino la existencia del verdadero lazo de parentesco con la querellante; y a este respecto, su determinación poco añadiría puesto que la misma infracción penal existiría si la recurrente fuera hija de la hija de la querellante, que si lo fuera de otra persona. Y bien, resulta obvio que si aquélla –mayor de edad y capaz– no quiere conocer su verdadera identidad, no puede el Estado obligarla a investigarla ni a promover las acciones judiciales destinadas a establecerla; mientras que si es la querellante quien desea establecer el vínculo de parentesco, nada le impide deducir la acción que le pueda corresponder, en la cual correspondería determinar las consecuencias de la eventual negativa de su supuesta nieta a prestarse a un examen sanguíneo. Todo lo cual no guarda relación directa con la finalidad de comprobar y juzgar el delito que en esta causa se investiga.”*³⁸

Como vemos, el análisis de la cuestión lejos está de ser el correcto, ya que se omiten por completo los intereses de la sociedad en conocer la verdad de lo sucedido, los intereses de los familiares del menor apropiado y los tratados internacionales que dan fundamento jurídico a que estos intereses apenas mencionados deban ser tenidos en cuenta en situaciones como las del presente caso.

En el voto en disidencia del Dr. Maqueda, sin embargo, y afortunadamente, encontramos otro análisis acerca de estas cuestiones, y utilizaremos ciertos pasajes de su fundamentación para aclarar la situación.

En lo referente a la pertinencia de la medida que establecía la extracción de sangre, y apoyándose en jurisprudencia extranjera, expresa que existe *“una clara distinción entre la naturaleza eminentemente comunicativa o testifical de las declaraciones verbales de los imputados, respecto de las pruebas de carácter material que hipotéticamente*

³⁸ Considerando n° 11 del voto de la mayoría “Vázquez Ferrá, Evelyn Karina s/incidente de apelación”.

*puedan obtenerse de sus cuerpos en tanto no se vean afectados los derechos a la intimidad y a la salud”.*³⁹

Además, al explayarse acerca de la supuesta violación a la intimidad de la recurrente que la medida podría ocasionar entiende que, a raíz de los compromisos asumidos por nuestro país, tales como la Convención por los Derechos del Niño, La convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, las Convenciones de Ginebra de 1944 y los Protocolos Adicionales de 1977, la medida debería tener lugar, aún sin el consentimiento de la supuesta víctima.⁴⁰

Al respecto nos dice que *“los intereses de la comunidad en conocer la identidad de las personas desaparecidas y el derecho subjetivo familiar de aquellos vinculados con las supuestas personas que requieren su identificación se unen –en el presente caso– con la investigación del delito de sustracción de menores (art. 146 del Código Penal). La presencia de tales intereses sociales e individuales debe ponderarse, pues, al momento de decidir si la medida dispuesta es de una entidad tal que invada la intimidad de la apelante cuando se trata precisamente de lograr la punición de delitos de tan alta significación en el marco de nuestra sociedad.”*⁴¹

Agrega también que *“asimismo, el interés de la comunidad en una eficaz persecución penal en presencia de hipotéticos hechos delictivos se refleja, desde luego, en múltiples medidas de coerción que se encuentra facultado a adoptar el juez penal para investigar el hecho delictivo (conf. art. 230 del Código Procesal Penal). Toda vez que el objeto del juicio es la averiguación de la verdad objetiva (Fallos: 310:870 y 312:2095), las necesarias e indispensables intromisiones en el habitual marco de intimidad y privacidad de las personas que proceden en situaciones excepcionales –como la que aquí se presenta– para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado no se revelan como ajenas al ámbito de la pesquisa correspondiente al juez penal. En estos casos, corresponde a los tribunales verificar si las medidas requeridas encajan en estos principios de razonabilidad y necesidad en que se mueve la disposición de medidas de*

³⁹ Considerandos n°14, 15, 16, 17,18 y 19 del voto en disidencia parcial del Dr. Maqueda.

⁴⁰ Considerandos n°34, 35, 36, 37 y 38 del voto en disidencia parcial del Dr. Maqueda.

⁴¹ Considerando n°39 del voto en disidencia parcial del Dr. Maqueda.

*coerción en el juicio penal que deben ser calibradas de acuerdo con “las formas de vida aceptadas por la comunidad”.*⁴²

Lamentablemente, reiteramos, la mayoría no pudo realizar el mismo análisis del caso que el Dr. Maqueda hiciera, y nos resulta imposible encontrar justificaciones para tal omisión.

Por último, es importante resaltar que a raíz de este fallo el Estado argentino fue denunciado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violación a los artículos 5, 8, 17 y 25 CADH, y que esta denuncia culminó con una solución amistosa entre los peticionarios y el Estado argentino se comprometió, entre otras medidas a: a) *“enviar al Honorable Congreso de la Nación un proyecto de ley para establecer un procedimiento para la obtención de muestras de ADN que resguarde los derechos de los involucrados y resulte eficaz para la investigación y juzgamiento de la apropiación de niños originada durante la dictadura militar”*; y b) *“a enviar al Honorable Congreso de la Nación un proyecto de ley para modificar la legislación que regula el funcionamiento del Banco Nacional de Datos Genéticos, a fin de adecuarla a los avances de la ciencia en la materia”*.

Creemos que no es un detalle menor destacar que esta solución amistosa constituye el origen de la ley n° 26549, que dio lugar a la incorporación del artículo 218 bis en nuestro código de formas penal nacional.

4.3 Causa “Vázquez Sarmiento, Juan Carlos y otros s/sustracción de un menor”, Noviembre de 2003

Los autos llegan a conocimiento del Juez Federal Canicoba Corral luego de la excusación por parte de la Dra. María Servini de Cubría, titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 1, de la ciudad de Buenos Aires.

Lo primero que hace el magistrado, luego de remitirse brevemente a los antecedentes del caso, es reconocer la existencia del reciente pronunciamiento de la CSJN en el caso “Vázquez Ferrá” en donde se cuestionara la realización compulsiva de una prueba

⁴² Considerando n°40 del voto en disidencia parcial del Dr. Maqueda.

hematológica de compatibilidad, para luego remarcar que las causas diferían sustancialmente entre sí.

Luego, cita jurisprudencia del alto tribunal referida al alcance que debe otorgársele a las decisiones que éste toma, para poder justificar su resolución en sentido contrario a lo que la CSJN había resuelto en la causa antes mencionada. Dice la cita *“cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que las motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el juicio del Tribunal para los casos subsiguientes.”*⁴³

A partir de ese momento, nos expone los motivos que entiende justifican la medida, rebatiendo los argumentos que según la Corte Suprema imposibilitaban la extracción compulsiva.

Al referirse a la violación del derecho a la intimidad, el juez entendió *“que durante el proceso penal se admiten medidas de coerción como la norma antes mencionada, que se justifican por la averiguación de la verdad real en el proceso penal y en el interés de la sociedad en la investigación y castigo de delitos”*.

A su vez, en lo que hace a la situación de la persona imputada, y la supuesta autoincriminación que supondría el resultado del análisis, el Dr. Canicoba Corral nos recuerda, apoyándose en distintos precedentes que la garantía que prohíbe la autoincriminación no protege los casos en los que el imputado es usado como “objeto de prueba”.⁴⁴

Así mismo, se encarga de diferenciar la medida, de la situación de declaración, y la imposibilidad de ampararse en la posibilidad de no declarar contra parientes o amigos.⁴⁵

A continuación, se refiere al artículo 218 del CPPN⁴⁶ (previo a la incorporación del artículo 218 bis) considerando la extracción de sangre de la presunta víctima como un

⁴³ Fallos 33:162

⁴⁴ Fallos 33:162.

⁴⁵ Ver Capítulo II.

⁴⁶ CPPN - **Art. 218.** - Cuando lo juzgue necesario, el juez podrá proceder a la inspección corporal y mental del imputado, cuidando que en lo posible se respete su pudor.

Podrá disponer igual medida respecto de otra persona, con la misma limitación, en los casos de grave y fundada sospecha o de absoluta necesidad.

supuesto de inspección corporal avalado por la norma, ya que se trata de un caso de grave y fundada sospecha, y de absoluta necesidad, extremos requeridos para la procedencia de la medida de acuerdo al mencionado artículo.

Por último, destaca la *“existencia de un excepcional y fuerte interés legítimo de la sociedad –y en mayor grado en los posibles familiares biológicos– en la investigación y castigo de los responsables de delitos aberrantes contra los derechos humanos cometidos en el marco del proceso instalado en este país entre los años 1976 y 1983”*.

A nuestro entender esta resolución se apoya sobre los que creemos son motivos valederos para avalar la procedencia de la medida que ordena la extracción compulsiva de muestras con fines identificatorios, tales como el reconocimiento del interés legítimo de la sociedad y de los familiares en alcanzar la verdad de lo sucedido, en armonía con los fines del proceso penal; pero hay una omisión remarcable.

Nos referimos a los compromisos internacionales asumidos por nuestro país en materia de Derecho Humanos (y el lugar que éstos ocupan en nuestro ordenamiento legal desde la reforma constitucional del año 1994), en particular en lo que hace a los delitos de desaparición forzada, su categorización como crimen de lesa humanidad y las obligaciones del Estado que surgen en consecuencia. No se encuentran en el fallo referencias al respecto.

Sin embargo, en comparación con el fallo que viéramos antes, consideramos que se trató de un gran paso adelante, ya que a partir de esta resolución, el debate quedó abierto, y hubo que esperar a posteriores fallos de la CSJN para saber si ésta mantenía su posición inicial, o si en cambio modificaba su parecer.

4.4 Causa “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años”, CSJN, Agosto de 2009

La causa llega a conocimiento del más alto tribunal nacional luego de que se interpusiera un recurso de hecho por parte de Emiliano Matías Prieto, presunto hijo de personas detenidas ilegalmente, secuestradas y desaparecidas durante la última dictadura

En caso necesario, la inspección podrá practicarse con el auxilio de peritos.

Al acto sólo podrá asistir el defensor o una persona de confianza del examinado, quien será advertido previamente de tal derecho.

militar, en la causa en la que se investiga la responsabilidad criminal de quienes eran a la fecha legalmente sus padres, imputados de haber participado en la maniobra en que se sustrajo al menor cuando era un recién nacido y por la que, posteriormente, se alteró su identidad.

Lo que busca el recurrente es dejar sin efecto un allanamiento, dispuesto por el a quo, a fin de secuestrar diversos efectos de su pertenencia y, cumplida tal medida, ordenó la realización de un estudio pericial sobre los elementos secuestrados tendiente a la obtención de muestra de ADN para los pertinentes estudios de histocompatibilidad, ya entiende que la medida “*viola los derechos a la intimidad, a la integridad física, psíquica y moral, a la dignidad, a la vida privada, a gozar de los derechos civiles, a no ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por la ley, a no ser arbitrariamente detenido o arrestado, a la igualdad ante la ley, y a no ser sometido a torturas*”.

La Corte, en un fallo unánime pero con votos diferentes, ratificó la medida, explicando en el voto de la mayoría que “*Que bajo tales parámetros, corresponde señalar que (la medida) resulta adecuada a los fines indicados en la resolución apelada, puesto que favorece de un modo decisivo la obtención del resultado pretendido, por cuanto aparece como un medio dotado de absoluta idoneidad para arribar a la verdad material, habida cuenta del elevadísimo grado de certeza que brinda. En efecto, dicha práctica permitirá arribar a la verdad objetiva de los hechos investigados en esta causa, esto es, determinar si efectivamente Guillermo Gabriel Prieto es hijo del matrimonio Prieto-Gualtieri o, en su caso, si tiene vínculo biológico con el núcleo familiar Peralta-Zalazar. Despejada esa desafortunada incógnita, se terminará con las angustias de quienes aparecen como víctimas del hecho investigado, consagrándose así el derecho a la verdad y cumpliéndose además la obligación del Estado de proteger a las víctimas e investigar y perseguir delitos de extrema gravedad que, como en el caso, han tenido una honda repercusión social en los últimos tiempos.*”⁴⁷

Como vemos, la Corte cambia su parecer en relación a su anterior pronunciamiento, ya que en esta oportunidad tiene en cuenta los tratados internacionales suscriptos por la Argentina y que rigen en la materia, entendiendo que el Derecho a la Verdad debe consagrarse, y que además el Estado debe cumplir sus obligaciones en lo que hace a

⁴⁷ Considerando 18 del voto de la mayoría.

investigar y perseguir los delitos de lesa humanidad, aunque tampoco refiere a ellos de ese modo, sino como delitos de “extrema gravedad”.

Además, en lo que hace a la supuesta afectación de derechos que expresara el recurrente, la Corte entendió que *“la diligencia cuya realización se cuestiona, no se revela como una medida que afecte sustancialmente los derechos invocados por el apelante, toda vez que existen indicios suficientes que avalan su producción, guarda inmediata vinculación con el objeto procesal materia de la causa, resulta propia del proceso de investigación penal, aparece como idónea para alcanzar la verdad material de los hechos investigados y porque, además, ni siquiera involucra acción alguna del apelante, en tanto las muestras a utilizarse en el examen de ADN han sido tomadas a partir de una recolección de rastros que si bien pertenecen a su cuerpo, al momento de incautarse, se hallaban desprendidos de él.”*⁴⁸

Cómo se puede apreciar, el máximo tribunal avala la obtención de muestras a partir de la recolección de rastros obtenidos de elementos desprendidos del cuerpo sin que esto involucre ninguna acción por parte del apelante, y justifica la procedencia de la diligencia al considerar que existen indicios suficientes que avalan su producción, se encuentra vinculada con el objeto de la causa y aparece idónea como medio para alcanzar la verdad material de los hechos.

Sin embargo, también se hace referencia a la extracción compulsiva de muestras de sangre, y se justifica su procedencia para casos con circunstancias de hecho análogas al de esta causa, en lo que suponemos un intento de dejar un precedente que dé por terminado el debate al respecto de su procedencia o no en el futuro.

En el último considerando del voto de la mayoría, la corte nos dice que *“Que cabe afirmar que igual solución correspondería en el hipotético caso de que, frente a una situación de hecho análoga, debiera procurarse la muestra en cuestión a través de una extracción de sangre de la supuesta víctima del hecho. En efecto, aun cuando ello sí derivaría en alguna restricción de sus derechos, lo cierto es que, de acuerdo con lo dicho más arriba, dicha restricción sería ínfima, se verificaría dentro de un marco de razonabilidad y proporción con relación al objeto procesal que es materia de la causa, y estaría fundamentada en las legítimas facultades estatales de restringir el ejercicio de algunos derechos, en un marco razonable, en aras de procurar la necesaria eficacia en la persecución del crimen. Claro está que dicha práctica debería traducirse en una*

⁴⁸ Considerando 19 del voto de la mayoría.

*intrusión mínima en el cuerpo de la víctima, llevarse a cabo con intervención de personal médico y en debidas condiciones de asepsia e higiene, y su efectiva concreción quedaría subordinada a la inexistencia de eventuales razones de salud que, debido a su gravedad, pudieran obstaculizar momentáneamente su producción”.*⁴⁹

De este último considerando, se entiende que tuvo lugar la redacción del artículo 218 bis que se incorporara a Código Procesal Penal de la Nación, que como veremos en el capítulo V exige para la procedencia de la medida la necesidad de que ésta sea idónea para la identificación del imputado o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación, con la correspondiente motivación que justifique necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto.

4.5 Causa “Noble Herrera Marcela y otro s/recurso de casación”, Cámara Nacional de Casación, Sala II, Junio de 2011

La causa llega a conocimiento de la Cámara Nacional de Casación en virtud de la apelación interpuesta por los apoderados de Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera a la medida de prueba que ordenaba la extracción directa, con o sin consentimiento, de mínimas muestras de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas con fines identificatorios que había ordenado el a quo.

La Cámara confirmó la medida y contra esta decisión se interpuso recurso de casación aduciendo que la medida constituía una injerencia en la intimidad que afecta su dignidad, su integridad física y psíquica y a sus planes de vida.

En su fallo, la Cámara confirma la medida, pero nos detendremos en el voto del Sr. Juez Dr. Luis M. García, porque encontramos que realiza un minucioso análisis de la cuestión, analizando punto por punto los agravios expresados por los recurrentes.

En primer lugar, sostiene que hasta la incorporación del artículo 218 bis al CPPN, resultaba dudosa la existencia de una base legal suficientemente clara ni precisa para respaldar la medida, pero que a partir de la incorporación del mencionado artículo las dudas quedan superadas.

⁴⁹ Considerando n° 21 del voto de la mayoría.

Luego dedica un apartado criticando el error de la CSJN en la causa “Vázquez Ferrá”, en donde se equiparara la prohibición de declarar o la posibilidad de abstención con la medida que ordena la extracción de muestras con fines identificatorios, resaltando que no existe tal posibilidad en el ordenamiento legal argentino, y que *“advierto que esa extensión analógica no tenía base suficiente porque no contemplaba que no existe analogía entre la imposición de un deber de realizar declaraciones bajo juramento-esto es un deber de realizar actos de esencia comunicativa- y la imposición legal de soportar actos estatales, incluso mediante el ejercicio de coerción, que no tienen carácter de actos comunicativos, distinción que reposa en la comprensión más profunda de la psicología humana que distingue el obligar a hablar, del obligar a soportar ciertos actos que la autoridad realiza sobre el cuerpo, el domicilio, los papeles privados, la propiedad o interfiriendo ciertos medios técnicos de comunicación de las personas”*.

En lo referente al respeto de la vida privada y la autonomía personal, reconoce que la medida los afecta, pero también que se desprende de los artículos 19⁵⁰ y 28⁵¹ de la Constitución Nacional que *“no se trata de un derecho absoluto, pues es susceptible de restricción o limitación sin consentimiento del afectado o de quienes están autorizados a darlo por él bajo condición de que la restricción esté prevista en la ley y se justifique por alguno de los fines que allí se indican”*.

A esto, se agrega con jurisprudencia de la Corte IDH y el análisis que ésta realiza de diversos instrumentos internacionales, que los Estados pueden restringir el Derecho a la vida privada, ya que no es éste un derecho absoluto, siempre que las injerencias no sean abusivas ni arbitrarias, y que estas injerencias deben estar previstas por la ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Al abordar la supuesta afectación de la integridad física, cita jurisprudencia de la CSJN, para concluir que la medida, efectuada según las reglas del saber médico, no afecta la integridad física de los recurrentes.

⁵⁰ **Artículo 19.-** 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.

⁵¹ **Artículo 28.-** Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

A continuación reconoce los compromisos internacionales asumidos por Argentina en materia de Derecho Humanos (y el lugar que éstos ocupan en nuestro ordenamiento legal desde la reforma constitucional del año 1994), en particular en lo que hace a los delitos de desaparición forzada, su categorización como crimen de lesa humanidad y las obligaciones del Estado que surgen en consecuencia.

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

Al mismo, al referirse a la colisión de intereses que la medida ocasionaría entre los planes de vida de la víctima y el derecho de los familiares de desaparecidos a conocer la verdad de lo acontecido, considera que *“una negativa de las autoridades estatales a ofrecerles una vía para encontrar una respuesta a una búsqueda incesante con el argumento de que ello afecta a los planes de vida de la presunta víctima de la desaparición forzada (los niños robados cuando niños) es una afrenta a la idea liberal que reconoce a toda persona la libertad de ajustar su conducta a sus planes de vida”*.

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

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

Como vemos, la fundamentación es contundente, ya que a nuestro juicio tiene en cuenta los argumentos necesarios para poder justificar la procedencia de la medida que

analizamos, tanto desde el punto de vista de nuestro ordenamiento interno como así también por lo dispuesto en los compromisos internacionales asumidos por nuestro país.

4.6 Resumen

En los fallos analizados pudimos apreciar cuales fueron los criterios que se sostuvieron para ordenar y también para dejar sin efecto -en los casos en los que esto sucedió- la medida que ordena la extracción de muestras con fines identificatorios.

Los agravios aducidos en contra de la medida por parte de los recurrentes han sido prácticamente los mismos, lo que nos facilitó el abordaje de la cuestión en lo que hace a los fundamentos esgrimidos por nuestros tribunales para resolver los recursos planteados.

Nos detuvimos en algunos fallos testigos para poder apreciar los argumentos que se utilizaron, tanto a favor como en contra de la medida, y en algún caso, para apreciar una sorprendente omisión por parte de nuestro máximo tribunal, como fuera el caso “Vásquez Ferrá”, en donde vimos un incorrecto tratamiento de la cuestión, salvo la excepción del caso del voto del Dr. Maqueda, que cómo viéramos fue el único voto correctamente fundamentado según nuestra opinión.

Pudimos observar que el criterio para resolver la cuestión no fue siempre el mismo, pero que en la actualidad la inteligencia al respecto de la medida aparece resuelta en forma unánime.

Decimos que ya parece haber un criterio unánime al respecto, en parte debido a la causa “Prieto I”, que significó el último fallo en el que la CSJN se refirió a la cuestión, y en donde la Corte pudo además de dejar superada su interpretación acerca de la medida en los fallos precedentes, expresar las condiciones que deben cumplirse para que puede decretarse la extracción, aún sin consentimiento por parte de la víctima.

Por último, también que creemos que la incorporación al código procesal penal de la regulación expresa de la medida, y que para su redacción sirviera el precedente apenas mencionado, ayuda y mucho a dar por finalizada la incertidumbre que pudiera existir al respecto de la procedencia de la medida en las causas en las que se investigan apropiaciones de menores ocurridas durante la última dictadura militar.

Personalmente sostengo que ningún Tribunal, ni la propia Corte Suprema de justicia, tuvo en cuenta que de un acto ilícito o delito no puede derivarse la adquisición de un derecho, ni aún tomando como base el derecho a la intimidad personal; se trataba de

poner en la balanza de la justicia que simboliza la equidad, en un platillo el supuesto derecho a la intimidad personal de quienes ahora adultos, habían sido apropiados por la dictadura militar cuando eran niños, es decir en un estado de alta vulnerabilidad por su edad; y en el otro platillo, el derecho de los ascendientes y familiares de recuperar a los miembros de su familia biológica que contra su voluntad le fueran sustraídos.

Además de los principios de proporcionalidad y necesidad, se debió tener en cuenta, desde el parámetro constitucional del "interés superior del niño" previsto por el art. 3^a de la Convención de los derechos del niño, que cabía hacer lugar al reclamo de quienes invocando la violación de derechos humanos fundamentales, pretendían el reconocimiento de los derechos a la identidad, pertenencia familiar e integridad psíquica de quienes sospechaban eran parte de sus familia, derechos todos enumerados en dicha Convención. Nada obligaba a dichas víctimas a perder los vínculos que aducían tener con sus apropiadores; ya que ello dependía de un acto de libertad y voluntad, del que carecieron cuando eran niños.

CAPITULO V

Extracción compulsiva de mínimas muestras de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras con fines identificatorios

5.1 Introducción

En este quinto capítulo analizaremos la modificación del Código Procesal Penal de la Nación que tuviera lugar con la ley n° 26549 de noviembre de 2009. Con ella, se incorporó el artículo 218 bis al mencionado código de procedimientos, quedando de este modo expresamente regulada la medida que permite ordenar la extracción de muestras con fines identificatorios.

Veremos cómo la incorporación de este nuevo artículo impacta en los casos que analizamos, deteniéndonos en particular en cuáles son los requisitos que deben cumplirse para que los jueces puedan ordenar la obtención de muestras de ADN de imputados u otras personas, y también en qué casos pueden hacerlo.

5.2 Art. 218 bis del Código Procesal Penal Argentino

A continuación transcribiremos el artículo en su totalidad, para luego poder ir analizando los aspectos que consideramos de mayor importancia.

Artículo 218 bis: 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.

Para tales fines, serán admisibles mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas, a efectuarse según las reglas del saber médico, cuando no

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

La misma será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su género y otras circunstancias particulares.

El uso de las facultades coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización.

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

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

En ningún caso regirán las prohibiciones del artículo 242 y la facultad de abstención del artículo 243.

En el primer párrafo se delimita cuándo estaría habilitado el juez para ordenar la medida, y esto será cuando fuere necesario para la identificación del imputado o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación. Al mismo tiempo, se establece bajo pena de nulidad, la necesidad de que la medida sea ordenada de manera fundada, expresando los motivos que justifiquen necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto.

En los dos siguientes párrafos, se ocupan de los medios y formas de obtener las muestras, quedando claro que las muestras se obtendrán de acuerdo al saber médico, sin perjuicio de la integridad física del sujeto del cual se obtengan y que la medida deberá ser practicada de la forma menos lesiva para la persona, y sus derechos que pudieran verse afectados.

Ya en el cuarto párrafo, el texto faculta al juez a la obtención de muestras por formas alternativas, es decir tomando muestras de objetos que contengan células útiles para la obtención de ADN y no del sujeto, ya sea a través de registros domiciliarios o requisas personales. Pero esta habilitación a recurrir a medios alternativos está supeditada a que pueda alcanzarse igual certeza con el resultado que recurriendo a la extracción directa; en caso contrario, no sería posible.

En el quinto párrafo se aborda la cuestión que se relaciona con los casos que analizamos en el presente trabajo. Aquí se trata la situación en la que es la víctima la que debe aportar las muestras y su posible falta de consentimiento para que esto se lleve a cabo, pero como vemos, esta falta de consentimiento de ninguna manera impide que se obtengan las muestras necesarias. El texto remite al cuarto párrafo, donde veíamos que la norma habilita a utilizar métodos alternativos a la extracción directa, pero siempre que estos aseguren igual certeza que la muestra de sangre; en caso contrario, cómo veíamos, se debe realizar la extracción de sangre, aún sin el consentimiento de la víctima.

Para hacer más clara la comprensión de este importantísimo quinto párrafo, nos apoyaremos en el análisis que realizara del mismo el Dr. Anitua: *“Es un caso ante el cual el tribunal ya no tiene la opción sino la obligación de elegir un método alternativo. Pero siempre y cuando dichos métodos sean conducentes para el esclarecimiento del hecho (...) Siguiendo el estándar fijado en “Prieto I”, la norma establece que las medidas de injerencia para la obtención de ADN de la presunta víctima del delito sólo proceden como ultima ratio, esto es, cuando no existen otros métodos menos lesivos que sean igualmente útiles para averiguar la verdad. La ley, así, intenta resguardar los derechos específicos de la presunta víctima del delito, aunque se afecten mínimamente, siempre que ello no impida el esclarecimiento de los hechos investigados, poniendo fin al delito y logrando el eventual castigo de sus responsables.”*⁵²

El último párrafo del artículo 218 bis indica que no rigen las prohibiciones del artículo 242 del Código Procesal Penal Nacional, que se refieren a la prohibición de testificar en contra del imputado para cónyuges, ascendientes, descendientes o hermanos, ni la facultad de abstención que el artículo 243 del mismo Código prevé para los parientes

⁵² ANITUA, Gabriel Ignacio, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la extracción de sangre a víctimas sin su consentimiento”, tomado de <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14,707,0,0,1,0>

colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tutores, curadores o pupilos. Con esto, queda evidenciada la intención del legislador en no entorpecer la viabilidad de la medida cuando ésta sea la indicada para alcanzar la verdad en el caso concreto.

5.3 Alcances

Cómo se puede apreciar, el artículo bajo análisis regula de manera expresa una situación que ya se estaba dando en la práctica. Es probable que esta regulación expresa sea innecesaria ya que la situación *“debe resolverse de acuerdo a las reglas genéricas para los testigos o víctimas, y que incluso en el caso de los acusados o familiares, cuyas restricciones para ser presentados como prueba de cargo son lógicamente mayores, no tienen legal oposición a ser utilizados como prueba pasiva”*⁵³, pero sin dudas fija los estándares para la aplicación de la medida, y de esta forma, la disputa jurisprudencial que existiera al respecto del ordenamiento o no de la ésta medida, como por ejemplo en la causa *“Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/incidente de apelación”* (CSJN fallos: 326:3758) queda a nuestro entender zanjada definitivamente.

A partir de esta regulación legal, el Estado queda facultado para obtener mínimas muestras de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras con fines identificatorios aún sin el consentimiento de la víctima.

De esta forma, se avanza en el cumplimiento de la normativa internacional, en particular en el deber del Estado de la búsqueda de la verdad histórica y la obtención de justicia.

5.4 Resumen

A lo largo de este cuarto capítulo pudimos analizar el contenido del artículo 218 bis del Código Procesal Penal de la Nación, que establece las condiciones que deben darse para habilitar la obtención de muestras de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras con

⁵³ ANITUA, Gabriel Ignacio, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la extracción de sangre a víctimas sin su consentimiento”, tomado de <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14,707,0,0,1,0>

fines identificatorios, ya sea que un tercero o la víctima del delito deben proporcionarlos, y en qué situaciones se puede prescindir del consentimiento.

La ley exige para esto, en primer lugar la necesidad de que la medida sea idónea para la identificación del imputado o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación, con la correspondiente motivación que justifique necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto.

A su vez, se establecen los medios y formas pertinentes para la obtención de muestras, se habilita la utilización de medios alternativos a la extracción directa pero sólo en los casos en que los resultados a obtener de este modo sean igual de certeros que los que se obtendrían con la mencionado extracción directa.

Por último, se deja en claro que la falta de consentimiento del sujeto no podrá impedir la realización de la medida, siempre que ésta sea la adecuada para brindar la información necesaria para la identificación del imputado o para constatar circunstancias de importancia para la causa.

CAPÍTULO VI

6.1 Conclusiones

A lo largo de este Trabajo Final de Grado intentamos desarrollar los que consideramos son los fundamentos jurídicos que avalan la medida que ordena la extracción directa, con o sin consentimiento, de mínimas muestras de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas necesarias para dar curso al peritaje de polimorfismo de ADN con fines identificatorios.

Para ello, nos detuvimos sólo en causas en las que se investigaran supuestos casos de apropiación de menores durante la dictadura militar que tuviera lugar en nuestro país durante los años 1976-1983, y en donde las supuestas víctimas del delito se oponían a la medida.

En primer lugar, vimos que de acuerdo al Código Penal de la Argentina, el delito de apropiación de menores es un delito de carácter permanente, cuyos efectos se siguen produciendo hasta que no se ponga fin a la retención u ocultamiento, y que los sujetos pasivos del ilícito son los padres del niño y el propio niño, quedando de manifiesto la legitimidad pasiva de los familiares.

Además, pudimos apreciar que desde la reforma constitucional del año 1994 existen diversos tratados internacionales que hacen surgir diversas obligaciones por parte del Estado argentino, tanto ante la comunidad internacional como ante la sociedad argentina, tales como asegurarse que la sociedad pueda conocer lo sucedido en los casos de violaciones a los Derechos Humanos, brindar los medios necesarios para la preservación de la Memoria de lo sucedido y asegurar a familiares y víctimas la posibilidad de conocer la suerte que corrió la víctima en casos de muerte o desaparición.

Estos tratados, que viéramos con detalle a lo largo del presente trabajo, permiten catalogar al delito de apropiación de menores en los casos bajo análisis, como de delitos de lesa humanidad, y cómo tales imprescriptibles, aunque al tratarse de un delito de carácter permanente según la normativa local, esta calificación no es decisiva para la investigación.

Dentro de las obligaciones que surgen, entre las más importantes encontramos el deber por parte de los Estados de investigar y juzgar los casos en los que se hayan cometido delitos de lesa humanidad, el reconocimiento de los familiares del menor desaparecido como damnificados por este delito y la nulidad de las adopciones que tengan origen en una desaparición forzada.

Por si todo esto fuera poco, y de acuerdo a ciertos fallos pareciera que así lo era, la medida tuvo finalmente su recepción normativa en el Código Procesal Penal de la Nación, quedando de este modo expresamente prevista la posibilidad de poder decretarla, siempre que la medida sea idónea para la identificación del imputado o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación, con la correspondiente motivación que justifique necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto; todas condiciones que deben cumplirse con las demás medidas de prueba prevista por nuestro ordenamiento jurídico.

Al mismo tiempo, el consentimiento de la víctima no debería resultar un impedimento para la procedencia de la medida. Dentro de las oposiciones más frecuentes, encontramos el argumento de intentar equiparar la medida con una declaración, lo que implicaría la autoincriminación y en otros casos posibilitaría abstenerse de realizar declaración contra familiares.

Pero quedó evidenciado que esas oposiciones carecen de sustento. Vimos que no estamos ante una situación que restringe los derechos de la víctima, ya que no existen derechos absolutos, y en materia probatoria penal hay ejemplos sobrados al respecto.

Además, no puede equiparse la medida con una declaración, y menos aún a un supuesto autoincriminación, ya que con la extracción de mínimas muestras no se exigen expresiones que provengan de la propia voluntad del imputado o de la víctima, se trata de una evidencia de índole material.

Es indudable la colisión de intereses que se dan en estos casos, ya que por un lado encontramos el pedido de las víctimas a que se respete su autonomía personal, pero por el otro lado nos damos con el derecho de los familiares de las víctimas y de la sociedad en general por conocer la verdad de los hechos.

Sin ánimo de resultar redundantes, recordamos que lo que se investiga en estos casos son falsas filiaciones y adopciones irregulares de hijos de desaparecidos, y cae por su peso que demostrar la ausencia o presencia del vínculo sanguíneo entre los supuestos

padres y los que en su momento fueran menores apropiados, resulta crucial a los fines de la investigación.

De modo que si gracias al avance de la ciencia hoy resulta posible establecer la presencia o ausencia del mencionado vínculo, y la medida resulta el medio más idóneo para poner fin a un delito que lleva más de 30 años cometándose, sumado a todos los argumentos antes mencionados, ésta debe practicarse.

Creemos, siguiendo la línea de la CIDH, que el conocimiento de lo sucedido no sólo por parte de los familiares de las víctimas, sino por la sociedad toda, es la mayor garantía posible para que hechos tan aberrantes como los aquí analizados no se repitan nunca más.

Bibliografía

7.1 Doctrina

- ANITUA Gabriel Ignacio (2010), *Ensayos sobre enjuiciamiento penal*, Las medidas de prueba en la búsqueda de jóvenes apropiados y su constitucionalidad, Buenos Aires, Del Puerto.
- ASOCIACIÓN ABUELAS DE PLAZA DE MAYO Y PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN (2006), *3º Coloquio interdisciplinario de Violaciones a los derechos humanos frente a los derechos a la verdad e identidad*, Buenos Aires.
- ASOCIACIÓN ABUELAS DE PLAZA DE MAYO (2006), *Derecho a la Identidad y persecución de crímenes de lesa humanidad*, Buenos Aires.
- ASOCIACIÓN ABUELAS DE PLAZA DE MAYO (2004), *Los niños Desaparecidos y la Justicia*, tomos I, II y III, Buenos Aires.
- ASOCIACIÓN ABUELAS DE PLAZA DE MAYO (1997), *Restitución de niños*, Buenos Aires, Ediciones Eudeba.
- FILIPPINI, Leonardo y TCHRIAN, Karina (2010), ADN: el nuevo artículo 218, CPPN, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- NÚÑEZ Ricardo (1976), *Derecho Penal Argentino*, tomo IV, Córdoba, Ediciones Lerner.
- OFICINA DE DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA, PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA (2004), *Derecho a la Identidad*, Córdoba.
- PIÑOL SALA Nuria (2010), *Revista Jurisprudencial Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, n° 8, La obligación del Estado de restituir la Identidad a las víctimas de desaparición forzada (p. 312), Buenos Aires, Hammurabi.
- REVISTA EUROPEA DE ESTUDIOS LATINOAMERICANOS Y DEL CARIBE, N° 94 (2013), *Decir la Verdad, Hacer Justicia: Los juicios por la Verdad en Argentina*, www.erlacs.org.
- SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN. CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE FAMILIA – FACULTAD DE DERECHO UBA (1998), *Los derechos del niño en la familia, Discurso y Realidad*, Buenos Aires,

Universidad.

7.2 Legislación

- Constitución Nacional.
- Código Penal de la Nación.
- Código Procesal Penal de la Nación.
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de aprobada durante la 24° Asamblea General de la OEA, 1994.
- Convención sobre los Derechos del Niño, Organización de las Naciones Unidas, 1989.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.
- Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 47/133.
- Ley N° 26061, Protección integral de niñas, niños y adolescentes. Honorable Congreso de la Nación, 2005.
- Ley N° 26.549, Incorporación del artículo 218 bis al CPPN, Honorable Congreso de la Nación, 2009.
- Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, Organización de las Naciones Unidas, 1966.

7.3 Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Barrios Altos vs. Perú”, 14 de Marzo de 2001, Serie C N° 75, recuperado de www.corteidh.or.cr/buscaores.cfm.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/incidente de apelación”, 30 de Septiembre de 2003, fallos: 326:3758, recuperado de www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Gualtieri Rugone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años”, 11 de Agosto de 2009,

causa G. 1015. XXXVIII, fallo 46/85, recuperado de <http://ar.vlex.com/vid/-64097281>.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Gualtieri Rugone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años”, 11 de Agosto de 2009, causa G. 291. XLIII, recuperado de <http://ar.vlex.com/vid/-64097108>.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Vázquez Sarmiento, Juan Carlos y otros s/sustracción de menores de 10 años”, 08 de Septiembre de 2009, Sentencia n° V. 587 XLIII, recuperado de <http://ar.vlex.com/vid/-66966605>.
- Cámara Nacional de Casación, “Noble Herrera Marcela y otro s/recurso de casación”, 02 de Junio de 2011, Causa n° 13.957, tomado de http://www.perfil.com/docs/20110602 - noble_herrera.pdf.

ANEXO E – Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Este formulario estará completo sólo si se acompaña de la presentación de un resumen en castellano y un abstract en inglés del TFG

El mismo deberá incorporarse a las versiones impresas del TFG, previa aprobación del resumen en castellano por parte de la CAE evaluadora.

Recomendaciones para la generación del "resumen" o "abstract" (inglés)

"Constituye una anticipación condensada del problema que se desarrollará en forma más extensa en el trabajo escrito. Su objetivo es orientar al lector a identificar el contenido básico del texto en forma rápida y a determinar su relevancia. Su extensión varía entre 150/350 palabras. Incluye en forma clara y breve: los objetivos y alcances del estudio, los procedimientos básicos, los contenidos y los resultados. Escrito en un solo párrafo, en tercera persona, contiene únicamente ideas centrales; no tiene citas, abreviaturas, ni referencias bibliográficas. En general el autor debe asegurar que el resumen refleje correctamente el propósito y el contenido, sin incluir información que no esté presente en el cuerpo del escrito.

Debe ser conciso y específico". Deberá contener seis palabras clave.

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	MOLAS Y MOLAS Mateo
E-mail:	mateomolas@gmail.com
Título de grado que obtiene:	Abogado

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	Fundamentos jurídicos para la extracción compulsiva de ADN
Título del TFG en inglés	Legal bases for the compulsive DNA extraction
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	PIA
Integrantes de la CAE	Dr. Mocoroa y Dr. Orgaz
Fecha de último coloquio con la CAE	semana del 29/07/2013 al 02/08/2013
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	TFG en pdf + CV en PDF

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:

Inmediata

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

Firma del alumno

