

## Problemas de derecho procesal penal

### Los análisis genéticos después del fallo

### “Vázquez Ferrá” de la Corte Suprema de

### Justicia de la Nación

Por Luciano A. Hazan\*

#### I. INTRODUCCIÓN

La decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Vázquez Ferrá” del 30 de septiembre de 2003 marcó un retroceso claro en la búsqueda de los niños apropiados durante la dictadura, ya que pareció que el tribunal cerraba las posibilidades de extraer sangre para obtener muestras de ADN en aquellos casos en los que los ya jóvenes adultos no quisieran prestar su consentimiento. La situación para la Corte había cambiado porque los jóvenes ya habían dejado de ser niños y habían cumplido la mayoría de edad; junto con el delito, de carácter permanente, que pareció haberse emancipado de la posibilidad de justicia y persecución penal. Sin embargo, poco tiempo después, un juez falló en forma contradictoria a aquélla sentencia y abrió la compuerta para que dos Cámara de Apelaciones hicieran lo propio pocos meses después. Todos coincidieron en que los hechos sobre los que se basó el fallo del tribunal que tiene en su poder la última interpretación constitucional era demasiado particular para dejar un criterio firme e inamovible. Los jueces hicieron un esfuerzo por demos-

\* Abogado. Coordinador Técnico del equipo jurídico de Abuelas de Plaza de Mayo.

trar esta diferenciación en los hechos. Sin embargo, en las resoluciones que se reseñan es fácil de advertir la discusión argumentativa en la que se inmiscuyen los jueces teniendo siempre en mente aquel precedente. Finalmente, los avances científicos brindan una nueva oportunidad frente a la ineficacia del sistema de justicia en la persecución de delitos de lesa humanidad que se siguen perpetrando desde hace casi dos décadas. El objetivo de este trabajo no es más que reseñar aquéllas resoluciones que siguieron al caso “Vázquez Ferrá”, para que sirvan de herramienta para el litigio de las partes acusadoras en el proceso penal y para la toma de decisiones de los jueces.

## II. LAS CÁMARAS DE APELACIONES Y LA DIFERENCIACIÓN FÁCTICA

El caso Vázquez Sarmiento fue el primero que tuvieron que resolver los tribunales luego del polémico caso “Vázquez Ferrá”<sup>1</sup>, que no sólo tuvo eco en el ámbito jurídico, sino también amplia difusión pública a través de los medios masivos de comunicación. El 5 de noviembre de 2003, apenas un mes después del fallo de la Corte Suprema, el juez Rodolfo Canicoba Corral falló resolviendo la obligatoriedad del análisis de sangre, aun sin el consentimiento del joven que se supone hijo de una pareja de personas desaparecidas durante la dictadura militar<sup>2</sup>. El 14 de julio de 2004 la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Ciudad de Buenos Aires confirmó esa resolución<sup>3</sup>, en una muy fundamentada sentencia de los jueces Horacio Cattani, Martín Irurzun y Eduardo Luraschi. Sin embargo, no se trató de la única resolución que, luego de “Vázquez Ferrá”, ordenó un análisis obligatorio para conseguir ADN en casos de niños apropiados en el marco del terrorismo de Estado. La sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de San Martín hizo lo propio respecto de los jóvenes cuya adopción fue concedida

judicialmente en el marco de gravísimas irregularidades a la dueña del multimedios más grande de Argentina, Ernestina Herrera de Noble.<sup>4</sup> Las tres resoluciones tuvieron un punto en común: diferenciarse de la DERECHO A LA IDENTIDAD Y PERSECUCIÓN DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD 284

resolución de la Corte Suprema federal, especialmente en cuanto a que los votos concurrentes que formaron la mayoría de esa sentencia hicieron hincapié en la especial circunstancia de que quienes estaban imputados como apropiadores habían confesado ser responsables de la imputación, por lo que la sala I de la Cámara Federal de la Ciudad de Buenos Aires consideró que el análisis de sangre resultaba ser prueba complementaria y no esencial para el proceso que se hallaba en marcha, tesis que fue asumida luego como propia también por los jueces de la Corte. Pero además, ambas cámaras de apelaciones se hicieron cargo de todos los argumentos que hasta el momento se habían debatido en torno de estos particulares casos, muchos de ellos omitidos por el tribunal supremo en materia de interpretación constitucional.

### **II.1. El caso Vázquez Sarmiento**

El recurso de apelación contra la decisión del juez instructor había sido interpuesto por el joven presunto hijo de desaparecidos, quien se había presentado en el proceso en calidad de querellante. Teniendo en cuenta especialmente el fallo de la Corte Suprema, y su precedente inmediato "Feretton"<sup>5</sup>, de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, 22 días anterior, sostuvo que sobre cualquier otro derecho que se pretenda anteponer, debe primar el que protege su intimidad y la libre disponibilidad de su persona y sus sentimientos. Por otra parte, aseveró que la medida ordenada vulneraba lo establecido en el artículo 79 del Código

Procesal Penal de la Nación, en cuanto a que el Estado debe garantizar a las víctimas de un delito un trato digno y respetuoso durante el proceso penal. Además sostuvo al exponer sus agravios que las medidas coercitivas pueden llevarse a cabo siempre que el experto que las realice las considere sin riesgo para su salud, extremo que según afirmó no se daba en el caso, ya que podría verse afectada su salud psíquica.

También desde el punto de vista procesal hizo sostuvo que su negativa a someterse a la pericia se veía amparada en los artículos 1786, 2427 y 2438 del CPPN, en tanto de otra manera posibilitaría la condena de aquellos a quienes considera sus verdaderos padres, cuando esas normas

#### PROBLEMAS DE DERECHO PROCESAL PENAL 285

autorizan a protegerlos. Además, adujo que se viola la excepción contenida en el artículo 206 del CPPN, referida al modo en que se prueba el estado civil de las personas.

### **II.2. Las diferencias fácticas**

La Cámara se ocupó de reseñar los hechos que habían generado que se llegara a ese proceso penal, remarcando que la víctima no es un menor que sufrió el abandono de sus padres, sino que el conflicto es consecuencia del secuestro y posterior desaparición de sus progenitores en el marco del terrorismo de Estado y que quienes él conoce como sus padres podrían ser responsables de graves delitos. Además, puso énfasis en que el supuesto apropiador formó parte de la Regional de Inteligencia “Buenos Aires” con un cargo de responsabilidad, y que se encuentra prófugo. Además, un testigo afirmó en la investigación que al imputado se le había entregado el hijo nacido en cautiverio de quien aparece como querellante en la causa, mientras que otros dos imputados en una causa donde también se investigó la apropiación de un niño durante la dictadura

(el apropiador y el médico) reconocieron que a quien se sindicó como entregador y quien firmó la partida del joven en este caso, habían participado en aquel. La complejidad probatoria, según la reseña de los jueces, llegaba al punto de que el presunto entregador y el médico están fallecidos, el posible apropiador prófugo y quien aparece como madre afirma que el joven es su hijo biológico.

Ese es el marco fáctico que se diferenciaba de lo resuelto por la Corte en "Vázquez Ferrá", por lo que para los jueces "no puede dudarse de la pertinencia de la prueba hemática ordenada, ya que resulta la única medida viable para hacer cesar los efectos del delito y lograr su esclarecimiento". Para los jueces, en el caso resuelto por la Corte "quienes hicieron la falsa inscripción, admitieron que E. no era su hija biológica y que les fue entregada en circunstancias que les hacían presumir que sus padres eran desaparecidos, de modo que se había logrado avanzar sobre los hechos pesquisados y la responsabilidad de sus autores, con independencia de la prueba hemática ordenada".

#### DERECHO A LA IDENTIDAD Y PERSECUCIÓN DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD 286

El delito que reprime a quien retuviere u ocultare a un menor de 10 años (art. 146 del Código Penal) es de tipo permanente. En ese sentido, se sostuvo que en el precedente de la Corte "el ilícito había cesado", mientras que en el caso que les tocaba fallar "aun se estaría cometiendo". Puede observarse que la Cámara se encolumna en el fallo de la Corte para después poder diferenciarse, corset que le hace afirmar que en el caso "Vázquez Ferrá" los efectos del delito habían cesado y se había logrado esclarecerlo. Sin embargo, la jurisprudencia en la materia ha sido pacífica antes y después del fallo de la Corte al afirmar que las conductas de retener y ocultar

a un menor de 10 años descriptas en el art. 146 del CP cesan en su comisión al recuperar la persona su identidad, permitiendo que sea conocida por la familia biológica que lo hubiese estado buscando, circunstancias que no se han alcanzado en el caso “Vázquez Ferrá”, por lo que la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo ha denunciado al estado argentino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La misma sala en el precedente “Del Cerro”<sup>9</sup> había dejado en claro su postura al afirmar que “en esta clase de delitos el mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible depende de la voluntad del autor, de manera que en cierto modo el hecho se reanuda continuamente (...), en consecuencia (...) la acción típica desarrollada cesa en la fecha en que pudo descubrirse la verdadera identidad (...)”, y que “el cese de la ocultación de la menor se dio recién a partir del estudio genético remitido el 23-12-99, que reveló que la verdadera identidad de quien hasta entonces fuera identificada como M. B. L , era la de C. V. P, hija de José Liborio P. Roa y de Gertrudis Marta Hlaczik”. Y al fallar en el caso que se comenta se ocupó de citar su propia doctrina en este sentido, lo que pone de resalto lo patológica que resulta la organización de la justicia en Argentina, poniendo en crisis permanentemente la independencia interna del Poder Judicial.

Sostuvieron entonces los camaristas en “Vázquez Sarmiento” que “como en estos actuados la co-imputada S. M. E. afirma que E. V. S. es su hijo biológico, la acción típica aún se estaría llevando a cabo. Por lo que debe concluirse que la medida ordenada por el *a quo*, resulta determinante

PROBLEMAS DE DERECHO PROCESAL PENAL 287

para la acreditación del delito y sus responsables, e incluso se torna indispensable para ponerle fin a un delito que, como proviene de la desaparición

forzada de personas –M. G. T. y su esposo J. D. R.–, puede caracterizarse como delito de lesa humanidad”.

### **II.3. Las diferencias en los argumentos**

La Cámara Federal de la Ciudad de Buenos Aires no se encargó sólo de diferenciar los hechos del caso “Vázquez Ferrá”, sino que mostró que tenía otros argumentos más allá de los meramente punitivos para procurar resolver el conflicto que se le planteaba y que la Corte Suprema dejó de lado a pesar de que se había pronunciado al respecto en otros precedentes. En este sentido se refirió al derecho a la verdad y a la identidad: “...existe expreso reconocimiento sobre la inalienabilidad del derecho a la verdad, así como el derecho a conocer la identidad de los niños nacidos en cautiverio y la consecuente obligación del Estado Argentino de investigar y castigar a los responsables...”.<sup>10</sup>

“También el Alto Tribunal ha reconocido el derecho de la sociedad a conocer la verdad sobre las violaciones a los derechos humanos ocurridas con anterioridad al establecimiento del orden institucional y, en particular, el derecho de los familiares de las víctimas a conocer lo que aconteció con sus seres cercanos como presupuesto para la reconstrucción de sus vínculos familiares y, con ello, de su identidad (ver Fallos 321:2767 (“Urteaga”) y recientemente, Considerandos 16 del Voto del Dr. Boggiano por la mayoría, y 35 del Voto en Disidencia Parcial del Dr. Maqueda en causa “Vázquez Ferrá”).

También hizo la Sala II hincapié en la obligación del estado de perseguir y sancionar penalmente los delitos de lesa humanidad que surgen de los tratados de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional en el artículo 75 inciso 22, citando la primera de las decisiones contenciosas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Velásquez Rodríguez”.

### **II.4. El derecho a la intimidad de las abuelas y familiares que buscan**

Aun partiendo de los argumentos del joven que había presentado el recurso, en tanto sostenía que la decisión del juez de instrucción conculcaba su DERECHO A LA IDENTIDAD Y PERSECUCIÓN DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD 288

derecho a la intimidad y rechazaba toda intromisión que se dirigiera a manifestar su identidad biológica, que aseguraba en el recurso que no le interesaba conocer, la Cámara puso en la balanza el derecho a la intimidad de la familia querellante que busca a su nieto. “También debe valorarse que si la medida se revoca, se produciría la subsiguiente afectación al derecho a la intimidad del querellante, ya que se le impediría reconstruir los lazos familiares que le fueron ilegalmente arrebatados, al despojarla de la posibilidad de conocer y criar a quien sería su nieto biológico”.

Si bien en el caso el impugnante es un mayor de edad y la jurisprudencia previa a “Vázquez Ferrá” se había dictado respecto de menores, la Cámara sostuvo que la restricción de derechos al joven aparece como pertinente dentro de los límites formales de un estado de derecho. La proporcionalidad fue analizada en virtud del derecho de la abuela reclamante de “reconstruir los lazos familiares que fueron quebrados por el terrorismo de Estado”, como se reseñaba en el párrafo anterior.

Además se sostuvo que la extracción de sangre guarda razonabilidad con el descubrimiento de la verdad material y la averiguación de los autores de un delito de lesa humanidad que se sigue cometiendo, ambos fines del proceso penal, y que no puede afirmarse que se trate de una medida que lesione la salud psico-física de quien se debe someter a la prueba. En este sentido, la sala II afirmó volviendo a hacer hincapié en los derechos de la abuela que “aun ante la trascendencia que en la esfera personal pueda tener la medida ordenada, no puede soslayarse que como

las víctimas se encuentran en posiciones antagónicas –apelante y querellante–, y que debe resguardarse la integridad psíquica de ambas, pudiendo verse seriamente afectada la de su posible abuela biológica, si después de una incansable búsqueda de 27 años y ante los serios indicios que existen en autos de haber hallado a su nieto, le fuera ahora negada la posibilidad de adquirir certeza”.

Mucho menos puede verse afectada la salud de quien es sometido a este tipo de exámenes, y así lo dejó en claro la Corte al fallar en “S, G. S”<sup>11</sup>: “La extracción de unos pocos centímetros de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen”.

## **II.5. Sobre la supuesta violación a normas procesales**

El tribunal rechazó el agravio por el cual se sostenía que no se le daba como víctima al apelante un trato digno y respetuoso, al haberse ocupado el juez de instrucción de poner a disposición del joven a profesionales del Servicio de Psicología del Cuerpo Médico Forense.

En lo relativo al amparo esgrimido para no someterse al análisis genético en virtud de las normas del CPPN sobre la inadmisibilidad de la denuncia y la prohibición de testimoniar en casos de parentesco, la Cámara reiteró el conocido argumento sostenido en el ámbito local por Julio Maier<sup>12</sup> según el cual “es incorrecto pretender asimilar la extracción de sangre con una declaración testimonial, ya que como lo afirmó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en innumerables precedentes, lo prohibido por la Ley Fundamental es compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieran

provenir de su libre voluntad, pero ello no incluye los casos en que cabe prescindir de esa voluntad, en que la evidencia es de índole material (doctrina de Fallos: 255:18, 318:2518 entre otros)". Este argumento fue sostenido inclusive en "Vázquez Ferrá" no sólo por el juez Maqueda en su voto en disidencia, sino también por el ex juez Boggiano.

La Cámara sostuvo también con Maier que "la garantía contra la autoincriminación

sólo ampara a una persona como sujeto u órgano de prueba, como quien con su relato, incorpora al procedimiento un conocimiento cierto o probable sobre un objeto de prueba. No la ampara, en cambio, cuando ella misma es objeto de prueba, cuando es objeto investigado, como cuando por ejemplo se extrae una muestra de sangre o de piel, o se lo somete a un reconocimiento por otra persona (Julio. B. J. Maier, "Derecho Procesal Penal Argentino", Tomo I-b, pág 444, y su cita)".

Respecto de la libertad probatoria del artículo 206 del CPPN, sostuvo el apelante que se encuentra restringida por la excepción fijada en su último párrafo, relativa al modo en que se prueba el estado civil de las personas, DERECHO A LA IDENTIDAD Y PERSECUCIÓN DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD 290

debiendo estarse a la "prohibición de extracción compulsiva de sangre", que de acuerdo a sus argumentos se halla en el artículo 4° de la ley 23.511, que crea una presunción contra quien se niegue a realizarse un análisis en un proceso de filiación.<sup>13</sup> En este sentido, los jueces reiteraron al decidir que "la presunción (...) en cuanto a que la negativa a realizar examen como el ordenado en el proceso principal sólo acarrea como consecuencia una presunción que admite prueba en contrario, no resulta operativa en el proceso penal, donde no es factible arribar a un procedimiento merced

a presunciones de tal naturaleza. Esa norma y tal presunción, sí puede adquirir relevancia en el marco de un proceso civil, del modo como está expresado”.

Al aplicar este argumento al caso concreto sostuvo que si se considera que la negativa del joven a realizarse el examen se llevaría a afirmar su condición de nieto de la querellante por vía de la presunción legal, “lo que constituye un criterio contrario a los principios que rigen el proceso penal”, esto es, el deber de investigar para alcanzar la verdad que en el proceso actual está en manos de los jueces<sup>14</sup>, deber al que se ha comprometido especialmente el estado frente a la comunidad internacional cuando se trata de delitos de lesa humanidad, no pudiendo dejar la carga en la iniciativa de las víctimas.

## **II.6. El caso Noble Herrera**

Exactamente un año después del precedente de la Corte, la Sala II de la Cámara Federal de San Martín falló en el caso “Noble Herrera” o “Barnes de Carlotto s/ denuncia”<sup>15</sup>, revocando parcialmente una decisión del juez de instrucción que había aceptado las condiciones de los dos jóvenes que aparecen como hijos adoptivos de Ernestina Herrera de Noble de realizarse el análisis genético en el Cuerpo Médico Forense en lugar del Banco Nacional de Datos Genéticos y de que sus ADN fueran entrecruzados solamente con las familias que se habían presentado como querellantes en la causa. La querrela de los presuntos familiares biológicos había interpuesto un recurso de apelación contra ambas condiciones, pero la Cámara de San Martín decidió por unanimidad que el análisis debía hacerse en el BNDG, con o sin el consentimiento de los jóvenes, y por mayoría que las muestras debían destruirse luego de ser comparadas con las familias

que se presentaron como querellantes, sin que se hiciera en caso negativo una ulterior comparación con el resto del Banco.

El juez Marquevich, a cargo de la investigación, había ordenado el análisis obligatorio, decisión que había sido recurrida por los dos jóvenes.

Sin embargo, luego de que el magistrado fuera recusado y separado de la causa, y después suspendido y destituido por supuestas arbitrariedades en la detención de la imputada en este mismo caso, los impugnantes desistieron del recurso e impusieron las referidas condiciones, que fueron aceptadas por el nuevo juez, quien suspendió la medida de prueba, decisión contra la que se presentó la apelación.

El juez Mansur de la Cámara votó en primer término haciendo lugar a ambas pretensiones de la querella, mientras que Prack y Rudi ordenaron la destrucción de las muestras de ADN luego de la comparación con el material genético de las familias reclamantes.

#### **II.7. Voto de Mansur. Diferencias con “Vázquez Ferrá”**

El juez Mansur, primero en expresar sus argumentos en el fallo, se ocupó de distinguir el caso del precedente de la Corte, y luego fue seguido en ese camino por sus colegas, con lo que puede observarse que la supuesta particularidad del caso decidido por Corte Suprema ha generado que sobre el tema aun no se halla sentado jurisprudencia.

Con criterios análogos a los de la Cámara Federal de la Ciudad de Buenos Aires, el juez sostuvo que “a diferencia del caso “Vázquez Ferrá” donde la Corte Suprema consideró decisivo el carácter complementario de la prueba pericial para así atender la voluntad de la víctima (v. consid. 31 del voto de los Dres. Petracchi y Moliné O’Connor, al que adhiriera el Dr. Fayt, el consid. 11 del voto de los Dres. Belluscio y López, el consid. 13 del voto del Dr. Boggiano y el consid. 26 del voto del Dr. Vázquez), en

autos es la vía capaz de destrabar el estancamiento definitivo del proceso, en tanto se la considera la más idónea para verificar o descartar las sustracciones denunciadas y la única conducente para individualizar a sus

## DERECHO A LA IDENTIDAD Y PERSECUCIÓN DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD 292

autores y encubridores, habida cuenta que se desconocen las concretas circunstancias en que las dos criaturas fueron separadas de sus padres.

Prescindir de esta prueba cuando no se advierte que su propósito es susceptible de alcanzar por otro medio con un menor grado de afectación, sería consagrar una carta de indemnidad a los autores de estos crímenes que determinaron el requerimiento fiscal”.

La diferenciación del caso “Vázquez Ferrá” también se escapa como en “Vázquez Sarmiento” del carácter necesario o no de la medida de prueba, y alcanza otros argumentos no tenidos en cuenta por la Corte Suprema en los votos que conformaron la mayoría. En este aspecto, Mansur se encargó también de poner en contexto los hechos investigados:

“Siendo ineludible recordar que todo ocurrió cuando con saña y sin reparo alguno, se apropiaban los hijos de quienes eran secuestrados –así como de aquellos que nacían durante el cautiverio de sus madres– y en función de la ‘razón de Estado’ se había decidido que nunca habrían de conocer su verdadera identidad. Sería manifiestamente irrazonable examinar hoy los casos del *sub lite* como si fueran ajenos a ese contexto político-institucional, puesto que identifica el dominio del hecho del que disponían quienes cometían los crímenes y explica que sus autores y colaboradores se preocuparan por generar los instrumentos jurídicos destinados a legitimar esos actos”.

“De ahí que tampoco sea posible soslayar que para cumplimentar su ilícita operatoria, el aparato gubernamental contó ‘con una estructura

administrativa destinada a falsificar documentación que se utilizaría para la consumación de nuevas acciones delictivas' (v. el Informe "Nunca Más" de la CONADEP, Eudeba-1984, pág. 280). Con una hipocresía tan eficiente, que hasta la propia adoptante –una de las personas mejor informadas de lo que sucedía en el país–, se reveló embargada por la duda sobre el origen de Marcela y Felipe, y no por otro motivo manifestó: 'Me encuentro frente a dos realidades muy distintas. Primero, el deseo legítimo de las Abuelas de saber si mis hijos fueron arrebatados a detenidos-desaparecidos. Segundo, los abusos del juez Marquevich. Muchas veces he hablado con mis hijos sobre la posibilidad de que ellos y sus padres hayan sido víctimas de la represión ilegal''.

PROBLEMAS DE DERECHO PROCESAL PENAL 293

## **II.8. Proporcionalidad**

El camarista de San Martín explicó en términos similares al caso "Vázquez Sarmiento" la proporcionalidad de la medida dispuesta para casos extremadamente graves, aseverando que la extracción de unas gotas de sangre aparecen como una perturbación ínfima a quienes aparecen como víctimas y testigos. E hizo extensivo el análisis al potencial e invocado daño psicológico y moral que les podría ocasionar la realización de la pericia. Para ello se valió de pericias realizadas en el marco de la investigación y certificados médicos aportados. En este sentido, una junta médica convocada al efecto diagnosticó que "...esta situación actual se ha presentado en forma de 'crisis', cuya resolución se impone, ya que en un sentido o en otro pueden establecerse daños, cuyo mayor o menor repercusión puede prevenirse mediante un adecuado tratamiento profesional". Y especialmente tuvo en cuenta la aceptación de ambos a realizarse el estudio

aun con las condiciones impuestas.

El magistrado sostuvo: “Nuestra cultura proclama sin disenso la incidencia liberadora que tiene el conocimiento de la verdad acerca del propio ser y su realidad existencial; en el entendimiento que el sujeto es memoria a la vez que razón y libertad, y el precio de la libertad nunca debería ser la renuncia a la memoria que implica perseverar en el desconocimiento de un aspecto esencial de la propia identidad. Hanna Arendt solía dar el ejemplo de Teseo en el laberinto, que como el ser humano al perder el hilo de su propia historia pierde sus objetivos y metas”.

## **II.9. Cuestiones procesales**

Al presentar el informe ante la Cámara de Apelaciones, la asistencia técnica de los jóvenes introdujo similares objeciones a la medida de prueba realizada sin consentimiento a las del caso “Vázquez Sarmiento”, y la resolución del tribunal tuvo argumentos también parecidos a la decisión en aquella causa: se está lejos de requerir expresiones que debieran provenir de la activa y libre voluntad del testigo, tampoco sería aplicable al caso la alegada prohibición o facultad de no testificar por parentesco “que rige exclusivamente cuando el delito no aparece ejecutado en perjuicio DERECHO A LA IDENTIDAD Y PERSECUCIÓN DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD 294 del propio declarante o de un pariente suyo de grado más próximo que el que lo liga con el imputado. En este caso, la substracción de los menores habría perjudicado a sus padres biológicos y el eventual sindicado no sería su madre adoptiva. Pero en la peor hipótesis, se daría el supuesto excluido por el propio legislador por la imposibilidad de proteger la solidaridad familiar, cuando se hace evidente que el delito quebró la cohesión parental primaria existente al momento de su comisión”.

Respecto del argumento que sostiene que se estaría sometiendo al sujeto a realizar un aporte de pruebas para que se pueda llegar a la condena de aquéllos a quienes su conciencia le indica proteger, sostuvo que se trata de una aserción carente de lógica interna “a tenor de que, quien es ‘obligado’ no **hace** ‘aporte’ alguno en tanto se encuentra sometido a la voluntad de otro que le impone un deber de tolerancia que implica ausencia de colaboración. Por ello mismo, no es dable afirmar que el afectado sufra algún compromiso de ‘su conciencia’ en relación con la ‘condena’ de nadie; es el Estado –con todo el valor simbólico que ello involucra en el psiquismo de cualquier persona– quien carga con toda la responsabilidad por la adquisición probatoria y su consecuencia punitiva”.

El juez se hace cargo de la contradicción que su decisión tiene con la de la Corte Suprema, aunque ratifica las diferencias de hecho. “Parecería que asistimos al parcial desvío de la doctrina delineada por la misma Corte federal en sus precedentes, lo cual autoriza a señalar que no estamos todavía ante una jurisprudencia consolidada. De modo que, lejos de comprometer el acatamiento de los tribunales inferiores que deban afrontar el tratamiento de situaciones semejantes, incita nuestra reflexión crítica por cuanto creemos sinceramente que viene a alterar la esencial coherencia que se venía perfilando –no sin cierta dificultad y a partir de combinar posturas específicas de las cambiantes mayorías y minorías que se fueron operando–, a través de eslabonar las singularidades relevantes de cada caso (v. “Müller” rta. el 13/11/90, “Bahamondez” rta. el 6/4/93, “H.G.S.” y “C.J.A.” rtas. el 4/12/95, “Guarino” rta. el 27/12/96 y “Vázquez Ferrá” rta. el 30/09/03)”.

De hecho, coincidieron con la procedencia de la pericia, con o sin consentimiento de los jóvenes, sus dos colegas. Prack argumentó que la or-

den de su realización se encontraba firme luego del desistimiento del recurso por parte de los impugnantes. Rudi coincidió con ese criterio y como Mansur diferenció el caso del de “Vázquez Ferrá”, al considerar que se trata de una prueba necesaria para la averiguación de la verdad. Rudi se refirió a las características de necesidad, proporcionalidad e idoneidad de la medida de prueba.

Es **necesario**, y no *meramente complementario o relativo en función de las otras probanzas, o que por no ser decisivo puede omitirse*, porque la identidad biológica de las presuntas víctimas del delito de sustracción de menores, es el presupuesto de la prueba de ese injusto y porque no hay otro modo para la determinación de la verdad de lo ocurrido en las concretas circunstancias históricas en que se produjeron los hechos que dan lugar a las querellas de los presuntos familiares.

Es **proporcional**, porque hay una leve afectación de los derechos a la intimidad e integridad física y psíquica de los sujetos a examinar, como demuestran los propios actos del desistimiento de la apelación contra la resolución que ordenó el examen obligatorio y del sometimiento voluntario a la producción de la prueba.

Es **idóneo**, porque la extracción de sangre es una diligencia segura de acuerdo con los métodos ordinarios de la ciencia médica, y porque el examen de ADN es el adecuado para la determinación de la filiación en los términos de la ley 23.511.

## **II.10. Respecto del lugar dónde se debe practicar la pericia**

Otro de los temas que abordó el tribunal por haber sido materia del recurso es el del organismo en el que se debe realizar la pericia. La ley 23.511, de creación del Banco Nacional de Datos Genéticos, estableció que ése debía precisamente ser el ámbito donde se realizarían las pruebas a

petición de los magistrados en las causas judiciales, por su especialidad y porque es donde se encuentra almacenada la información genética de los familiares que están buscando a los hijos de los desaparecidos apropiados. Y además, la ley establece un sistema de control de las partes a través de asesores técnicos.

## DERECHO A LA IDENTIDAD Y PERSECUCIÓN DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD 296

Sin embargo, en el caso en estudio, los jóvenes pretendieron sustraer del BNDG los análisis que habían aceptado hacerse. Lo mismo sucedió en la causa "Mancuso", pero en ninguno de los dos precedentes los litigantes esbozaron argumentos que justificaran la intervención del Cuerpo Médico Forense, el organismo que solicitaron que se haga cargo de los análisis. Entre las desventajas de la realización de los estudios en el Cuerpo Médico Forense, más allá de la disposición legal de realizarlo en el ámbito del BNDG, se encuentra el hecho de que el CMF realiza las extracciones de sangre, pero terceriza los análisis de ADN a una serie de laboratorios privados. Esta circunstancia generó que las querellas dudaran de la idoneidad y de la confiabilidad de la realización de las pericias en dichos laboratorios. En el caso "Noble Herrera", el juez Mansur se preguntó que "si no fuese por el compromiso asumido por el Estado Argentino de perseguir autónomamente a los culpables y hacer todo lo posible para evitar su impunidad en estos casos, qué sentido tendría la creación legislativa del archivo de datos genéticos familiares, cuyos asientos se habrán de conservar en forma inviolable e inalterable para responder positivamente a la requisitoria judicial, incluso en los supuestos de desaparición física de los interesados (v. arts. 2º, 3º y 8º). Y en cuanto a la otra condición, qué seguridad de reserva se obtendría con el reemplazo del organismo oficial

especializado, por prestadores externos que dispondrían de las muestras sanguíneas extraídas por el Cuerpo Médico Forense, sin el control operativo de éste mientras aquéllos se avocan al trabajo de laboratorio”.

Fallando en este sentido a favor de los apelantes, el juez sostuvo que “la responsabilidad penal es la contrapartida subjetiva del quebrantamiento del orden jurídico, y el imperio del Estado de Derecho exige la sanción del trasgresor aplicada con un criterio de igualdad para salvaguardar el tipo de sociedad que hemos pactado vivir. Lo cual se logra con una actividad judicial desplegada con arreglo a lo que manda la ley y no a las preferencias selectivas de quienes podrían ser víctimas de los hechos investigados”.

Prack, por su parte, adhirió básicamente al voto de Mansur, aunque se encargó de resaltar el debido control de las partes que garantiza la ley 23.511 en el ámbito del BNDG a través de sus consultores técnicos. “Este procedi-

#### PROBLEMAS DE DERECHO PROCESAL PENAL 297

miento asegura y garantiza la total transparencia, no sólo del mecanismo destinado a la obtención de las muestras, sino también de las ulteriores pruebas que con ellas se realicen”, sostuvo y agregó luego que el procedimiento previsto en la ley “salvaguarda expresamente el carácter bilateral de la diligencia para la defensa de los intereses de las personas examinadas”.

El juez Rudi hizo hincapié en la especialidad y posterioridad de la ley de creación del BNDG por sobre la regla general y anterior del decreto ley 1285/58, de organización de la justicia nacional, que en sus artículos 56 y 58 establece las obligaciones de los cuerpos técnicos y los peritos. Además sostuvo que de acuerdo al artículo 3° de la ley 25.326, de *habeas data*, el BNDG es el banco “legal”. Como tercer argumento sostuvo que la parte que pretendía sustraerse del examen en el BNDG no había interpuesto ningún tipo de recusación del perito forense del BNDG.

La Cámara Federal de la Ciudad de Buenos Aires, en la causa “Azzari”<sup>16</sup> adhirió con cita al criterio establecido por el juez Rudi en el precedente “Noble Herrera”, al considerar que la ley 23.511, por su especialidad y posterioridad,

hace que en el orden federal el BNDG sea el perito forense con conocimiento para realizar estos análisis. Sostuvo el tribunal que se trata de “la entidad legalmente instituida para intervenir en la obtención de información genética tendiente a esclarecer ese tipo de conflictos”.

En este caso, el juzgado había introducido como prueba un análisis realizado con irregularidades y además en el Cuerpo Médico Forense, mientras que se suspendió el análisis que se había ordenado en el BNDG. En este marco, y a petición de la querrela, el tribunal de apelación declaró nulo el análisis realizado en el CMF y sostuvo que “la circunstancia de que haya sido realizado por quien no reviste el carácter de perito oficial impide que pueda ser convalidada, cuando su resultado es decisivo para esclarecer el hecho que se investiga y redundando directamente en la pertinencia de aquel otro que fuera suspendido y actualmente reanudado, encomendado al Banco Nacional de Datos Genéticos”.

La Sala II basó esta conclusión en la misma ley 23.511, especialmente en sus artículos 1 y 2, en los que se describen las finalidades del Banco:

“(…) obtener y almacenar información genética que facilite la determi-

**DERECHO A LA IDENTIDAD Y PERSECUCIÓN DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD 298**

nación y esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación (...)”. Además,

recalcó que entre sus funciones se encuentra la de: “...b) producir

informes y dictámenes técnicos y realizar pericias genéticas a requerimiento judicial...”.

## II.11. La comparación de los datos genéticos

Como se explicaba más arriba, otra de las pretensiones de los Noble Herrera fue la de exigir la destrucción de las muestras de ADN luego de que se cruzaran con las familias que participan del proceso como querellantes, para así evitar el cruzamiento de los datos con el resto de los grupos familiares que buscan a jóvenes que fueron secuestrados siendo niños o que nacieron en cautiverio durante la dictadura militar, y que tienen sus muestras genéticas en el BNDG.

En este punto de litigio, el juez Mansur votó en minoría. Allí sostuvo que "(...) no parece razonable extremar las exigencias sobre fechas y registros, para arribar a la conclusión de que lo existente no otorga verosimilitud a la pretendida identificación con los datos en parte presumidos de Marcela y Felipe. Fundamentalmente, porque nadie desconoce lo poco y nada que la mayoría de los familiares llegaron a saber sobre la infausta suerte corrida por sus hijos y nietos desaparecidos. Tanto por el absoluto cerrojo informativo impuesto por el autoproclamado 'Proceso de Reorganización Nacional' en cuanto a quiénes eran los destinatarios de sus operativos, como por la rigurosa clandestinidad adoptada por los propios ciudadanos cuya actividad política estaba comprometida con los segmentos sindicados como subversivos; al punto de dejar incluso a sus parientes más cercanos en la más absoluta ignorancia sobre su destino personal, con el fin de preservarlos y preservarse a sí mismos de la ola represiva que se había desatado en el país".

En el mismo sentido expresó que "Deviene inicuo pretender hoy que cada familia víctima, aporte las precisas circunstancias y fechas del secuestro de sus seres queridos o del nacimiento de sus nietos en cautiverio.

Sin dejar de resultar paradójico que ello acontezca en Argentina, después

de pasar por la dolorosa experiencia de medio millar de niños cuya iden-

#### PROBLEMAS DE DERECHO PROCESAL PENAL 299

tidad fue sustituida mediante falsas inscripciones como si se tratara de menores sin filiación acreditada; y a más de un decenio de haberse creado el Banco Nacional de Datos Genéticos, con el fin primordial de 'hacer posible que los familiares de niños desaparecidos o presuntamente nacidos en cautiverio registren y conserven sus datos genéticos mediante los estudios de ADN u otros'".

Además sostuvo que no se corre el riesgo de que cualquier persona pueda presentarse y pretender indagar sobre la identidad de los jóvenes, tal la preocupación de la parte al solicitar el análisis exclusivo con los querellantes.

En este sentido, el juez limitó el estudio a aquéllos casos que de acuerdo a los listados aportados en la causa por Abuelas de Plaza de Mayo correspondieren con niños nacidos durante 1976, fecha de nacimiento de los dos jóvenes cuya identidad biológica se desconoce.

"Carece de sustento jurídico la pretensión de limitar la comparación de las muestras sanguíneas a aquéllos que tuvieron la suerte de contar con los antecedentes necesarios para ser tenidos por parte querellante. De ello se derivaría el absurdo de que ante una hipotética incomparecencia de los mismos, se debería haber decretado "ab initio" el archivo de la causa; por el contrario, en esa hipótesis no existiría motivo alguno que hubiere aconsejado alterar la saga de la investigación".

Para el juez no tendría ningún sentido guardar las muestras hemáticas de los familiares en el BNDG "si no es por el propósito de efectuar oportunamente esa comparación por orden judicial sin necesidad de esperar una instancia privada". En este sentido, remarcó la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que le impone al Estado cumplir

con el compromiso asumido de sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los responsables del delito de desaparición forzada de personas: “Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio **y no como una simple gestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios**, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad...” (caso “Velázquez Rodríguez”, 29/7/1988, párr. 177; caso “Niños de la Calle”, 19/11/99, párr. 226; caso “Bámaca Velázquez”, 22/02/02, párr. 212; y caso “Juan Humberto Sánchez”, 7/06/03, párr. 144; las negritas corresponden al juez Mansur).

El juez Prack en cambio sostuvo que debía realizarse la comparación sólo con los querellantes para después destruirlas, ya que “que las nóminas están integradas por la enumeración de niños y niñas cuyas respectivas fechas de nacimiento y/o desaparición distan largamente, en algunos casos, de la data de presunto nacimiento de los Noble Herrera o bien, en otros casos, la diferencia es mayor de un mes y, en el resto de los casos, directamente no se consignan fechas que ilustren sobre la posibilidad de realizar la comparación de que se trata”.

Rudi, que definió la cuestión configurando el voto de mayoría con Prack introdujo un argumento absurdo, según el cual la comparación con otros familiares podría perjudicar a las querellantes, aunque sin explicar de que se trataría esa eventual lesión: “cualquier dictamen *extra petita* importa una infracción al principio de congruencia [o identidad entre lo solicitado y lo resuelto], que tiene carácter constitucional como epígono de la defensa en juicio, porque el proceso penal está orientado a proteger los derechos [de las

presuntas víctimas de desaparición forzada y de los presuntos parientes reclamantes] y no a perjudicarlos, por ejemplo introduciendo *inaudita parte* a familias diferentes a los GARCÍA-GUALDERO y MIRANDA-LANUSCOU por el simple hecho que dejaron sus muestras en el banco de datos”.

Al mismo tiempo puso en evidencia al Ministerio Público Fiscal que no ejerció la pretensión procesal que le podría haber correspondido de solicitar el cruce con otros grupos familiares que pudieran coincidir con los datos que surgen de los dos jóvenes.

### III. LA NUEVA CORTE SUPREMA Y LA CÁMARA DE CASACIÓN: EVITAR UN PRONUNCIAMIENTO

La nueva Corte Suprema, con la renovación paulatina de sus miembros a partir de 2003, aun no se ha pronunciado sobre la materia que se ha reseñado. De hecho, tuvo la posibilidad al analizar el caso “Feretton”, a

PROBLEMAS DE DERECHO PROCESAL PENAL 301

través de un recurso extraordinario presentado por la querrela, pero prefirió no expedirse y rechazó el recurso al entender que no quedaba claro que se tratara de una sentencia definitiva.

La Cámara Nacional de Casación Penal hasta ahora (excepto la Sala IV, que votó el caso Feretton) optó por el mismo camino que la Corte, y para evitar pronunciarse en el caso “Vázquez Sarmiento” luego del recurso presentado por el joven que se negaba al análisis genético contra la sentencia reseñada, optó con los votos de Riggi y Tragant (y la disidencia de Ledesma) por casar de oficio todo lo actuado desde que se había comenzado a aplicar el CPPN como código de procedimientos, en una resolución de dudosa legalidad y que podría implicar gravedad institucional por poner en juego la responsabilidad internacional del estado por tratarse el investigado de un delito de desaparición forzada de personas.

#### IV. CONCLUYENDO: ¿EN UN NUEVO CAMINO HACIA EL MISMO HORIZONTE?

Sin dudas la situación descrita luego del fallo “Vázquez Ferrá” ha puesto a la justicia penal en un estado de desorientación en lo que respecta a los análisis de sangre obligatorios para obtener ADN en investigaciones en las que se pretende encontrar a niños secuestrados durante la última dictadura militar. Y para agravar la situación, tanto los tribunales que deciden sobre los recursos, especialmente los extraordinarios; como los juzgados de instrucción, demoran en exceso sus resoluciones al punto de la denegación de justicia, especialmente tratándose de un grupo de personas que buscan a sus nietos desde hace casi tres décadas y que hoy son ancianas. En ese contexto, las querellas y algunos jueces de instrucción han comenzado a recorrer un nuevo camino por el que se pretende conseguir muestras de ADN que permitan realizar entrecruzamientos de quienes son presuntos apropiados con los familiares que los están buscando. Se trata de una nueva metodología que es posible gracias al avance de la biología molecular, que ha permitido que se encuentre material genético de las personas en pelos, saliva, uñas, y todo tipo de flujos corporales.

#### DERECHO A LA IDENTIDAD Y PERSECUCIÓN DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD 302

Así, es posible hallar muestras de estos materiales en la casa de cualquier persona si se realiza un allanamiento con una orden judicial. Este nuevo camino tiene algunas ventajas y algunas desventajas. Entre las primeras podría nombrarse las siguientes:

- La intromisión en la intimidad a través de un allanamiento a la vivienda de la persona es sensiblemente menor que la extracción de sangre sin consentimiento, con lo que disminuye el riesgo de afectación de la integridad

psíquica.

- Ya no hay dudas respecto de la afectación de la salud y de la integridad física.

- No caben dudas de que la persona no es ni sujeto ni objeto de prueba; sí lo son algunos objetos personales suyos como un cepillo de dientes.

- No se requiere ni la más mínima colaboración de su parte, con lo que su actitud frente al proceso penal es absolutamente pasiva, con lo que en este sentido también disminuye la afectación de su integridad psíquica.

Pero como se anticipaba, esta metodología presenta también algunas desventajas. A saber:

- La persecución penal puede ser menos eficaz, en tanto respecto de la muestra de sangre no hay dudas respecto a quién es su dueño. De hecho, el decreto de reglamentación de la ley 23.511 establece el procedimiento a seguir para identificar las muestras. En los allanamientos es importante no sólo la toma correcta de la muestra que pueda contener el ADN, sino también su entorno. En este sentido, son trascendentes una serie de datos como cuántas personas viven en el domicilio, cuántas habitaciones hay, si hay signos o marcas que evidencien si una persona estuvo o no en el lugar, o cuál es la habitación de cada miembro del grupo conviviente.

Para ello, y por ser pruebas irreproducibles en el juicio, resulta imprescindible la presencia del juez o de personal del juzgado o fiscalía.

- La realización de los procedimientos por parte de fuerzas de seguridad involucradas en la represión ilegal pone en riesgo el buen resultado de la medida de prueba, por lo que se repita la necesidad de que estén encabezados por personal judicial.

#### PROBLEMAS DE DERECHO PROCESAL PENAL 303

- La toma de las muestras y la cadena de custodia agregan un ingrediente

más de complejidad, por lo que resulta necesario la concurrencia a los procedimientos de personal técnico especializado en la toma y maniobra de este tipo de muestras.

Con ventajas y desventajas, se trata de una alternativa más, que le posibilita al Estado evitar una condena de la comunidad internacional por no cumplir con su obligación de hacer cesar un delito de lesa humanidad como la apropiación de un niño por casi tres décadas, en una variante de la desaparición forzada de personas.

#### NOTAS

1. Causa V 356 XXXVI, "Vázquez Ferra, Evelyn Karina s/ incidente de apelación", Corte

Suprema de Justicia de la Nación, 30/09/2003.

2. Causa N° 3521, "Vázquez Sarmiento, Juan Carlos y otros s/ sustracción de un menor",

publicada en *Los niños desaparecidos y la justicia. Algunos fallos y resoluciones. Tomo III*,

Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2004.

3. Causa N° 21147, "Incidente de apelación en autos V. S., E. s/sustracción de menor",

Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, 14/07/2004.

4. Causa N° 3138 (728/02), "Barnes de Carlotto, Estela en representación de la Asociación

Abuelas de Plaza de Mayo s/su denuncia", Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal

y Correccional de san Martín, Sala II, Sec. Pen. 2, Registro N°: 3529, 30/9/2004.

5. Causa N° 3368 Reg. 5172, "Feretton, C. H. y otros s/recurso de casación", Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, 08/09/2003.

6. "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".

7. "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".

8. "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...".

9. Causa N° 17.414, Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, reg. N° 18.381, 8/2/2001.

10. Causa 17.889, "Simón", Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de Buenos

Aires, Sala II, 9/9/1991; con citas de la sala I de la misma Cámara en causa 30.580,

“Acosta”, reg. N° 747; 30.514, “Massera”, reg. 742; 30.312, “Videla”, reg. 736, todas del 9/9/1999.

11. CSJN, “H., G. S. y otro s/ apelación de medidas probatorias”, 4/12/1995.

12. Cfr. entre los numerosos trabajos elaborados sobre el tema, las ponencias de Gabriel

Ignacio Anitua, Javier De Luca y Julio Maier, en el III Coloquio Interdisciplinario organizado

por la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo y la Procuración General de la Nación, 18 de noviembre de 2005, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos

Aires, en la publicación *Violaciones a los derechos humanos frente a los derechos a la verdad*

*e identidad*, Abuelas de Plaza de mayo/Procuración General de la Nación, Buenos Aires, 2006, pp. 207-241.

13. Sobre este punto, cfr. Maier, op.cit. pp. 237-239.

14. Pero que en un proceso acusatorio respetuoso de la Constitución debería estar en manos de los fiscales.

15. “Barnes de Carlotto s/ denuncia”, op. cit.

16. Causa 23.029, reg. 24.281, “Azzari, Jorgelina s/ nulidad de peritaje”, Cámara Federal

en lo Criminal y Correccional, Sala II, 6/10/2005.

PROBLEMAS DE DERECHO PROCESAL PENAL 305