

Poder Judicial de la Nación

"Buenos Aires, 14 de julio de 2004.

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

I- Llegan las presentes actuaciones a conocimiento y decisión del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs.6/9 por "E. V. S.", contra la resolución que luce a fs.1/5 en cuanto dispone la realización de un estudio hemático sobre el nombrado, que deberá realizarse, aún en caso de no prestar su consentimiento, mediante el auxilio de la fuerza pública.

II- Agravios de las partes

En la oportunidad prevista por el artículo 454 del Código Procesal Penal de la Nación, "E. V. S." -patrocinado por el Dr. Roberto Calandra-, presentó el memorial que luce a fs.26/31 en el que solicita que se revoque el auto recurrido.

Sostiene 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.

Que la medida ordenada por el *a quo* vulnera lo establecido en el artículo 79 del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto el Estado debe garantizar a las víctimas de un delito un trato digno y respetuoso durante el proceso penal.

Agrega que las medidas coercitivas pueden llevarse a cabo siempre que el experto que las realice las considere sin riesgo para su salud, extremo que no se da en el caso, ya que podría verse afectada su salud psíquica.

Finalmente dice, que como se desprende de los fallos "V. Ferrá" y "Ferreton", emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, respectivamente, la extracción compulsiva de sangre resulta improcedente porque se opone a expresas disposiciones del Código Procesal Penal de la Nación.

Por un lado, a los artículos 178, 242 y 243, en tanto posibilitaría la condena de aquellos a quienes considera sus verdaderos padres, cuando dichas normas autorizan a protegerlos; y por otro, porque se viola la excepción contenida en el artículo 206 del Código citado, referida al modo en que se prueba el estado civil de las personas.

Por su parte, la Dra. Alcira Ríos, en representación de "N.C., W. de T." -presunta abuela biológica de V. S."-, sostuvo en el escrito que luce a fs.32/4, que la Constitución Nacional no garantiza crímenes de lesa humanidad sino que protege a las víctimas de ellos.

Que ser víctima de un delito no le da derecho al apelante a lesionar derechos de terceros, ya que los invocados por él terminan donde empiezan los de los familiares víctimas del terrorismo de Estado, que hace veintisiete años que buscan sólo verdad y justicia.

En cuanto al supuesto daño psíquico que se alegó, sostuvo que el mayor daño no se le infringe ahora, sino que le fue provocado al nacer en un Centro Clandestino de Detención y al cometer contra él los graves delitos que en esta causa se investigan, con el agravante de, por ser permanentes o continuados, aun no han cesado.

Por otro lado dijo que el fallo emitido recientemente por el Alto Tribunal, ha sido dictado *contra legem*, violando la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, además de lesionar las garantías esenciales que la Constitución Nacional otorga.

Concluye alegando que es incorrecto que el apelante pretenda sostener que se viola el artículo 79 del Código Procesal Penal de la Nación, ya que estos actuados se rigen por el Código de Procedimientos en Materia Penal.

III- Ley aplicable a las presentes actuaciones.

En virtud de lo que fuera sostenido en cuanto a la ley que rige el trámite de este proceso, corresponde señalar que aunque se inició con la ampliación de la querrela efectuada en los autos n° A-178/89 caratuladaos "Tarlovsky de Rosinblit, Rosa" bajo las previsiones de la ley 2372, posteriormente, a partir de

la petición que en dicho expediente efectuaron el Ministerio Público y la querellante (ver fs.1.248/9 y 1250, respectivamente, y fotocopias que lucen en el principal de estos actuados a fs.177/8 y 179), el *a quo* ordenó la formación de causa por separado y dispuso que su tramitación continuaría bajo las disposiciones de la ley 23.984, de lo que fueron notificados los peticionantes sin que plantearan oposición al trámite que se les imprimió (ver fs.181 y 182 del principal).

Por otra parte, y aunque se ordenó a fs.174 del principal la citación a prestar declaración informativa de Juan V. S.", de conformidad con el artículo 236, 2da parte, del Código de Procedimientos en Materia Penal -legislación anterior-, el error fue enmendado a fs.414, ocasión en la que se dejó sin efecto la mencionada declaración y se reanudó el trámite bajo las previsiones de la ley 23.984, habiendo sido nuevamente notificadas las partes intervinientes, quienes consintieron la medida.

Tampoco se cuenta con objeción por parte de la imputada "S. M., E.", quien a fs. 430 fue notificada de la existencia del sumario e invitada a aclarar los hechos y aportar la prueba que estimara corresponder de conformidad con los artículos 73 y 279 del Código Procesal Penal de la Nación, luciendo a fs.450/1 la presentación espontánea que hiciera con el patrocinio letrado del Dr. Luis Miguel Herraes Prieto.

Finalmente, y en relación al co-imputado "J. C., V. S.", a fs.587 fue ordenada su captura a fin de recibirse declaración indagatoria, reiterándose dicha citación a fs.892, sin que hasta la fecha se tenga noticia de su paradero.

IV- Hechos y pruebas

En virtud de su relevancia, corresponde efectuar a continuación una breve reseña de los hechos que se investigan, y las pruebas que hasta el momento fueron obtenidas.

Como se adelantara, en los autos donde se investigaba la retención y supresión del estado civil de "F.G." la Dra. Alcira Ríos amplió la querrela criminal -esta vez en representación de "N.C., W. de T.", presunta abuela biológica del apelante-, por los delitos previstos en los artículos 139, inciso 2, 146, 292 y 293, todos del Código Penal, contra "J.C.;V. S." y "S. M., E.", poniendo en conocimiento de la instrucción que denuncias anónimas recibidas en la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, aseguraban que quien fuera inscripto como "E. V. S.", era en realidad hijo de "M. G., T." y su esposo "J. D., R." -desaparecidos el 15 de mayo de 1977-, encontrándose el acta de nacimiento del nombrado firmada por el mismo médico de la Aeronáutica que falsamente acreditó el nacimiento de Francisco Gómez, Dr. Pedro Alejandro Canela (ver fs.22/3).

En consecuencia, separadas las causas, fueron incorporadas al principal fotocopias de las declaraciones que brindara el nombrado en los autos originarios, quien al ser interrogado sobre el acta de nacimiento de Gómez que contiene su firma, aunque la reconoció, sostuvo que dicha constancia era aseveratoria de que él había asistido a un parto, pero que el parto no lo presenció y que mal podía certificar algo que no había visto.

Agregó en su descargo, que era médico clínico auditor y no partero. Que firmó aquel documento a pedido de unos camaradas, pero que fue la única vez que lo hizo (ver fotocopias certificadas de fs.12/3 y 68/9). Dichos que como se verá, posteriormente quedan desvirtuados.

Obran glosadas a fs.106/7 y 108/10 copias de las declaraciones testimoniales brindadas por Juan Manuel Taboada -Vice Comodoro de la Fuerza Aérea- y la del Mayor Capracio Esperanza Sánchez, quienes dijeron que durante los años 1977 y 1978, cumplieron servicios en la Regional de Inteligencia "Buenos Aires" a cargo del Comodoro Roberto Sende. Que compartieron su destino con el Suboficial Mayor "J. C., V. S.", que en aquella época era Cabo Primero, y que según dichos de Taboada era apodado "El Colorado" o "Colo".

También se agregó la declaración testimonial de Carlos Omar Moizo, quien dijo haber ingresado a la Regional de Inteligencia "Buenos Aires" en 1976, desempeñándose como personal civil a cargo del sector dibujo técnico y como agente de inteligencia.

Afirmó que fuera de la unidad se practicaban tareas de inteligencia, y que esa

Poder Judicial de la Nación

información la centralizaba V. S.", a quien, como su superior jerárquico, le entregaba los informes de los hechos que recogía de los distintos puntos a los cuales concurría (ver fs.132/4).

Finalmente, Jorge Ángel Cóceres, militar retirado, dijo haber cumplido servicios en la Regional de Inteligencia "Buenos Aires" desde mediados de 1977 hasta 1983, y que durante los años 1977 y 1978 prestaba servicios "J. C.; V. S.", apodado el "Colorado" o "Colo".

Asimismo, aunque negó que en la División a su cargo se alojaran personas detenidas, agregó que de haber alguna, tenían que derivarla inmediatamente al Cuerpo I del Ejército. Explicó que las patrullas, compuestas de oficiales, suboficiales y soldados de las fuerzas de tarea que salían por la zona, paraban colectivos y automóviles revisando la presencia de armas o explosivos y pidiendo documentos, y si detectaban algún sospechoso se lo entregaban a la autoridad policial que normalmente acompañaba a la patrulla (ver fs.149/59).

Se incorporó a fs.186/351 el legajo personal de "J.C.; V. S.", del que surge que su grado es Suboficial Mayor, su especialidad Auxiliar de Inteligencia y que entre los años 1977 y 1978 su destino fue la Regional de Inteligencia "Buenos Aires".

Ahora bien, como los dichos de Pedro Alejandro Canela se vieron *prima facie* desvirtuados con la incorporación del Acta de Nacimiento de "E. V. S." que contiene su firma (ver fs.123), se le hizo saber al nombrado que se encontraba imputado en autos, cursándole citación a tenor de los artículos 73 y 279 del Código Procesal Penal de la Nación (ver fs.430). No compareció en dicha oportunidad, acreditándose posteriormente su defunción con el certificado glosado a fs.603.

Por otra parte, se cuenta con las copias certificadas de las declaraciones testimoniales brindadas en la causa "Tarlosky de Roisinblit" por Julio Cesar Lestón, militar retirado de la Fuerza Aérea, quien también dijo haber compartido su destino en la Regional de Inteligencia "Buenos Aires" con Juan Carlos V. S.", que en ese entonces era Cabo Primero.

Sostuvo que en la regional se llevaban a cabo procedimientos, que en algunas oportunidades se efectuaban detenciones y que los apresados eran alojados en la comisaría de Castelar, recordando los casos de las chicas Roisinblit y "T."

Agregó que por comentarios supo que las criaturas de las detenidas embarazadas - cuyo parto se efectuaba en la ESMA- se entregaba a distintas familias de personal de Fuerza Aérea. Que con dichas entregas fueron favorecidos V. S." y Gómez, y que el niño que le dieron al mencionado en primer término era el de la chica "T." (ver copias de fs.555/6).

Asimismo, interrogado sobre el lazo de camaradería que existía entre el Comodoro Sende -a cargo de la Regional- y sus subordinados, dijo que "J. C.; V. S." era uno de los Oficiales inferiores que alternaba en reuniones de índole familiar y de amistad con el Comodoro (ver copias de fs.559/62).

Ahora bien, citado en estos actuados Julio Cesar Lestón para que ampliara sus dichos en relación al operativo de Graciela "T.", reconoció haber participado en su detención, que fue alojada en "Mansión Seré", y que pasados unos días, él personalmente la trasladó a la comisaría de Castelar.

Afirmó que después de unos meses, una noche en la que estaba de guardia le ordenaron preparar un auto para fraguar un enfrentamiento. Posteriormente se enteró que en el automóvil Fiat 1600 verde iba la chica "T." y otras dos personas cuyo nombre no recordaba.

Interrogado sobre quién le dio el niño a V. S.", dijo que suponía que habría sido Sende o Taboada que eran los que tenían una afinidad con el nombrado (ver fs.703/5).

Cabe reseñar aquí, que en la causa n° A-178/89 caratulada "Tarlovsky de Rosinblit, Rosa", se acreditó la defunción del Comodoro Roberto Sende.

Por otra parte, también se cuenta en autos con la declaración testimonial brindada por Juan Gasparini (ver 767/8 y fs.770), quien refirió haber compartido el cautiverio en la Escuela de Mecánica de la Armada con "G. T. de R", la que dio a luz un varón entre septiembre y octubre de 1977, manifestando que pudo hablar con ella antes y después del parto, relatándole la nombrada las vicisitudes de su detención y original

alojamiento.

Finalmente, a fs.749/51 se incorporaron las copias del Acta de Nacimiento de quien también ha sido inscripta como hija de "J. C.; V. S." y "S. M., E.", Paula Constanza, la que nuevamente contiene una rúbrica que *prima facie* pertenece a Pedro Alejandro Canela, habiéndose presentado María Josefina Fracchia de Casado -posible abuela biológica de Paula Constanza-, a ampliar la querrela contra el matrimonio y solicitar que oportunamente se realicen los análisis hematológicos de rigor (ver fs.761).

Para concluir sólo resta agregar, que la imputada "S. M., E." sostuvo en la presentación espontánea de fs.450/2, que luego de cinco años de casada nacieron sus dos hijos, "E. el 1/11/77 y Paula Constanza el 10/10/78, y aunque no aportó datos relativos a la clínica o sanatorio donde hubiera dado a luz, afirmó que "E. es su hijo biológico.

Respecto al co-imputado "J. C.; V. S.", citado a indagatoria a fs.587 y reiterada a fs.892, de momento no se han logrado obtener noticias de su paradero.

Ahora bien, de la reseña efectuada se desprende la especial magnitud de los hechos que se investigan, ya que no se trata de un menor víctima del abandono de sus padres, quien pudo haber sido recogido en un verdadero acto humanitario, y que luego de crear fuertes lazos afectivos se lo pretende despojar de esta nueva familia revictimizando su originaria situación.

Por el contrario, "E. V. S.", quien hoy ha adquirido la mayoría de edad, sería presumiblemente hijo biológico del matrimonio "T.-R.", de cuyo seno fue expulsado de un modo violento por el secuestro y posterior desaparición de su propia madre, "M. G., T."

En tal sentido, aunque no pueda afirmarse de momento que Juan Carlos V. S." tuvo una intervención directa en esos hechos, tampoco puede descartarse, pero lo cierto es que participó el personal de la Regional de Inteligencia "Buenos Aires", cuyas tareas de inteligencia centralizaba el imputado.

A ello debe sumarse, los serios indicios aportados por Lestón en su declaración, en cuanto a que los niños nacidos en cautiverio eran entregados a distintas familias de militares, sosteniendo que al encartado "se le entregó el hijo de la chica "T."".

Cabe señalar que los dichos de Lestón se vieron corroborados en las actuaciones n° A-178/89 (en donde se inició la presente), ante el reconocimiento que hicieron los imputados Francisco Gómez y Pedro Alejandro Canela, lográndose acreditar que quien fuera inscripto como hijo biológico del primero, era un niño de padres desaparecidos entregado por el Comodoro Sende a personal civil de la regional a su cargo, y que el Acta de Nacimiento falsa del menor la rubricó el Dr. Canela (ver declaraciones indagatorias del imputado Francisco Gómez de fs. 718/9, 760/1 y 787/8 de los citados autos y las copias de la declaración del co-imputado Alejandro Canela agregada a fs.71 de estos actuados).

En virtud de la gravedad que reviste el hecho que ha sido narrado, en el que existen serios indicios de que nuevamente estamos en presencia de la apropiación de un menor hijo de desaparecidos, 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, ante la imposibilidad de interrogar a Sende, Canela y V. S.", sumado a la afirmación de "S. M., E." de que "E. V. S." es su hijo biológico.

V- Diferencias con el pronunciamiento emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Evelyn V. Ferrá".

Como el apelante invoca el reciente pronunciamiento emitido por el Alto Tribunal para sostener que la medida dispuesta debe revocarse, resulta necesario mencionar las significativas diferencias que presenta ese caso con el que nos ocupa.

1- En primer lugar debe recordarse, que en ese antecedente fue decisivo el hecho de que la extracción de sangre ordenada sobre el cuerpo de Evelyn V. Ferrá, había sido considerada como prueba complementaria por la Sala I de este fuero, Tribunal que confirmó la decisión del *a quo*.

Surge de los Considerandos del fallo, que en ese caso quienes hicieron la falsa inscripción, admitieron que Evelyn no era su hija biológica y que les fue entregada en circunstancias que les

Poder Judicial de la Nación

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.

Por el contrario, en las actuaciones puestas a estudio de esta Cámara, la co-imputada "S. M., E." sostiene que "E. es su hijo biológico (ver fs.450/2), al tiempo que se desconoce el paradero de su esposo, "J. C. V. S.", al que se lo intenta localizar desde el 4 de marzo de 2002 (ver fs.174).

Por otra parte, aunque se cuente con un Acta de Nacimiento presumiblemente falsa, a la luz de los dichos que en la causa originaria brindó Pedro Alejandro Canela, el nombrado no podrá ser interrogado sobre estos hechos (ver acta de defunción de fs.603). Encontrándonos en la misma situación, en relación al Comodoro Sende, señalado como uno de los posibles entregadores del menor y gestor en la obtención de dicho documento.

2- En ambas causas se investiga -entre otros- el delito de sustracción, retención y ocultación de un menor de 10 años (artículo 146 del Código Penal), que en su modalidad de retención y ocultación es de carácter permanente, así mientras que en el precedente "Evelyn V. Ferrá" el ilícito había cesado, en estos actuados aún se estaría cometiendo.

Debe recordarse que sostuvo esta Cámara: "...que su consumación se extiende a través del tiempo y cesa cuando se acaba la acción típica, por lo que son atribuibles todos sus momentos, quedando configurado no solamente reteniéndolo durante el tiempo que resulte necesario para ser considerado fuera de la esfera de custodia de aquel que ejerza la patria potestad sobre él...sino que también se consumará a través de una acción que impida el restablecimiento del vínculo pertinente...".

"...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..." (conf. causa n°17.414 "Del Cerro", reg. n°18.381, rta. 8/2/2001 y sus citas, y en igual sentido causa n°15.592 "Gómez", reg. n°18.634, rta. el 3/5/2001).

En consecuencia, 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 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*.

Aunque no habrán de recrearse en esta oportunidad las consideraciones que hemos desarrollado para sostener la condición de *delitos de lesa humanidad* que presentan los hechos de esta gravedad, cabe recordar que a partir de la numerosa jurisprudencia citada en la Causa 17.889 "Simón", reg. n°19.192, rta. el 9/9/91, se sostuvo que: "...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..." (ver en igual sentido de la Sala 1 Causa n°30.580 "Acosta", reg. n°747, Causa n°30.514 "Massera", reg. n°742 y Causa n°30.312 "Videla", reg. n°736, todas del 9/9/99).

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 y recientemente, Considerandos 16 del Voto del Dr. Boggiano por la

mayoría, y 35 del Voto en Disidencia Parcial del Dr. Maqueda en causa "Evelyn V. Ferrá").

Finalmente debe decirse, que entre las obligaciones básicas que ha asumido el Estado a través de la ratificación de los Tratados de Derechos Humanos con rango constitucional (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), se encuentra la de garantizar -a través de sus órganos internos-, la persecución y sanción penal de los delitos de lesa humanidad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Velázquez Rodríguez", sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, n°4, párrafo 166, Citado por Pinto, Mónica. ob. cit. pág.48).

En consecuencia, a nuestro juicio, las características de este caso trascienden las consideraciones efectuadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente invocado, ya que para dirimir la pertinencia o no de la medida dispuesta por el instructor, deberán armonizarse los intereses en pugna: el de V. S." -adulto víctima del delito investigado-, los de los familiares biológicos - también víctimas del hecho- y el del Estado, en representación de la sociedad.

VI- De los derechos constitucionales involucrados.

El apelante considera vulnerado su derecho a la intimidad, y a la libre disponibilidad de su persona y sus sentimientos, sosteniendo que deben primar sobre cualquier otros derechos que se pretendan anteponer.

Opone la querella, que el artículo 19 de la Constitución Nacional protege el derecho a la intimidad siempre que no esté interesado el mencionado orden público, la moral y los derechos de terceros.

Ahora bien, se encuentra reconocido que el derecho a la intimidad protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por las relaciones familiares, que comprende a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, y otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal (Fallos: 306:1892, entre muchos otros).

En consecuencia, aunque V. S." encuentra conculcados su derecho a la intimidad y rechaza toda intromisión tendiente a poner de manifiesto su realidad biológica, la que no le interesa conocer, 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.

Cabe entonces recordar, que los principios y garantías que la constitución consagra no tienen carácter absoluto, la ley puede imponer restricciones a su ejercicio que guarden adecuada proporción con la necesidad de preservar los derechos de los demás y los intereses generales de la sociedad (Fallos 300:67; 308:814; 312:318; 314:225; 315:380; 320:196 entre otros).

En tal sentido, se han emitido diferentes pronunciamientos que restringen el derecho invocado por el apelante.

Ante la afectación a los derechos de terceros y estando en juego el interés tutelar de un menor, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo: *"...que debe rechazarse el agravio referente al derecho a disponer del propio cuerpo, en relación con la zona de reserva e intimidad del individuo, toda vez que la negativa a la extracción de sangre no se dirige al respeto de aquel (vid. Causa B.605.XXII. "Bahamondez, Marcelo", rta. el 6/4/93), sino a obstaculizar una investigación en la que ellos resultan imputados y la menor víctima, es decir afecta los derechos de terceros (art.19 de la Constitución Nacional a contrario sensu..."* (Fallos:318:2518, Considerando 11).

Al evaluar la afectación al interés público se dijo: *"...que las mismas razones elaboradas por esta Corte en el caso "H.91.XXIV" para dejar de lado la oposición de los imputados de un delito al examen hematológico en cuestión, son totalmente relevantes para el caso de autos a los fines de dejar de lado los planteos de los representantes de la posible víctima de un delito de acción pública, cuya persecución no puede quedar -precisamente en razón de dicho carácter público- supeditada a la voluntad de aquella"* (Considerando12 del Voto en Disidencia emitido por los Dres. Fayt y Petracchi al resolver la causa C-1266 XXVIII "C.J.A. s/querella por retención y ocultación de menor", rta. el 4/12/95- ED.5/12/96).

Poder Judicial de la Nación

Finalmente, al resolver la causa "Guarino", se afirmó que: "*medidas como las decretadas en este caso en concreto deben entenderse razonablemente dirigidas a la averiguación de los hechos delictivos, lo que constituye en definitiva el fin y objeto del proceso*" (Fallos:319:3370)

A lo dicho cabe agregar, que aun cuando en el reciente pronunciamiento emitido por el Alto Tribunal la mayoría arribara a un temperamento adverso, no se desconocieron los diferentes intereses en pugna y la necesidad de conciliarlos de un modo armónico (ver Considerando 7 y 9 del Voto del Dr. Boggiano - que integra el de la mayoría- al resolver la causa "V. Ferrá").

Por su parte, el Dr. Maqueda entendió, que aunque la Carta Magna ha estructurado un escudo de protección de los habitantes de nuestro país para que sus derechos no sean injustamente vulnerados, no lleva a impedir la ejecución de medidas que requiera el Estado para dilucidar la verdad en el ámbito del proceso penal, las que al estar expresamente consignadas, no es posible impugnarlas con el sólo argumento de que restringen aquellos derechos (Considerando 27 de la causa mencionada).

El tema también ha sido analizado por la doctrina, en la que existen posturas polarizadas entre los que rechazan totalmente la posibilidad de que se realice forzosamente la pericia y aquellos que la postulan sin reserva, dando paso a una corriente intermedia, que se orienta a restringir el derecho individual de negarse a realizar exámenes biológicos como el impugnado.

En este último sentido, Cecilia Grossman y Carlos Ariana, sostienen que estos derechos mantenidos a ultranza vulneran otros derechos e intereses legítimos, como el de los menores a su identidad y el del Estado y la sociedad, a la verdad en el curso de un proceso judicial (conf "Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial", La Ley T.1992, vol. B, pág.1193).

También se ha dicho, que si bien el sujeto es amo y señor de su intimidad, no puede hacerse la misma afirmación categórica respecto de su identidad cuando los demás aparecen involucrados, ya que en todo lo relativo a las relaciones de familia -integrada por la determinación del origen genético-, las personas se desenvuelven en el campo inter-subjetivo, donde la vigencia del principio de inviolabilidad hará que el derecho a la intimidad que se invoque por uno, quede automáticamente limitado y restringido en cuanto afecte el derecho a la identidad familiar que esgrime otro (Mauricio Luis Mizrahi, "Limitación jurisprudencial a las pruebas biológicas compulsivas", La Ley, año LXVII, n°2003).

Otros la admiten sólo cuando se está en presencia de un proceso penal en donde se investigan delitos relacionados con la desaparición forzada de personas -que conlleva la supresión y sustitución del estado civil en la época comprendida entre 1976/1983-, sosteniendo que debido a los derechos en juego y el interés que debe predominar en estas, resulta procedente la medida compulsiva (Nestor E. Solari, "Acerca de la extracción compulsiva de sangre en el proceso penal a propósito de los casos V. y Ferretón", J.A. 2004-1 - fascículo n°12-, 24/3/2004)

A criterio de este Tribunal, aun cuando en estos actuados el estudio hemático ordenado está dirigido a un mayor de edad que resulta víctima del delito, se reúne la legitimación para obtener de él esa prueba, merced a la restricción de los derechos que invoca, desde que resulta estrictamente pertinente dentro de los límites formales de la ley en un Estado de Derecho.

En tal sentido, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad entre los bienes o derechos que pueden afectarse, a la alegada conculcación del derecho a la intimidad en la persona de V. S.", se le opone idéntico derecho que ampara a la querellante, posible abuela biológica, que se vería imposibilitada de reconstruir los lazos familiares que fueron quebrados por el terrorismo de Estado.

A ello debe sumarse, que la extracción de sangre que se pretende realizar, guarda razonabilidad con el objeto del proceso, cual es el descubrimiento de la verdad material y la averiguación de los autores y/o cómplices de un *delito de lesa humanidad* que no ha cesado, y que como se verá, no puede afirmarse que resulte lesiva de la salud psico-física de su destinatario.

VII- La invocada afectación a normas procesales.

1- Relativas a la violación del artículo 79 del C.P.P.N.

No será receptado favorablemente el agravio del apelante, que sostiene que en su condición de víctima no se le da un trato digno y respetuoso, ya que las constancias de la causa acreditan que la norma invocada no ha sido vulnerada por el instructor.

En efecto, no sólo se lo puso en conocimiento del objeto procesal del sumario desde su inicio, sino que cuando fue invitado a practicarse una extracción hemática, se libró oficio al Servicio de Psicología del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional, haciéndole saber a la Licenciada Cristina Gravenhorst que debería concurrir al Tribunal para darle el debido resguardo y contención psicológica, habiendo mantenido dicha profesional la correspondiente entrevista personal con "E. V. S." (ver fs.167 y fs.170, respectivamente).

Cabe adunar a ello, que entendiendo el *a quo* que existe un interés directo del nombrado en la orden judicial atacada, le ha otorgado el derecho a recurrir, dándose a través de la presente acabado responde a cada uno de los planteos que ha ensayado -patrocinado por el Dr. Calandra-, de modo que independientemente de su conformidad o disconformidad con la solución que propiciarán los Suscriptos, podrá acceder, de considerarlo pertinente, a la revisión del Superior Tribunal de la causa.

2- Relativas a los artículos 178, 242 y 243 del C.P.P.N.

Afirma el apelante, que su negativa se encuentra justificada al amparo de las mencionadas normas procesales, que se refieren a la inadmisibilidad de denuncia y prohibición de testimonio en casos de parentesco.

Ahora bien, el artículo 178 dispone la prohibición de denunciar del cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano, al menos que el delito aparezca ejecutado contra el denunciante o un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el denunciado.

El artículo 242 establece la prohibición de testificar en contra del imputado, alcanzando a las personas mencionadas anteriormente, con idéntica limitación.

Finalmente, el artículo 243 establece la facultad de abstención de declarar en contra del imputado, la que se extiende a parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tutores, curados 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 con el que lo liga con el imputado.

En primer lugar debe decirse, que 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).

En ese mismo sentido, recientemente se ha dicho, que la extracción compulsiva de sangre constituye un medio de prueba que no compele a producir testimonio alguno, por lo que, en principio y a falta de regulación expresa, no es admisible extender a su respecto las reglas especiales de las norma citadas, por más analogía que pueda encontrarse entre ambas situaciones (Ver Considerando 10 del Voto del Dr. Boggiano, que integra la mayoría en causa "Evelyn V. Ferrá").

En efecto, 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

Poder Judicial de la Nación

Argentino", Tomo I-b, pág 444, y su cita)

Por otra parte, las normas invocadas por el apelante encuentran su fundamento en el mantenimiento de la institución familiar, conjurando su destrucción por el obrar de sus propios miembros. En palabras de Clariá Olmedo, se restringe la amplia regla en materia penal de la libertad de la prueba en homenaje a la solidaridad familiar (Conf. Ivana V. Bloch y María C. Hockl "La extracción compulsiva de sangre según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", J.A. 2004-I, fascículo n°12, pág.3/14).

En dicha inteligencia se ha previsto la excepción contenida en el último párrafo, *cuando el delito ha sido ejecutado contra el propio declarante o contra un pariente suyo con grado más próximo con el que lo liga con el imputado*, ya que la cohesión familiar se encontraría quebrada por el accionar ilícito de alguno de sus integrantes.

Si se analiza el caso puesto a estudio, esta última es la hipótesis que se plantea, ya que lo que se pretende probar a través de la investigación, es la comisión del delito de retención y ocultación de un menor ejecutado contra el propio apelante que ya ha adquirido la mayoría de edad y los parientes de grado más próximos, sus verdaderos progenitores.

Como lo afirma el Procurador General Dr. Nicolás Becerra: *"...tampoco se vería satisfecho el sentimiento de justicia si se concediera al autor una carta indefinida cada vez que lograra consolidar una relación de afecto con el niño del que se ha apropiado o que se ha retenido, reclamando paralelamente resignación y aceptación de la situación a los padres y a la familia, en general, de los que ha sido arrebatado..."* (ver Dictamen en autos "V. Ferrá").

El Alto Tribunal ha dicho que la finalidad de proteger los lazos familiares -que inspira la exclusión de ciertos medios de prueba- debe equilibrarse razonablemente con el propósito de averiguar la verdad sobre los delitos investigados; y en esta confrontación ha de prevalecer la potestad judicial de reunir todas las pruebas que no sean inequívocamente excluidas por ley (Ver Considerando 10 del Voto del Dr. Boggiano, que integra la mayoría en causa "Evelyn V. Ferrá").

Así las cosas, y sin dejar de comprender la difícil situación en la que se encuentra "E. V. S.", este Tribunal no puede avalar su negativa, cuando la finalidad de las normas procesales invocadas resulta contraria al derecho que se pretende proteger.

3- Relativas al artículo 206 del C.P.P.N.

3.a- Manifiesta el apelante, que la libertad probatoria que rige el proceso penal y que posibilita ejercer coerción estatal, se encuentra limitada cuando existe un grave riesgo para la salud, resultando afectada su salud psíquica.

Este Tribunal sostuvo: *"...que por practicarse la prueba hemática con todas las garantías de la ciencia médica al efecto, en modo alguno puede presentar riesgo para la salud o integridad física de aquella, ni tampoco a su dignidad humana..."* (ver causa n°10.988 "Guarino", rta el 4/5/95, reg. n°11.951)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha reconocido que 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 (Fallos 318:2518).

Con idéntico criterio se expide la doctrina, sosteniendo que igual a lo que acontece con la vacunación coactiva general ante una epidemia, no se estimada en sí ofensiva ni irrazonable para un hombre medio; y que constituye una prueba de que resulta inocua, el hecho de que la extracción de sangre es una práctica de rutina en múltiples exámenes médicos que precisamente se hacen con el objeto de prevenir y preservar la salud de las personas (Conf. Augusto Mario Morello "La obligación de cooperar para acceder a la verdad en el ámbito del proceso a propósito de la obtención coactiva de sangre a fin de realizar la prueba hematológica" (JA, 1991-III-52); y Cecilia Grossman y Carlos Ariana "Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial", La Ley T.1992, vol. B, pág.1193).

En consecuencia, si no puede afirmarse que el estudio ordenado ocasione algún tipo de daño real, ya sea físico, psicológico o emocional, la sola invocación del apelante de un hipotético daño psicológico o emocional -que no ha sido acreditado-, no puede justificar un impedimento para llevar a cabo una prueba, que como se viene analizando, se advierte como estrictamente necesaria.

Aún 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.

A todo evento, y como fuera señalado en el punto VII.1- de la presente, el *a quo* ha tomado los pertinentes recaudos al disponer la intervención de los Servicios de Psicología del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional para que le brinde contención a "E. V. S.", la que como fuera solicitado por el Agente Fiscal, deberá extenderse durante todo el proceso (ver fs.177 del principal).

En consecuencia, no existiendo serias y comprobadas razones que pudieran llevar a los Suscriptos a considerar que la prueba hemática le pueda producir al nombrado una perturbación psíquica mayor a la que le ha generado ser víctima del delito que se investiga, el agravio esgrimido habrá de ser rechazado.

3.b- Finalmente sostuvo el apelante, que la libertad probatoria contenida en el artículo 206 del Código Procesal Penal de la Nación, también se encuentra restringida por la excepción fijada en su último párrafo, relativas al modo en que se prueba el estado civil de las personas, debiendo estarse a la prohibición de extracción compulsiva de sangre contenida en la ley 23.411.

Al analizar los alcances de la citada normativa, esta Cámara afirmó: *"...la presunción contenida en el artículo 4 de la ley 23.511 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.*

No debe perderse de vista que la ley 23.511 es la de creación del Banco de Datos Genéticos, y la norma en su artículo 4 resulta una regulación procesal que como quedó dicho genera una presunción no operativa para el proceso criminal, que por otra parte es regulado en un ordenamiento que contiene reglas como el artículo 322 sobre los exámenes periciales, y los artículos 196, 198 y 199, sobre la capacidad de investigación de los Magistrados sobre los presuntos delitos que lleguen a su conocimiento. Y en estos contenidos se enmarca la medida de prueba ordenada, requiriéndose un examen pericial del Organismo instaurado por la mentada ley 23.511..." (ver Causa n°9264, "Recurso de queja interpuesto por Domingo G. Maggiotti", reg. n°10.736, rta. el 15/4/94)

En cuanto a la posibilidad de fundar la negativa a la extracción de sangre sobre la base de lo dispuesto en el art.4 de la ley 23.511, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho: *"...que la sola referencia a ese precepto no es fundamento suficiente para descartar la prueba ordenada, toda vez que los recurrentes no demuestran por qué esa norma destinada a regir los procesos de filiación debe aplicarse al ámbito penal, cuando ambos procedimientos tienen causa, objeto y finalidad diferentes..."* (Considerando 12, Causa H.G.S y otros s/apelación de medida probatoria" H.91. XXIV. rta. el 4/12/95).

En estos actuados, la aseveración o la exclusión del vínculo de sangre entre quien fue inscripto como "E. V. S." y quien se atribuye ser su abuela biológica, resulta una prueba necesaria y razonable, ya que permitirá esclarecer los hechos delictivos, en donde el emplazamiento del estado civil resulta una consecuencia del ilícito que se encuentra investigado.

Por otra parte, y aún en la hipótesis de que corresponda aplicar las disposiciones de la ley 23.511, no puede afirmarse que ella vede la posibilidad de disponer los análisis compulsivos.

Poder Judicial de la Nación

Ha sostenido la doctrina, que aunque la ley no lo dice expresamente, el juez tiene amplias facultades para ordenar la obtención de muestras compulsivas, ya que el artículo 36 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación le otorga la facultad de ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos respetando el derecho de defensa de las partes (Mauricio Luis Mizrahi, "La compulsión en la ejecución de la prueba genética para determinar la identidad de origen", ED, 13/2/2004).

Agrega el autor citado, que no se puede aceptar la discriminación entre el derecho a conocer los vínculos familiares y la atribución de exigir compulsivamente la realización de una pericia a tales fines. Si existe aquel derecho debe posibilitarse, en la medida que constituye una práctica indolora con una ínfima molestia, ya que la ley no establece ninguna prohibición a los jueces para que dispongan la ejecución forzada de la prueba (Mauricio Luis Mizrahi, "Limitación jurisprudencial a las pruebas biológicas compulsivas", La Ley, año LXVII, n°2003).

Aunque comúnmente se sostuvo que una de las diferencias más tajantes entre el proceso civil y el proceso penal, consistía en la primacía de la verdad formal para el primero, mientras en el segundo rige de manera irrestricta la verdad material, frente al avance de la ciencia que permite una prueba certera sobre la filiación, se han dictado pronunciamientos de Tribunales Civiles y Comerciales, que se inclinan por hacer emerger la realidad material, ya que no resulta valioso acudir a una presunción basada en una negativa

En tal sentido se ha entendido, que la actitud renuente del demandado constituye un indicio, pero insuficiente para fundar una sentencia. Que de ello deriva que la técnica de ADN alcanza virtualmente la certeza absoluta y es el método en sí más exacto, pudiendo disponerse aún de oficio (Alejandro F. Bosch (h), "La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas, La Ley 2003-B, pág.1116 y sus citas jurisprudenciales).

Como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aunque no pueda prescindirse de las palabras de la ley, tampoco debe atenerse rigurosamente a ellas, resultando propio de la función judicial indagar sobre lo que ellas dicen jurídicamente. En esa interpretación los jueces no puede apartarse de las transformaciones históricas y sociales, ya que la realidad viviente en cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país o descubre nuevos aspectos no contemplados antes (Fallos:310:2214, Considerando 8 del Voto de los Dres.Fayt y Bacqué).

En consecuencia, si los exámenes de ADN son -en el actual estado de los avances científicos- el método adecuado y conducente para la determinación de la filiación, sostener que la pretensión de la abuela biológica como particular ofendida en causa penal se satisface a través del trámite de una reclamación de estado, constituye un criterio contrario a los principios que rigen el proceso penal. En particular, si se considera que la negativa de "E. V. S." a realizarse un estudio hemático y la aplicación de tal mecanismo formal, llevarían a que se afirme su condición de nieto de los querellantes por vía de presunción legal.

Dicha situación se contrapone con el deber de investigar que tienen los Tribunales y en particular con la finalidad de alcanzar la verdad real en el ámbito penal, tarea que debe emprenderse con seriedad, y como un deber jurídico propio, de modo que no basta una mera formalidad que se sabe infructuosa de antemano o una mera gestión de intereses particulares que carga toda la iniciativa en los aportes privados o de las víctimas (ver de esta sala causa 17.889 "Simón", reg. n°19.192, rta. el 9/9/91).

VIII- Las consideraciones efectuadas llevan a este Tribunal a concluir que en autos concurren las circunstancias previstas en el artículo 218 del Código Procesal Penal de la Nación -en la que el *a quo* fundó la medida-, en cuanto autoriza al juez interviniente a proceder a la inspección corporal del imputado o de otra persona en los casos de absoluta necesidad.

En efecto, si se tiene en cuenta que a partir de la prueba reunida en autos, "E. V. S." sería presumiblemente el hijo del matrimonio "T."-"R.", en cuyo secuestro y posterior desaparición intervino personal de la Regional de Inteligencia "Buenos Aires", cuyo encargado de centralizar los informes de inteligencia, Juan Carlos V. S., lo inscribió como propio, sumado a que su esposa -la co-imputada "E."- sostiene

que es su hijo biológico, puede decirse que la prueba hemática responde acertadamente a la condición de idoneidad, referida al logro del objetivo al que va dirigida, cual es esclarecer si se ha cometido el delito de sustracción y retención de un menor, hacer cesar su comisión y determinar quienes son sus autores y/o cómplices.

También resulta necesaria e imprescindible para responder a dicho interrogante, ya que no existe un medio menos gravoso para obtener idénticos resultados.

Finalmente, cumple la condición de proporcionalidad que hace al equilibrio de los intereses afectados, respecto al interés general, a los intereses estatales y a los intereses individuales involucrados.

Por lo expuesto el Tribunal **RESUELVE:**

CONFIRMAR la resolución que luce a fs. 1/5 de esta incidencia en todo cuanto dispone y fuera materia de apelación.

Regístrese, notifíquese al Sr. Fiscal General y remítase al Juzgado de origen a fin de que se realicen las restantes notificaciones a que hubiera lugar."