

“Buenos Aires, 14 de Noviembre de 2006.

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

El Dr. Gabriel R. Cavallo dijo:

I- En esta oportunidad el Tribunal debe resolver el recurso de apelación interpuesto por el querellante “G. G. P.”, con el patrocinio letrado del Dr. Luis María Peña, contra el auto de fecha 6 de junio de 2005 –obrante a fs. 1515vta. del principal–, por el cual la Sra. Juez *a quo* dispuso que a través del Banco Nacional de Datos Genéticos se procediera a la extracción de muestras comparativas de los objetos personales secuestrados al recurrente en su domicilio para la realización de los pertinentes estudios de histocompatibilidad, y su entrecruzamiento con los datos genéticos del grupo familiar Peralta-Zalazar y de los restantes grupos familiares de personas desaparecidas allí registrados.

Al presente se acumuló el incidente n° 38.512 en el que la misma parte recurrió el auto de fecha 15 de junio de 2005 –obrante a fs. 1528 del principal– por el cual se amplió el peritaje a efectos de determinar si existía vínculo de paternidad entre el nombrado y los imputados “G. A. P.” y “E. E. G. R. de P.”.

En ambos casos la parte se agravia en tanto considera que se trataría de una reproducción de la medida anterior (extracción de sangre) que se encuentra a estudio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en virtud de un recurso extraordinario que tiene efecto suspensivo sobre la cuestión; asimismo, que lo decidido viola disposiciones constitucionales y legales al disponerse en contra de su voluntad de su material biológico, obligándolo a aceptar su cuerpo como posible prueba en contra de quienes considera sus padres, lo que afecta su dignidad y cuestiona su identidad biológica. Sostiene también que la medida afecta su integridad física, el derecho a ser oído públicamente y por un tribunal imparcial, su vida privada, y que se trata de una injerencia arbitraria del Estado. Por último, entre otras cosas, también señala que no había prueba concluyente en cuanto a que habría nacido el hijo de María Ester Peralta y Oscar Alfredo Zalazar y que éste les fue arrebatado, como así tampoco que él sea ese hijo.

II- Entre las lamentables consecuencias que tuvo para los civiles la implementación en nuestro país del aparato sistemático de represión ilegal instaurado en la última dictadura militar, está el de los niños que han sido violentamente separados de los padres que, tal vez por este motivo antes que cualquier otro, aún permanecen desaparecidos. Y la cara más cruel de este conflicto se presenta cuando los familiares que nunca renunciaron a la búsqueda de sus nietos se ven enfrentados a situaciones como las que aquí se presentan, esto es, que el supuesto menor sustraído, hoy mayor, se niega a los exámenes que confirmarían cuál es su identidad biológica para proteger tal vez a aquellos que lo han

apropiado cuando era un bebe, con la contrapartida del dilema, también doloroso, de quien no quiere ver perjudicados a los que lo criaron desde niño.

Efectivamente, la presente causa es un desprendimiento de la denuncia de fecha 20 de marzo de 1982 efectuada por la asociación Abuelas de Plaza de Mayo en la que se puso en conocimiento la desaparición de noventa y cinco niños que se tratarían de los hijos de personas secuestradas durante la última dictadura militar.

En concreto, aquí se investiga el destino del hijo o hija de María Ester Peralta y Oscar Alfredo Zalazar, quienes fueron secuestrados el 29 de abril de 1976 en la Villa 21 de Barracas de esta Ciudad por parte de personal supuestamente perteneciente a la Policía Federal Argentina, cuando la mujer se encontraba embarazada de cinco meses. Las víctimas habrían sido vistas detenidas en la Comisaría 44 de esta Ciudad, en donde habrían sufrido tormentos. A los pocos días, Zalazar apareció muerto en un supuesto enfrentamiento (6 de mayo de 1976) junto con otras dos personas secuestradas en el mismo operativo del 29 de abril. Tales afirmaciones se desprenden de la denuncia efectuada, de las declaraciones de la madre y de la hermana de María Ester Peralta, de las declaraciones de la hermana y del padre de Oscar Zalazar, del legajo de la Conadep, de recortes periodísticos del 6 y 7 de mayo de 1976, de la copia del recurso de *habeas corpus*, entre otras constancias de la causa (fs. 1, 2, 18, 19, 47, 62, 68/70, 80, 101, 102, 135, 205, 210/12, 213, 233, del principal).

Pese a que los diarios de la época daban cuenta de que Zalazar y las otras dos personas habían sido detenidos y liberados días antes de haber fallecido en un enfrentamiento o intento de toma de comisarías, según los comunicados oficiales (fs. 232/233), ello no coincide con los informes policiales; de estos últimos se desprende que fueron encontrados los cuerpos sin vida en el Parque Centenario y que presentaron numerosas heridas de bala, y no se encuentra registrada la detención anterior (fs. 213 y 225).

El destino de María Ester Peralta aún resulta incierto pues continúa desaparecida. Al momento del operativo, ella estaba con sus dos hijos menores, de 1 y 2 años, pero éstos fueron dejados con una vecina y luego criados por la abuela materna. Según lo relatado a los familiares por una mujer que había sido secuestrada en ese mismo operativo, María fue trasladada a la comisaría 44 de esta ciudad, donde fue torturada; asimismo esta persona habría manifestado que la víctima habría perdido a la criatura que esperaba (fs. 125/vta). Pese a los intentos, esta mujer no pudo ser localizada para que aporte mayores datos.

Independientemente de las denuncias hechas por lo familiares desde un primer momento (ante la justicia, CONADEP, el Centro de Estudios Legales y Sociales y la

Asociación de Abuelas de Plaza de Mayo), en autos se constituyeron en parte querellante en una primera oportunidad Petrona Catalina Izaguirre de Peralta, madre de María, el 24 de julio de 1984 y el 27 de octubre de 1994 Justo Pastor Zalazar, padre de Oscar Alfredo; sin embargo, éste falleció al poco tiempo (fs. 496 y 581). Asimismo, varios de los miembros del grupo familiar se han presentado en el Banco Nacional de Datos Genéticos para dejar las muestras necesarias para los eventuales estudios (fs. 411, entre otras).

Luego de que la investigación de tales hechos fuera cerrada provisionalmente en varias oportunidades –11 de febrero de 1985, 3 de febrero de 1986 y 9 de septiembre de 1988 (fs. 252/3, 321/2 y 350 del principal)–, se agregaron copias de la denuncia presentada por los fiscales designados para los procesos que versasen sobre casos de menores apropiados durante la represión ilegal del terrorismo (fs. 357) de las que surgían numerosas inscripciones de nacimientos en condiciones que daban a sospechar la existencia de irregularidades en las actas (partos en domicilios particulares, mujeres primerizas mayores de 40 años de edad, denuncias en la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo).

Entre los casos denunciados estaba el del menor “G. G. P.”, cuyo grupo familiar probable sería el del matrimonio Peralta-Zalazar. Las sospechas sobre esta inscripción surgían de la fecha presunta del parto (1° de junio de 1976) y del hecho de que era el primer hijo de una mujer de 38 años que se había casado en 1960. A ello se sumó que el certificado fue firmado por la Dra. Marta Beatriz Antonia Rosignoli (matrícula nacional n° 4655) y que el parto habría ocurrido en su consultorio particular, siendo que esta facultativa ya había sido condenada por casos de sustracción de menores y denunciada de haber intervenido específicamente en casos de hijos de desaparecidos. También se señalaba al supuesto padre apropiador, “G. A. P.”, como entregador de niños a otros matrimonios y, a su vez, que también habría inscripto otro hijo de nombre “E. M. P.” en iguales condiciones.

Si bien de la misma denuncia surgía la posibilidad de que el menor hubiera sido apropiado por otro matrimonio, esta hipótesis fue descartada (fs. 997, 1057, 1240 y 1454, entre otras).

Reanudada la investigación, a fs. 367 se agregaron las copias certificadas de la inscripción del menor “G. G. P.” en el Registro Civil de las Personas de las que surgen las circunstancias antes relatadas, esto es, la fecha y lugar del nacimiento, médico interviniente, y los presuntos padres biológicos.

La mencionada Marta Beatriz Antonia Rosignoli declaró en los términos del art. 236, 2° parte, del Código de Procedimiento en Materia Penal el 27 de marzo de 1990, oportunidad en la que relató que desconocía la firma y las escrituras del certificado de nacimiento del menor “P” y que no recordaba haber atendido a “E. E. G de “P” debido al

tiempo y a la cantidad de partos en que intervino; en cambio, sí reconoció la dirección de su consultorio y el número de matrícula, que el Dr. Nuñez Prego le derivaba partos, aunque nunca lo conoció, y que no llevaba registro de los alumbramientos (fs. 368/0).

Posteriormente el 6 de febrero de 1991 se convocó a prestar declaración en los mismos términos a "G. A. P." y "E. E. G. R." (fs. 389). El primero negó los hechos imputados, dijo que había sido Suboficial de la Marina hasta el año 1977 y señaló que su hijo "G. G." era hijo natural, nacido en el consultorio de la médica Rosignoli, a la que llegaron por recomendación del Dr. Nuñez Prego, quien atendió el embarazo de su mujer y que tenía fotos del estado de gravidez de ella (fs. 397). Por su parte, "E. E. G. de P." sólo se remitió a lo dicho por su marido (fs. 398).

Sin embargo, pese a la negativa de los imputados, en la causa existen elementos que corroboran las sospechas arrojadas en torno a la posibilidad de que "G. G. P." sea hijo de desaparecidos.

Tareas policiales arrojaron que en el domicilio de la calle Cádiz no habría funcionado ninguna clínica médica, aunque sí habría pertenecido a la familia Rosignoli (fs. 1199/1239). Tampoco el Ministerio de Salud o el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires tienen registrado un establecimiento de salud en ese lugar (fs. 1289).

Del mismo modo, las grafías y firmas del certificado de nacimiento de "G. G. P." no se corresponden con las de la partera Rosignoli (17/12/04), conforme surge del peritaje de fs. 1410. Y a fs. 1358/83 se encuentran agregados testimonios de las causas seguidas a la nombrada por delitos de la misma naturaleza, es decir, sustitución del estado civil de menores que habrían nacido en su consultorio de la calle Cádiz.

Asimismo, se estableció que "G. A. P." perteneció a la Armada Argentina y que ni de la historia clínica de "E. P." ni del informe de la Armada surgen antecedentes de partos; no se encuentra registrado el Dr. Nuñez Prego ni tampoco recibió el matrimonio las asignaciones prenatales correspondientes (fs. 1249/1284, 1352 y 1450).

Al mismo tiempo no es menor la circunstancia de que los imputados paralelamente estén siendo investigados por la apropiación de otro menor en la misma época en condiciones irregulares similares. Sobre ello basta ver la reseña efectuada en el reciente dictamen del Procurador General de la Nación (S.C. G. 1015 "G. R. de P. E." y otros/s/ sustracción de menores -causa n° 46/85-" del 07/09/2006; especialmente, punto IX).

La descripción del cuadro probatorio realizada hasta aquí demuestra fundadamente la existencia de una sospecha seria dirigida contra el matrimonio "P" en cuanto

a que se apropiaron de un menor hijo de desaparecidos, lo que justificó que la instructora intentase establecer la verdadera identidad biológica de “G. G. P.”.

Recuérdese que para ello la juez de grado en febrero de 1992 había ordenado la realización del análisis genético del menor con los grupos de familiares probables registrados en el Banco Nacional de Datos Genéticos (fs. 405, 407, 411, 418, 424, 448, 450, entre otras). Sin embargo, el estudio no llegó a concretarse en razón de la negativa del matrimonio “P” (fs. 426, 436 y 438).

A partir del 5 de marzo de 1998 se reanudaron los intentos (fs. 603), pero tampoco lograron concretarse en razón de que “G. G. P.” –quien se constituyó en querellante; fs. 959– ya era mayor de edad y se opuso a la extracción de sangre (fs. 605, 608, 609, 618, 626, 793, 797/805). El *a quo* continuó ordenando medidas para lograr la extracción compulsiva de sangre (fs. 812), las que hasta el día de la fecha arrojaron resultado negativo (fs. 1020, 1023, 1050, 1062/77, 1086, 1101, 1104, 1108/1130, 1132). Actualmente dicha cuestión se encuentra a estudio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en virtud del recurso extraordinario interpuesto (reg. n° 980 del 29/10/2003 y fs. 63 de este incidente).

No obstante ello, el intento de determinar la identidad de esta persona varió a raíz de que el Banco Nacional de Datos Genéticos informó métodos alternativos para obtener ADN distintos de los de la extracción de sangre, como podía ser el pelo de una persona (fs. 1459), motivo por el cual, el *a quo* ordenó el registro del domicilio del nombrado y secuestró tales materiales biológicos (fs. 1460, 1497 y 1503/14).

Precisamente, este Tribunal debe ahora resolver sobre los recursos interpuestos por “G. G. P.” contra la decisión de la instructora del 6 de junio de 2005 por la que dispuso la realización del estudio de histocompatibilidad y entrecruzamiento con los antecedentes del grupo familiar Peralta-Zalazar y del resto de los familiares del Banco Nacional de Datos (confr. fs. 1515vta. y 1517/24) y contra la de fecha 15 de junio de 2005 por la que se amplió el punto del examen genético para determinar el vínculo del nombrado con “G. A. “y “E. P.” (confr. fs. 1528 y 1528).

III- Como primera cuestión cabe responder que **si bien la interposición del recurso extraordinario tiene efecto suspensivo (art. 243 C.P.C.C.) en tanto impide la ejecución de la sentencia hasta que el superior tribunal de la causa se expida (Fallos 314:1675) –que fue específicamente lo que ocurrió en la presente causa con la medida que ordenaba la extracción de sangre compulsiva al recurrente (fs. 1135)–, a diferencia de la pretensión de la parte, ello no resulta extensible a otras medidas de prueba que se dictan en el transcurso de la instrucción de un proceso penal abierto, pues de lo contrario toda investigación debiera detenerse a la espera de aquella decisión, cosa no prevista en el**

ordenamiento procesal y contrario a la celeridad que debe imperar (art. 196 del Código de Procedimientos en Materia Penal).

Que por otro lado, la eventual incidencia que pueda llegar a tener lo aquí resuelto en la decisión del máximo tribunal es la consecuencia lógica de todo proceso en pleno trámite, aspecto no desconocido por la doctrina de la Corte Suprema pues sus sentencias deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas, aunque sean sobrevinientes al recurso extraordinario (Fallos: 301:947; 306:1160; 310:819; 311:787; 316:479); y que sobre los requisitos jurisdiccionales ha subrayado que la subsistencia de éstos es comprobable de oficio y que su desaparición importa la del poder de juzgar (Fallos: 307:188; 308:1489; 311:787; 316:479).

También corresponde rechazar los agravios vinculados a la supuesta afectación a su derecho a ser oído por un tribunal imparcial, pues, más allá de que las resoluciones judiciales adoptadas hasta el presente hayan sido en contra de sus pretensiones, la magistrada de grado en todo momento procuró la intervención de "G. G. P." en el proceso, ya sea a través de sus padres de crianza cuando era aún menor o personalmente cuando llegó a la mayoría de edad; muestra de ello no sólo es el relato efectuado en el punto anterior, sino también que hoy en día es uno de los querellantes y que ha podido impugnar las decisiones adversas.

IV- Aclarado ello, a diferencia de lo que pretende el recurrente, entiendo que la medida que ahora dispusiera el *a quo* no puede ser resistida con fundamento constitucional.

En primer lugar, no debe ser trasladado al presente lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Vázquez Ferrá" (Fallos 326:3758). Aquí no se trata de una medida que implique forzar o coaccionar a la supuesta víctima del delito investigado a suministrar al Estado los medios para punir a aquellos con quienes tiene intensos lazos afectivos, pues ello ya se ha logrado por una vía que no implicó participación alguna por parte del recurrente, a tal punto que ni siquiera fue necesaria su presencia en el lugar, sino que se trató de los elementos orgánicos que ya se habían desprendido de su cuerpo.

En este sentido, a diferencia de lo que ocurre con la situación de los testigos –a la que el máximo tribunal emparentó la medida de extracción compulsiva de sangre– o en las demás normas mencionadas por el recurrente, el legislador al regular lo relativo al allanamiento o al secuestro de cosas no ha estipulado limitaciones vinculadas con

el parentesco o los afectos en cuanto al sujeto pasivo que debía soportarlas (Clariá Olmedo, *Derecho Procesal Penal*, actualizado por C.A. Chiara Díaz, ed. Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, T. II, pág. 386). Adviértase que cuando ha querido resguardar ciertos núcleos afectivos o familiares lo ha hecho de un modo expreso y en casos en que claramente la medida requiere para su producción de la libre voluntad de la persona (como por ejemplo, la situación de los testigos o de la orden de presentación de documentos prevista en el art. 232 del actual código de procedimientos), pero no cuando puede prescindirse de esa voluntad.

De este modo, aquí no se presenta el dilema o conflicto de tener que tolerar la medida que pueda incriminar a la persona con la que tiene estrechos lazos afectivos, por lo que los agravios vinculados con la coerción a aportar prueba contra sus padres de crianza corresponde que sean rechazados.

Por similares motivos debe descartarse la pretensión del recurrente de darle un alcance tal a su derecho a disponer del propio cuerpo que impida la utilización del material biológico secuestrado sin su consentimiento. Por un lado, la parte no ha intentado siquiera mínimamente explicar de qué modo se sustenta una regla semejante, mientras que, por el otro, su realización se encuentra aceptada en nuestro ordenamiento jurídico (art. 253 del Código Civil) y, en la medida que el estudio ordenado no afecte el pudor, el recato o la dignidad de la persona y no media riesgo para su salud, y a su vez se limite a establecer un extremo de la imputación y no a otros aspectos de su intimidad, es procedente en los procesos penales (art. 378 del Código Procesal Civil de la Nación, de aplicación supletoria, y arts. 2.b y 5 de la ley 23.511).

V- Resta responder el agravio vinculado a la negativa a conocer su verdadera identidad. Al respecto, el recurrente sostiene que la medida ordenada sin su consentimiento afecta derechos amparados constitucionalmente. Las relaciones de familia y la identidad personal encuentran respaldo en distintas cláusulas de nuestra Constitución Nacional (art. 14, 19 y art. 33), como así también se desprenden de tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional (arts. 7, 8 y 29.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y arts. 3, 5, 11, 17 y 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros). No obstante ello, entiendo que la medida ordenada por la juez de grado implica una restricción legítima a tales derechos, como se verá a continuación.

Para dar respuesta al planteo corresponde comenzar dejando en claro que el conjunto de circunstancias acreditadas en la causa –las que fueron descriptas en el considerando III de la presente– permite sospechar fundadamente que el matrimonio “P” habría retenido y ocultado a un menor sustraído a personas desaparecidas durante la última

dictadura militar como consecuencia de la represión ilegal, al que anotaron en los registros públicos como hijo propio. En este sentido, tales hechos pueden calificarse como sustracción, retención y ocultación de menores de 10 años (artículo 146 del Código Penal), supresión y/o alteración de la identidad de un menor de 10 años (artículo 139 inciso 2 del Código Penal) y falsedad ideológica de instrumentos públicos destinados a acreditar la identidad de las personas (artículo 293 del Código Penal).

Por el contexto en que habrían sido cometidos, tal como lo ha venido sostenido este Tribunal en casos análogos, "...de acuerdo con el derecho internacional público, los hechos imputados, además de ostentar *per se* el carácter de permanentes hasta tanto la suerte y el paradero de la persona desaparecida se ignoren, resultan imprescriptibles por tratarse de delitos contra la humanidad, cualquiera sea la fecha de su comisión" (de esta Sala, causa n° 30.580 "Acosta", reg. 747; causa n° 30.514 "Massera", reg. 742; causa n° 30.312 "Videla", reg. 736, todas del 09/09/1999; causa n° 34.328 "Rivas", del 06/12/2002, reg. n° 1307 en similar sentido, de la Sala Segunda, causa n° 21.147 "Vázquez Sarmiento", reg. n° 22.650, del 14/07/2004, y sus citas).

Asimismo, la acción de ocultar a un menor sustraído no cesa cuando la víctima cumple los diez años de edad, sino cuando se restablece el vínculo familiar interferido, pues se trata de "aquellos hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por él mismo" (cfr. Claus Roxin, "Derecho Penal", Parte General, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal, p. 329).

Tal interpretación, con sustento en la pauta de interpretación brindada por el artículo 3 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (aprobada por nuestro país a través de la ley 24.556), en los orígenes históricos de la figura, en los distintos bienes jurídicos que se afectan con la comisión del delito, y en la doctrina nacional, fueron desarrollados en profundidad en varios precedentes de esta Alzada (de la Sala I, mi voto en la causa n° 34.328 "Rivas", del 06/12/2002, reg. n° 1307; y de la Sala II en las causas "Simón, Julio s/prescripción de la acción penal", del 29 de mayo de 2001, Reg: 18.693; "Miara, Samuel y otra", del 19 de diciembre de 1995; causa n° 17.592 "Gómez", del 03/05/ 2001, reg: 18.634; causa 17.414 "Del Cerro", reg. n° 18.381, del 08/02/2001; "Lavallén, Rubén", del 18/04/1989, reg. n° 6440; en similar sentido, del Tribunal Oral Federal n° 5, causa Nro. 530 "Ceferino Landa y Mercedes Beatriz Moreira" del

05/07/2001; y del Procurador General de la Nación en el caso "Videla" del 23/08/2001).

Se advierte entonces que el delito investigado en autos aún se estaría cometiendo en la medida en que todavía no se ha establecido la verdadera identidad cuestionada, momento a partir del cual se reconoce como el cese de la ocultación endilgada.

La medida cuestionada, ya sea que apunte a establecer el vínculo con los padres de crianza o con los grupos de familiares de desaparecidos, tiende precisamente a determinar extremos esenciales de la imputación, esto es, que el matrimonio "P" retuvo y ocultó –y tal vez sustrajo– a un menor hijo de desaparecidos y que fue la resistencia que ellos opusieron a lo largo de estos años la que provocó el mantenimiento del estado antijurídico, aspectos todos éstos negados por los imputados en sus descargos. Por otro lado, establecer el origen del menor nos permitirá saber si estamos ante un delito de lesa humanidad y, a su vez, avanzar en la pesquisa contra otros posibles autores o partícipes de la sustracción.

Es por ello que, a diferencia de lo sostenido por el recurrente, no existe impedimento alguno para extender la medida a cualquier familiar de desaparecidos, pues la hipótesis delictiva investigada comprende a la sustracción de un menor que comenzó con el alumbramiento ocurrido durante el cautiverio ilegítimo de su madre, y tal aspecto debe ser atendido tanto sea que se confirme la filiación con el grupo Peralta-Zalazar o con el de cualquier otro matrimonio de los que fueron víctimas de la represión clandestina (art. 5 de la ley 23.511).

Sin embargo, debemos tener en cuenta que para poder limitar los derechos fundamentales de los ciudadanos, como es el derecho que ampara al recurrente, no alcanza con la mera invocación de que se trata de una investigación penal de un delito grave ni tampoco con señalar que todos los derechos son relativos (Fallos: 312:496). En efecto, Carlos Santiago Nino ha enseñado que "La única consideración que admite una concepción liberal de la sociedad para limitar los derechos es la necesidad de preservar otros derechos. La frontera de los derechos individuales está dada no por otros valores sino por los conflictos de derechos." ("Fundamentos de derecho constitucional", ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, pág. 481).

Es por este motivo que, más allá del interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, resulta decisivo para la solución del conflicto tener en cuenta que, paralelamente a los derechos del recurrente, se encuentran en juego el derecho a la protección de la familia de los parientes que aún viven del niño apropiado. Este derecho, además de estar contemplado en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional, se encuentra expresamente previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17), en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 12 y 16.3), en el Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (art. 10.1) y en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 8).

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que toda persona tiene derecho a vivir o mantener contacto directo o relaciones personales con su familia, dado que ésta al ser un elemento natural y fundamental de la sociedad, en principio, está llamada a satisfacer las necesidades materiales, afectivas y psicológicas de todo ser humano. Asimismo, ha destacado la importancia de este derecho respecto de todos los miembros de la familia, como por ejemplo los padres y hermanos, al señalar que el Estado está obligado a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar (voto del Juez Manuel E. Ventura Robles en el caso "*Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*" del 01/03/05; con cita de la Opinión Consultiva OC-17/02 del 28/08/02).

Es por ello que también debemos atender a que, de no realizarse la medida, estaríamos ante la afectación de tales derechos familiares de terceros, pues no puede desconocerse que el origen del problema no es el abandono o la entrega voluntaria del menor por parte de sus padres, sino el delito de sustracción de menores (art. 146 del Código Penal), en el que el bien jurídico afectado es tanto la libertad individual del menor como el derecho de los familiares (ver Eusebio Gómez, "*Leyes Penales Anotadas*", Tomo II, Ediar editores, Buenos Aires, 1953, p. 405; Manuel Cobo "*Consideraciones técnico jurídicas sobre la 'sustracción de menores' [objetos y sujetos de la sustracción de menores]*", en *Anuario de Derecho Penal*, Madrid, 1958, Tomo XIV, p. 226/7; Francesco Carrara, "*Programa de Derecho Criminal*", Parte especial, Volumen II, 4, Temis, Buenos Aires, 1958, p. 498; citados en mi voto de la causa n° 34.328 "*Rivas*", del 06/12/2002, reg. n° 1307).

Nos encontramos entonces con un conflicto que no sólo involucra al posible menor sustraído, que hoy es mayor de edad, sino también a los derechos de los padres, los que, por hallarse uno fallecido y la otra aún desaparecida, se encuentran en cabeza de sus abuelos y tíos (art. 310 del Código Civil), quienes tienen un innegable derecho a requerir que se investigue a los responsables de la sustracción, retención y ocultamiento del menor, como así también a conocer su destino para poder tener la posibilidad de establecer los lazos que les fueron privados violentamente. Tal posibilidad no es otra cosa que la única forma que actualmente tienen de ejercer el derecho que se le negó a los padres de tener consigo al hijo y criarlo, alimentarlo y educarlo conforme a su condición y fortuna, reconocido legalmente en los arts. 264, 265, 275 y 276 del Código Civil y

de indiscutible raigambre constitucional (arts. 14 y 19).

Para la solución de conflictos de derechos fundamentales, como es el que se nos presenta, la Corte Suprema asentó desde hace largo tiempo la doctrina según la cual “la interpretación del instrumento político que nos rige no debe, pues, efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por él enumerados, para que se destruyan recíprocamente (Fallos: 167:211; 171:348; 181:343; 199:483; 240:311; 242:353; 246:345; 251:86; 253:133; 255:293; 258:267; 272:99 y 231; 276:265; 280:311; 289:200; 300:596; 301:771)...”; y que “La aplicación de tales principios ha de llevarse a cabo con arreglo a la especificidad de las materias en juego, pues las pautas enunciadas requieren el apego a la realidad que debe juzgarse. Así como el legislador ha de adecuar su instrumento al fin que persigue, el juez ha de ajustar el propio al caso que ha de juzgar” (Fallos: 312:496).

Recordemos que ante un conflicto de similares características el máximo tribunal en “Vázquez Ferrá”, pese a reconocer el derecho legítimo de los familiares del matrimonio desaparecido a confirmarle si su penosa búsqueda había llegado a su fin, consideró que debía ceder pues en ese caso “sólo podría ser satisfecho mediante un intenso ejercicio de violencia estatal [extracción compulsiva de sangre] sobre el cuerpo de la recurrente, que lesionaría el derecho a la intimidad que el art. 19 de la Constitución Nacional le reconoce” (voto de los Dres. Petracchi y Moline O’Connor –cons. 32–, el que compartió el Dr. Fayt; en similar sentido, del voto del Dr. Boggiano, cons. 16).

Sin embargo, ante la medida que ahora ha adoptado el *a quo*, como hemos visto en el punto anterior, desapareció la necesidad de ejercer violencia sobre el cuerpo del recurrente, motivo por el cual el derecho a la protección de la familia de los parientes de los desaparecidos cobra preeminencia para la solución del conflicto y para analizar la proporcionalidad de la medida. En estas condiciones de modo alguno puede otorgarse un alcance tal al derecho del recurrente que implique la anulación de los derechos de los otros a conocer el destino de sus nietos sustraídos.

No estamos en la hipótesis de un avance sobre la esfera exclusiva del derecho a la intimidad –o de cualquier otro– en que sustenta su reclamo el apelante, pues ésta abarca sólo a aquellas conductas autorreferentes que son las que sólo se refieren y atañen al propio sujeto autor, sin proyección o incidencia dañina de modo directo para terceros (Bidart Campos, Germán, “Manual de la Constitución reformada”, ed. Ediar, Bs. As., 1998, pág. 523).

Por el contrario, todas las cuestiones referentes a la filiación o parentesco suponen la vinculación de un sujeto con sus antepasados o descendientes, situación que de por sí excede lo meramente autorreferencial, y necesariamente conducen a analizar los intereses que terceros puedan tener en su determinación. Acertadamente desde la

doctrina dice Mauricio L. Mizrahi, siguiendo a Carlos S. Nino, "...en todo lo relativo a las relaciones familiares –y la determinación del origen genético hace a ellas– las personas no se mueven en el terreno de los ideales auto-referentes donde el principio de la autonomía personal adquiere un valor irrestricto. Por el contrario, serán actuaciones que se desenvolverán en el campo intersubjetivo; y es aca donde la vigencia del principio de inviolabilidad de la persona 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" (del autor, "Limitación jurisprudencial a las pruebas biológicas compulsivas", LL 2004-A, pág. 1240; en similar sentido, Santos Cifuentes, "El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido", en La Ley 2001-C, 759).

Es por estos motivos que no existe norma alguna que le otorgue el alcance que pretende el recurrente al consentimiento de la persona cuya filiación se cuestiona capaz de impedir la realización de estudios genéticos o la investigación misma de la verdad genética ante requerimientos de terceros que ostentan un interés legítimo (art. 262 del Código Civil). Y es por demás evidente el interés de los familiares de las personas desaparecidas a indagar sobre estos aspectos de aquellas personas que fundadamente se sospeche que son sus nietos sustraídos, como así también la posibilidad de realizar de oficio o a pedido de parte las pruebas biológicas (arts. 251, 253 y 262 del Código Civil).

No corresponde interpretar lo estipulado en el art. 4° de la ley 23.511 como un caso de exigencia de consentimiento previo para la realización de los exámenes, pues lo que allí se establece es sólo una presunción en contra en caso de negativa del reclamado, en tanto que, por otro lado, tal como surge de sus términos, se ha reservado exclusivamente para los juicios de filiación, por lo que no hay que hacerlo extensivo a los procesos penales en que se investigue el destino de los hijos de desaparecidos sustraídos, también expresamente contemplados en los arts. 3 y 5 de dicha ley.

Un último aspecto que resulta determinante en la ponderación de intereses para hacer prevalecer el derecho de los familiares sobre la negativa del particular es la circunstancia de que la búsqueda del hijo de la persona desaparecida no puede ser lograda, mitigada o compensada por otros medios (sobre las *técnicas de compensación* ver Nino, Carlos Santiago, "Ética y derechos humanos", ed. Ariel, Barcelona, 1989, pág. 307).

En efecto, no debe perderse de vista que la identidad filiatoria no debe reducirse exclusivamente al dato biológico, pues éste no es un valor absoluto, y admite excepciones cuando entran en juego otros intereses que deben ser atendidos, tal como lo dijera

la Corte Suprema en un reciente caso (del 02/08/2005 "S., C.", publ. en "Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia", 2006-1, Lexis Nexis, Buenos Aires, pág. 13). Es por ello que, dejando de lado el dolor y las contingencias que genera tener a un ser querido sometido a un juicio criminal –circunstancia que acompaña a cualquier proceso penal–, lo cierto es que "G. G. P." es una persona mayor de edad y nada le impediría, de confirmarse las sospechas sobre su verdadera identidad biológica, mantener el trato y los vínculos afectivos con los padres de crianza, conservar su nombre y apellido, y los documentos que así lo identifican –sobre esto ver de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, autos "G. de M., v. M., G." del 24/10/2003, publ. en Rev. de Derecho de Familia, Lexis Nexis, 2004-II, Buenos Aires, pág. 21; y el precedente "Vázquez Ferra" de la Corte Suprema– y continuar, si es su deseo, con su plan de vida como lo vino haciendo hasta ahora.

En cambio, los derechos afectados de los familiares de los niños sustraídos a sus padres asesinados durante la última dictadura militar de modo alguno pueden ser compensados por un medio que no implique conocer el destino del menor y otorgarles la posibilidad de construir los lazos que violentamente se les negó, y poner así fin a la búsqueda de treinta años, máxime si viven con la angustia de tener la firme sospecha de que aún se encuentran con vida y en el seno de una familia responsable del delito.

Es por estas razones que entiendo que, en la medida en que el descubrimiento del verdadero origen del recurrente sólo tenga incidencia en este proceso penal a los efectos de determinar la responsabilidad de los imputados, y no se extienda a otros aspectos de la vida de "G. G. P." sobre los que sí debe reconocérsele su interés legítimo de que no sean alterados por tratarse de una víctima del conflicto (como pueden ser todo lo relativo a la modificación de los asientos públicos o retención de documentación identificatoria), resulta procedente el estudio ordenado.

VI- En este punto corresponde señalar que la posibilidad de que Peralta haya perdido el embarazo durante los tormentos de los primeros tiempos de su ilegal detención en nada empece a lo dicho hasta aquí. En primer lugar, ello se desprende de una versión de oídas que aún no fue corroborada, en tanto que, de todos modos, aún quedaría en pie la seria sospecha de que Guillermo Gabriel "G. G. P." es hijo de desaparecidos.

Pero por encima de ello, no puede perderse de vista que hasta tanto no aparezca el cuerpo de la madre o del menor, pesa la obligación del Estado argentino de buscar su destino, máxime si en el caso de este último hay serios elementos que hacen suponer que se encuentra con vida, tal como ocurrió en casi una centena de casos desde el retorno de la democracia.

Al respecto, en un conflicto de similares características, la Corte

Interamericana de Derechos Humanos dijo que: “este Tribunal se ha referido en reiteradas ocasiones al derecho que asiste a los familiares de las presuntas víctimas de conocer lo que sucedió y de saber quiénes fueron los responsables de los respectivos hechos. La Corte ha reiterado que toda persona, incluyendo a los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tiene el derecho a conocer la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas, y la sociedad como un todo, deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones. Este derecho a la verdad se ha venido desarrollando por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; al ser reconocido y ejercido en una situación concreta constituye un medio importante de reparación.” (caso “*Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*” del 01/03/05, párr. 62).

VII- En suma, superados los problemas que generaba la extracción compulsiva de sangre a la presunta víctima del delito investigado, ningún reparo constitucional merece el modo en que ahora el juez ha obtenido la muestra de material genético necesaria para la realización del estudio genético ordenado, en tanto que, además, éste resulta ser el único medio idóneo y menos lesivo que existe para establecer la verdadera identidad cuestionada.

De este modo se ha logrado el fin hermenéutico de que “...los derechos que emanan de las cláusulas constitucionales han de conciliarse con los deberes que imponen otras, de manera que no se pongan en pugna sus disposiciones y se logre darles aquel sentido que las concilie y deje a todas con valor y efectos” (Fallos 1:297; 277:213; 279:128; 296:372; 319:3241), pues de adoptar cualquier otra solución, el derecho de los parientes a la posibilidad de restablecer los lazos familiares violentamente interrumpidos por la dictadura militar carecería de todo sentido y valor.

En segundo orden, ello evitaría la responsabilidad internacional del Estado argentino, pues sobre él pesa el deber de la “búsqueda, identificación, localización y restitución de menores que hubieren sido trasladados a otro país o retenidos en éste, como consecuencia de la desaparición forzada de sus padres, tutores o guardadores”, contemplada en el art. 12 de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos el 9 de junio de 1994, la que adquiriera jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, último párrafo, C.N.) según ley 24.820 (sanc. 30/4/97; publ. 29/5/97).

Es por tales motivos que voto porque se confirmen los decisorios recurridos de fs. fs. 1515vta. y 1528 de los autos principales.

El Dr. Eduardo Freiler dijo:

Sin perjuicio de compartir plenamente los argumentos vertidos por mi colega preopinante, a los que adhiero, estimo pertinente ahondar en algunas de las cuestiones planteadas en autos.

Explicaba Francesco Carrara que "... la familia es la primera manifestación de ese instinto humano que nos impulsa a vivir en sociedad con nuestros semejantes, aún antes que cualquier ley humana nos lo haya impuesto y antes que la razón o la experiencia lo hayan puesto de presente sus necesidades y ventajas ...", agregando que "... nacida la familia por impulso espontáneo de nuestra naturaleza, vino en ella a encarnar un sujeto sobre el cual debía desarrollarse, con una forma especial, la suprema ley jurídica, y fue entonces necesario que surgiera, además de los derechos conferidos al hombre en su modo de ser individual, también una serie ulterior de derechos derivados de las relaciones especiales que entre él y sus semejantes originaba el vínculo de familia, por el cual los miembros de ésta se hallaban respectivamente ligados ..." (Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Volumen III, Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 249/250).

Como puede apreciarse, se reconoce en la familia una institución preexistente al propio ordenamiento jurídico, de importancia tal en las relaciones humanas que motiva, justamente, su protección legal, tanto en el ámbito civil como penal.

Es así que los sistemas normativos mundiales -entre los que se incluye, por supuesto, nuestro país- han tutelado desde antaño los vínculos familiares, ya sea tendiendo al resguardo de los lazos existentes, como también proveyendo las herramientas jurisdiccionales necesarias para reparar las eventuales lesiones a aquellos.

En este contexto se presentan los denominados "delitos contra la familia" o "contra los derechos de la familia", donde el bien protegido es la situación jurídica en que se encuentra una persona o un grupo de personas, con respecto a sí mismas o a terceros (conf. Laje Anaya, Justo; *Delitos contra la familia*, Advocatus, Córdoba, 1997, págs. 21 y ss. Ver en igual dirección, M. Aránzazu Moretón Toquero, *La suposición de parto, la ocultación y sustitución de niños y el "tráfico de menores"*, Bosch, Barcelona, 2001, quien señala que los delitos que aquí nos ocupan "...protegen la filiación (RODRÍGUEZ RAMOS) o la relación jurídica paterno-filial, es decir, la relación familiar que surge como consecuencia de la filiación, o el llamado '**estado civil familiar**' (MUÑOZ CONDE). Por 'estado civil familiar' se entiende, 'la relación que corresponde a la persona por razón de su parentesco con otras, como miembro de una misma familia' (ESPÍN CANOVAS) ..." -pág. 8-).

El plexo normativo involucrado en estos actuados, en consecuencia, no sólo debe analizarse como orientado a velar por los intereses -en sentido lato- de la posible

víctima directa de algún tipo de acción que atente contra su propia situación jurídica, sino que resulta mucho más abarcativo, contemplando también los intereses de aquellos que, siendo familiares -o pudiendo serlo-, requieren de la intervención estatal en aras de obtener certezas en torno, precisamente, a esa hipotética situación jurídica.

Vemos entonces como a la par del derecho a conocer -o no- su propia y genuina identidad que reside en cabeza de la posible víctima directa de un delito contra la familia, se halla el derecho de los presuntos familiares de esa persona de adquirir certidumbre en torno a los eventuales lazos sanguíneos que podrían unirlos.

A ello se suma que los demás integrantes de ese núcleo familiar deben ser vistos también como víctimas de ese accionar criminal, en tanto su estatus jurídico intrafamiliar ha sido atacado por la conducta ilícita, de lo que se sigue su legitimación para dar impulso al proceso que, en alguna manera, restablezca los lazos quebrados.

Por otra parte, no debe perderse de vista que aquellas cuestiones atinentes a la identidad de las personas -en el caso traído a estudio, la posible pertenencia de un determinado sujeto a un grupo familiar- son de orden público. Por tanto, y siempre dentro de ciertos límites impuestos por la propia Constitución Nacional y los Tratados Internacionales incorporados mediante el artículo 75 inc. 22 de la Carta Magna, los intereses particulares que pudieren contraponerse deben ceder en pro de aquellos otros, de superior jerarquía.

Ergo, la negativa a conocer su verdadera identidad manifestada por el recurrente no sólo colisiona con el reclamo por parte de los presuntos familiares de conocer sobre sus lazos sanguíneos, sino también con el interés social de establecer de quién se trata en realidad esa persona.

Y es que el Estado tiene no solo la facultad, sino el deber de arbitrar los medios requeridos a fin de determinar en todos los casos la identidad y los lazos filiatorios de sus ciudadanos.

Prueba de ello es, verbigracia, la manda prevista en el artículo 255 del Código Civil, el que establece que “en todos los casos en que un menor aparezca inscripto como hijo de padre desconocido, el Registro Civil efectuará la comunicación al Ministerio Público de Menores, quien deberá procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre”.

En este orden, merece citarse un pasaje de un artículo de doctrina del

hoy Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Dr. Ricardo Lorenzetti, quien explicaba que "... las personas de existencia visible deben ser inscriptas en el Registro Nacional de las Personas, asignándoseles un legajo de identificación exclusivo, desde el nacimiento con todos los datos de su identificación física (arts. 7° y 9°, ley 17.671 --Adla, XXVIII-A, 212--). Hay aquí una "identificación física". Pero la ley dispone que en ese legajo se "acumularán todos los antecedentes personales de mayor importancia que configuren su actividad en las distintas etapas de su vida" (art. 7°, ley 17.671), y que los particulares tienen un derecho a exigir que consten en el legajo los antecedentes, méritos y títulos que considere favorable a su persona (art. 7°, ley 17.671). Interpretado a contrario sensu, hay un derecho a que esos datos físicos y "culturales", **sean fidedignos**.... Hay entonces un bien jurídico protegido: el nombre, la identidad física, el estado civil, la capacidad, y "los antecedentes, méritos y títulos" de la persona. La razón por la cual se protegen es el "interés nacional" (art. 22, ley 17.671). De modo que puede afirmarse que los bienes mencionados están resguardados en nuestro ordenamiento, pero porque le interesa al Estado y la seguridad nacional; es un modo de control social (téngase en cuenta que a la ley 17.671 se la llamó "identificación, registro y clasificación del potencial humano nacional")" (el resaltado me pertenece) (*Constitucionalización del derecho civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema*, LL, 1993-D, 673).

En igual tesitura, el Dr. Juan Carlos Maqueda al emitir su voto en el precedente "Vazquez Ferrá" (V. 356 XXXVI, rta. el 30/09/2003) afirmó que "... los derechos civiles, políticos y sociales que la Constitución Nacional consagra, lejos de ser absolutos, están sujetos a limitaciones o restricciones tendientes a hacerlos compatibles entre sí y con los que corresponde reconocer a la comunidad (Fallos: 312:318; 314:225; 315:380; 320:196). El derecho a la intimidad —tutelado por el art. 19 de la Norma Fundamental— también debe ponderarse tanto a la luz de los diversos derechos consagrados por el texto como en relación a las facultades estatales de restringir el ejercicio de tal derecho, en un marco razonable, para la necesaria eficacia en la persecución del crimen ...", por lo que "... no se observa afectación de derechos fundamentales, como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, de la defensa de la sociedad y la persecución del crimen (Fallos: 318:2518, considerando 10)...", para concluir afirmando que "... los intereses de la comunidad en conocer la identidad de las personas desaparecidas y el derecho subjetivo familiar de aquellos vinculados con las supuestas personas que requieren su identificación se unen —en el presente caso— con la investigación del delito de sustracción de

menores (art. 146 del Código Penal)” (Considerandos 26, 28 y 39 de su voto).

Asimismo, el Tribunal Constitucional de España ha sostenido que “... las razones invocadas para justificar la negativa a la prueba del examen hematológico fundadas en los derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la intimidad, reconocidos en los arts. 15 y 18.1 de la Constitución española no son válidas. El derecho a la integridad física no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la ley y acordada razonablemente por la autoridad judicial en el seno de un proceso. Tampoco se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como en el caso de la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas. **No hay dudas de que en los supuestos de filiación prevalecen el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad ...**” -el resaltado me pertenece- (Sala I, “Recurso de Amparo N° 1407/92”, rta. el 17/01/1994, publicado en JA 1994-III-466).

Por otra parte, cabe reflexionar, a partir del planteo introducido por el apelante en cuanto a su desinterés por conocer la que podría ser su “verdadera identidad”, a qué nos referimos cuando hablamos de “identidad”.

Distintas disciplinas han analizado la noción de identidad, evidenciando en todos los casos las dificultades conceptuales que la misma conlleva, sin que el problema haya sido concluido y resuelto por parte de las diferentes ciencias que lo han abordado.

Así, hay un concepto de identidad esencialista que señala una idea estable del “yo”, un núcleo permanente que se mantiene inalterable del principio al fin, constante e idéntico a sí mismo a lo largo del tiempo.

Otra dimensión del concepto de identidad hace referencia a la construcción permanente del “yo”, sujeto, entonces, a un proceso de historización caracterizado por ser un proceso de cambio y transformación.

Sobre el punto, puede mencionarse la teoría de J. Habermas, quien concibe la identidad en tres niveles. Yendo a la fase que nos interesa en autos, superadas las etapas iniciales en la vida del ser humano con su identidad “natural” reemplazada por la identidad de “roles” o “convencional” de la infancia que se rompe en la adolescencia, se llega a la identidad del “yo” adulto que “se acredita en la habilidad de construir nuevas identidades y al mismo tiempo **integrarlas con las superadas** para organizarse y organizar su interacción en una historia de vida inconfundible. Una tal *identidad del yo* hace posible el desarrollo de la autonomía y al mismo tiempo de la individuación que está incluida en la estructura del yo ya

en el nivel de la identidad de roles” (Habermas, *Können Komplexe Gesellschaften ein vernünftige Identität ausbilden?*, en *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, p. 94, citado por Tugendhat, Ernst; *Autoconciencia y autodeterminación, una interpretación lingüístico-analítica*, p. 222, ed. Fondo de Cultura Económica, México, España, 1993. El resaltado me pertenece).

Algunas disciplinas, influenciadas por el psicoanálisis, han desarrollado los procesos inconscientes de formación de la subjetividad. Así, Freud llama a la identificación como *la primera expresión de un lazo emocional con otra persona*, e instala una ambivalencia al ver en la figuras parentales objetos amorosos y de rivalidad, por lo que *la identificación es, de hecho, ambivalente desde el comienzo mismo*.

La complejidad e indeterminación de esta temática ha sido abordada también por la psicología social. Ericsson –a quien se le debe la introducción de este término– escribe: “Puedo intentar aclarar el problema de la identidad sólo iluminándolo desde varios ángulos...Una vez parecerá que se trata...de un sentimiento consciente de la identidad individual, otra vez de la inconsciente tendencia a la continuidad del carácter personal; una vez aparecerá la identidad como criterio de los actos silenciosos de la síntesis del yo, luego como el mantenerse en una solidaridad interior con los ideales y la identidad de un grupo....Así, al final de nuestra investigación el concepto mismo parecerá todavía de alguna manera ambiguo...” (Ericsson, E.H. *Identität und Lebenszyklus*, p. 124 y ss. Frankfurt, 1973; citado por Ernst Tugendhat, op. cit., p. 221 y ss.).

Es obvio, entonces, que “bajo el término de identidad se agrupan varias ideas. La identidad está ligada a la noción de permanencia, de mantenimiento de puntos de referencia fijos, constantes, que escapan a los cambios que pueden afectar al sujeto o al objeto en el curso del tiempo” (Andre Green en su intervención “Átomo de parentesco”, en el seminario “La identidad” dirigido por Claude Levi-Strauss, 1974-1975, ed Petrel, Barcelona, 1981).

Sin embargo, desde la filosofía, Paul Ricoer ha logrado conectar las dos dimensiones de la identidad, en tanto permanencia y construcción, a través de la *identidad narrativa*. Explica que existe “... por un lado, la identidad como *mismidad* (latín: *idem*; inglés *semeness*; alemán *Gleichheit*); por otro, la identidad como ipseidad (latín: *ipse*; inglés: *selfhood*; alemán: *Selbsheit*). La ipseidad, he afirmado en numerosas ocasiones, no es la mismidad. Y debido a que esta importante distinción es desconocida ..., fracasan las soluciones aportadas al problema de la identidad personal que ignoran la dimensión narrativa” (*Sí mismo como otro*, Edit. Siglo XXI, México, 2003, p. 109).

De este modo, Ricoer describe, por un lado, la identidad como *mismidad*, que es todo aquello que nos hace ser el mismo siempre, con modificaciones pero con

similitudes que permiten reconocernos a nosotros mismos y que los demás hagan lo propio a lo largo de nuestras vidas. La *mismidad* se cimienta, biológicamente, en la cuestión genética, y más allá de ello, en lo que el filósofo galo llama “carácter”, entendido como “... el conjunto de disposiciones duraderas *en las que* reconocemos a una persona ...” (Op. Cit., p. 115).

Otra es la identidad como *ipseidad*. Ella se relaciona con la identidad por la cual se es “uno mismo”, esto es, por la que tomamos conciencia refleja de nosotros mismos y nos afirmamos como tales. Esta identidad se construye, es histórica y, acorde al pensamiento de Ricoer, refiere más bien a la temporalidad como proyecto, a la voluntad del sujeto de mantener su palabra a pesar de los cambios y las vicisitudes. De esta forma, “yo soy el mismo” que dije tal o cual cosa, y reconozco mis palabras anteriores como propias, proceso que implica justamente reconocerse a mí mismo como el de entonces y como el de ahora (op. Cit, págs. 118/120).

Y para mediar entre la *mismidad* y la *ipseidad*, Ricoer recurre a la noción de “identidad narrativa”, aquella que surge por la escucha de las narraciones de los otros y por nuestro propio relato acerca de nosotros mismos, y que será una suerte de interlocutor entre nuestro carácter de siempre y nuestro “mantenernos en nuestra palabra” (op. Cit., págs. 146/172).

Esta última es la clave que nos permite dimensionar el conflicto a resolver, y revela la importancia del proceso judicial en sí como narrativa.

Queda en claro que ni el Estado en general, ni el Poder Judicial en particular, le dirán a ningún Ser Humano “quién es”. Sólo podrá, en el mejor de los casos, decir qué ha pasado con él en su historia, qué le ha pasado a sus progenitores, y qué herramientas pone a su disposición para que, de ahora en más, siga siendo quien quiera o pueda ser; permitiendo desarrollarse y realizarse, de así quererlo, con algún concurso del Estado.

Como dice Tugendhat, “desde la perspectiva de la organización institucional de la sociedad, las relaciones normativas son aquellas que cuentan, esto no es así desde la perspectiva del individuo. Para éste tienen una importancia, al menos tan fundamental, las relaciones afectivas” (op. Cit., p. 218.).

Es comprensible que el incidentista se aferre a esas relaciones afectivas al momento de querer preservar la identidad adquirida en una etapa tan trascendente de su vida. Zygmunt Bauman lo explica refiriendo: “El anhelo de identidad, procede del deseo de seguridad que, en sí mismo, es un sentimiento ambiguo. Por muy estimulante que pueda ser a

corto plazo, por muy llena de promesas y de imprecisas premoniciones sobre una experiencia todavía sin probar, flotar sin apoyos en un espacio pobremente definido, ubicados machacona y fastidiosamente “entre la espada y la pared”, se convierte a largo plazo en un enervante estado propenso a la ansiedad. Por otro lado, una posición inamovible entre infinidad de posibilidades, tampoco es una perspectiva muy halagüeña” (*Identidad*, p. 68, ed. Losada, 2005, Buenos Aires).

Sin embargo, no se trata aquí de imponer una identidad, sino de adquirir certezas tan solo en orden a una porción de ella, puesta en duda, y cuyas proyecciones alcanzan a terceros, interesados también en develar tal incertidumbre para, eventualmente, finiquitar una desesperada búsqueda que lleva ya décadas; y que, de un modo u otro, ya es parte, aunque intente negarse, de la complejidad del sujeto.

Desde otra perspectiva, cabe también analizar cuál es el objeto de protección jurídica tenido en consideración por el ordenamiento normativo cuando se refiere a la identidad personal de los sujetos.

Para ello resulta pertinente reparar en las palabras de Carlos Fernández Sessarego, quien sostiene “... que lo que es digno de tutela no es la imagen que cada sujeto tiene de sí mismo. No se trata de aceptar, sin más, la pretensión psicológica o mental del sujeto que sustenta su identidad en una exclusiva visión de raíz subjetiva. Por el contrario, lo que resulta del todo inobjetable es que la identidad personal debe apoyarse, fundamentalmente, en elementos objetivos, en comportamientos y situaciones explícitas, en manifestaciones exteriores de la personalidad. Se trata de proteger una ‘verdad históricamente comprobada’ ...” (*Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 215).

Y agrega que “... en materia de identidad personal suelen existir dos verdades, la subjetiva y la objetiva, las que pueden coincidir o diferir. Cuando ocurre esta segunda hipótesis, surge el problema relativo a cuál de las dos ‘verdades’ debe ser materia de tutela jurídica. Como se ha señalado en su oportunidad, la verdad subjetiva puede ser aparente, simulada o ficticia. Es decir, la proyección social de la personalidad que el sujeto pretende difundir no coincide con la ‘verdad histórica’. La verdad objetiva, que es la que jurídicamente se tutela, es la que se forja a través de hechos ciertos, históricamente comprobables ... En la hipótesis de confrontación entre dos ‘verdades’, la subjetiva y la objetiva, a pesar de algunas pocas voces dubitativas, la opinión que prevalece es aquella que considera que la ‘verdad’ tutelable es la objetiva, la histórica, la real y no aquella de raíz subjetiva ...” (cit., p. 244).

Asimismo, explica el autor al referirse concretamente a la problemática inherente a la tutela de la identidad personal que tal protección "... representa la defensa de la 'mismidad' de la persona frente a toda acción tendiente a desfigurarla. La tutela de la identidad personal equivale a la protección de mi específica 'manera de ser', de lo que real y verdaderamente 'soy yo'. No es imaginable dejar indefensa a la persona frente a una agresión de la magnitud que adquiere aquella que niega o desnaturaliza su 'verdad histórica' (...)" (cit., pág. 269), concluyendo que "... las desnaturalizaciones en lo que concierne a la 'verdad personal' deben incidir en aspectos sustanciales o definitorios de la personalidad. El falseamiento de la verdad debe ser de una magnitud tal que distorsione la identidad del sujeto. Y ello sólo es posible si los atentados contra este interés existencial tienen una real importancia, capaz de proyectar una imagen social del sujeto diferente de lo que constituye su personalidad ..." (cit., p. 272).

En el caso que nos ocupa, existen serios indicios de estar frente a un supuesto de extrema tergiversación de la genuina identidad de una persona, donde la verdad histórica habría sido suprimida por completo, desnaturalizada en su máxima expresión, cambiada y sustituida por otra ficticia.

En consecuencia, reside en manos del Estado el deber de arbitrar los medios necesarios tendientes a, cuanto menos, obtener certeza en relación a esa verdad objetiva.

Y es que deviene imperativo para los órganos de gobierno, en particular para el poder judicial en el marco de un proceso penal, la búsqueda de la verdad histórica, objetiva, estática frente al paso del tiempo e incólume ante las decisiones de los hombres.

En el supuesto de autos hay una verdad única, que no puede modificarse, cual es la genuina identidad del apelante, puesta en tela de juicio a partir de los elementos de prueba colectados hasta el momento.

Esa verdad inamovible, si bien reside en cabeza del Sr "G.P.", resulta indisponible para él, y en tanto podría guardar íntima vinculación con crímenes de lesa humanidad, permitiendo su esclarecimiento tras casi treinta años, aparece su búsqueda obligatoria para el Estado.

Sobre esta última cuestión debe resaltarse, asimismo, que el caso que nos ocupa no se trata de un supuesto aislado de sustracción de un menor y la posterior supresión de su identidad -conductas criminales que, de por sí, revisten una gravedad superior-, sino que muy por el contrario debe ser enmarcado en el contexto histórico acaecido

en Argentina durante los últimos gobiernos dictatoriales que ostentaron el poder en el período 1976/1983.

Así, deben ponderarse las especiales circunstancias en que tuvieron lugar los hechos objeto de pesquisa.

En este orden, cabe recordar que esta Cámara tuvo por probado al sentenciar en la causa N° 13/1984 seguida contra los miembros de las juntas militares que usurparon el gobierno constitucional en el período mencionado (Rta. el 9 de diciembre de 1985), que por aquellos años se instauró en la Argentina un sistema de represión ilegal contra determinados grupos o sectores de la sociedad, orientado a lograr su exterminio a través de aberrantes crímenes contra los derechos fundamentales del ser humano, llevando adelante prácticas genocidas que tenían por fin destruir las estructuras de esos grupos familiares y sociales, situación que, cuanto menos en el caso de autos, parecería haberse logrado.

Tales extremos aparecen entonces determinantes a la hora de valorar la procedencia de la probanza cuestionada, en tanto las particularidades que presenta el *sub examine* hacen cobrar mayor trascendencia al interés del grupo familiar y social por el esclarecimiento de los sucesos.

Y es que los bienes jurídicos en danza, protegidos a la luz de los tipos penales en que resulta posible subsumir las conductas criminales ocurridas, y contemplados por la normativa internacional en materia de derechos humanos, exceden el carácter individual de la persona directamente afectada por el delito en cuestión, abarcando también a esos grupos antes referidos.

Tal es, además, la doctrina que emana del fallo “Barrios Altos” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Chumbipuma Aguirre vs. Perú, sentencia del 14 de marzo de 2001), oportunidad en que el Máximo Tribunal regional sentenció que “... el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención ...”, por lo que decidió por unanimidad “...declarar que el Estado del Perú debe investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se ha hecho referencia en esta Sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables”.

El Estado argentino se encuentra entonces compelido, a la luz de las obligaciones asumidas a nivel internacional a partir de la suscripción de vastos instrumentos

de derechos humanos, a dar respuesta respecto de las gravísimas violaciones a los derechos fundamentales de sus ciudadanos ocurridas durante la pasada dictadura militar.

Esa obligación, a su vez, no recae sólo en los órganos administrativos del Gobierno nacional, sino también en los judiciales, los que, a través de la actividad investigativa, deberán perseguir el descubrimiento de la verdad.

En esta tesitura se ha pronunciado nuestro Más Alto Tribunal al afirmar que "... cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple..." ("Ekmekdjian c/Sofovich", Fallos 315:1492), correspondiéndole al poder judicial en tanto es uno de los poderes del Gobierno Federal "...aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado ..., ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional ..." ("Horacio Giroldi y otro", Fallos 318:514).

Otra de las cuestiones que merecen ser profundizadas en el *sub examine* es la atinente al estudio que pretende realizarse.

Si bien en el ámbito nacional resulta una temática novedosa, la doctrina extranjera se ha ocupado profusamente de analizar las particularidades que presentan las medidas probatorias como la que aquí se intenta llevar a cabo.

Un trabajo que resulta verdaderamente esclarecedor en la materia es el de José Francisco Etxeberria Guridi, quien examina en detalle **las cuestiones a valorar a la hora de determinar la necesidad y correspondencia de realizar un estudio de la naturaleza del de autos (en rigor de verdad, el autor se avoca a los casos de actividades probatorias que implican intervenciones corporales, situaciones a todas luces más gravosas que la que aquí se pretende materializar).**

Así, refiere el autor que uno de los criterios justificativos de este tipo de pruebas es la gravedad delictiva. Haciendo referencia al sistema jurídico alemán, apunta que "... El mecanismo de incorporación de una mínima gravedad en el hecho delictivo que se investiga resulta de la aplicación del principio de proporcionalidad (*verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), principio que, como veremos más adelante, está unánimemente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia y juega un papel fundamental en el ámbito de la intervenciones corporales. La mayoría de la doctrina coincide en que el principio de proporcionalidad o una de sus manifestaciones, la prohibición de exceso (*Übermaßverbot*), exigen que la medida sea acordada cuando resulta indispensable

(unerlässlich) y cuando exista una adecuada proporción con la gravedad del hecho que se pretende esclarecer y sancionar ..." (*Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal. Inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, Trivium Editorial, Madrid, p. 162/163).

Este patrón de análisis es recogido también por el derecho danés (*Lov om aedrings af restplejeloven*, Ley N° 332 del 24 de mayo de 1989), el Reino Unido (*Police and Criminal Evidence Act -PACE-*, arts. 62 y 63), el derecho noruego (Código de Procedimiento Penal, art. 157), el derecho holandés (Ley N° 596 del 8 de noviembre de 1993), el derecho irlandés, el derecho canadiense (Art. 487.05 del *Criminal Code*), el derecho español (Instrucción N° 6/1988 de la Fiscalía General del Estado), entre otros (conf. *op. cit.*, págs. 165 y ss.).

En el supuesto de autos deviene absolutamente innecesario ahondar en esta cuestión, atento la extrema gravedad de los hechos en danza, lo que despeja toda duda que podría llegar a suscitarse sobre el punto.

Un segundo elemento a tener en consideración al momento de ponderar la realización de esta clase de análisis es la existencia de indicios o sospechas. Explica el autor citado que este estudio "... se justifica y se legitima en la medida en que existan efectivamente señales o vestigios de la comisión de un hecho punible y en la medida en que las sospechas de la comisión del hecho punible se encaminen contra una persona determinada. Resulta del todo inadmisibles que se proceda arbitrariamente contra un conjunto más o menos indeterminado de personas conculcando sus derechos fundamentales con el único objeto de buscar un presunto autor de la conducta criminal sin que existan al comienzo de la medida indicios o sospechas que incriminen a un sujeto concreto ..." (*op. cit.*, p. 177/178).

También estos criterios han sido receptados por las legislaciones europeas, las que en líneas generales exigen motivos -previos- razonables o fundados que sirvan de base a la medida (Art. 81a del *StPO* alemán, Art. 132 del *StPO* austríaco, art. 55 de la *Strassenverkehrsgesetz*, Section 55 (1) de la *PACE* británica, art. 247.1 del Código Procesal Penal italiano, entre otros)(conf. *op. cit.*, págs. 200y ss.).

En el caso que nos ocupa, se han mencionado *supra* los vastos elementos de prueba colectados durante la pesquisa que indican seriamente la posibilidad de encontrarnos frente a la prueba que destrabe una búsqueda que lleva cerca de treinta años, probanzas que de modo concordante señalan como altamente probable que el Sr. "G. P." sea hijo de personas desaparecidas durante la última dictadura militar.

En consecuencia, la medida ordenada por la Sra. Juez a-quo, si bien no recae sobre los imputados, lo hace sobre la presunta víctima del delito investigado, situación

que, por las particularidades del hecho, podría echar luz respecto del crimen objeto de pesquisa, extremo que avala el estudio.

En esta tesitura, afirma González-Cuellar Serrano que "... la individualización de las medidas debe realizarse sobre la base de las sospechas fundadas que recaigan sobre el imputado o, si se trata de medidas dirigidas contra terceros, en virtud de la relación que exista entre su persona y la causa" (citado por Etxeberria Guridi, *op. cit.*, p. 181).

Por último, un tercer parámetro a merituar al momento de decidir la realización del análisis es el denominado "principio de proporcionalidad".

En líneas generales, y siguiendo la senda de la jurisprudencia constitucional alemana emanada de la sentencia *BverfGE 30, 292*, podría decirse que la remisión al principio de proporcionalidad implica que "... el medio previsto por el legislador tiene que ser adecuado y exigible para alcanzar el objetivo propuesto. Un medio es adecuado cuando mediante él puede lograrse el resultado deseado; es exigible cuando el legislador no habría podido optar por un medio distinto, igualmente eficaz, que no limitara, o que lo hiciera en menor grado, el derecho fundamental ...".

A su vez, este principio general de proporcionalidad se descompone en tres "subprincipios": el principio de adecuación, el de necesidad, y el de proporcionalidad en sentido estricto. Veamos el tema en mayor detalle, y su aplicación al caso de autos.

Acorde el principio de adecuación (también denominado de 'idoneidad' o de 'utilidad'), debe haber una correspondencia entre el medio utilizado y el fin perseguido, es decir, la medida a adoptarse debe ser apta para alcanzar el objetivo apetecido.

Tal es la opinión del Supremo Tribunal Constitucional de España, el que ha afirmado que "... las restricciones a que puedan quedar sometidos [los derechos reconocidos por la Constitución] son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan ..." (STC 66/1995).

El subprincipio de necesidad presupone "... que el medio seleccionado para alcanzar el fin no pueda ser suplido por otro igualmente eficaz, pero que no restrinja el derecho fundamental o lo haga de una manera menos gravosa ..." (Pedraz Penalva/Ortega Benito, citado por Etxeberria Guridi, *op. cit.*, p. 228).

Es decir que, acorde este principio, debe rechazarse este tipo de estudios probatorios cuando exista la posibilidad de alcanzar el mismo resultado a través de una injerencia menos grave. En palabras del STC español, la prueba debe ser "... necesaria o

imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin ...” (sentencia 207/1996 del 16 de diciembre de 1996).

Finalmente nos encontramos con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, a partir del cual “... el destinatario de la medida o medio empleado no ha de soportar un gravamen o un sacrificio no razonable en relación al interés público que se satisface. ‘Supone, en consecuencia -señalan PEDRAZ PENALVA/ORTEGA BENITO-, que han de ponderarse los bienes e intereses colectivos e individuales tutelados jurídico-fundamentalmente para determinar si están en una relación razonable’” (conf. Etxeberria Guridi, *op. cit.*, p. 244).

Vemos, entonces, como también deben ponderarse otros factores, como lo es el interés del Estado en la persecución del delito, donde la importancia de la causa que se ventila adquiere un papel preponderante, importancia que se determina, “... entre otras circunstancias, por la (abstracta) conminación penal legalmente prevista, la naturaleza del bien jurídico lesionado, las concretas formas de manifestación del hecho ...” (conf. Etxeberria Guridi, *op. cit.*, p. 248).

Una vez más aparece ilustrativo citar una sentencia del Supremo Tribunal Constitucional del Reino de España que ilustra sobre el asunto, al establecer que el análisis debe ordenarse “... luego de ponderar razonadamente, de una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta, y de la otra, la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio *del ius puniendi* ...” (STC 37/1989).

Analizado el caso traído a estudio del Tribunal al amparo de este “principio de proporcionalidad”, resulta también procedente la concreción de la prueba.

En primer lugar nótese la idoneidad con que se presenta el estudio, el que prácticamente no registra probabilidad de error.

A ello se suma la adecuada relación existente entre medios y fines: en el supuesto de autos no es preciso siquiera extraer o tomar muestras corporales del apelante en aras de llevar adelante el examen, con lo que se descarta la posibilidad de daño a la salud del mismo, siendo el fin buscado el esclarecimiento de la verdadera identidad de la persona.

Por otra parte, y atento el estado del legajo, la prueba atacada resulta la única alternativa capaz de arrojar una respuesta definitiva al interrogante que sustenta e impulsa el accionar jurisdiccional, no pudiendo ser reemplazada por otras medidas igual o incluso menos efectivas aunque no tan cuestionadas por las partes del proceso. El examen

comparativo es, en este supuesto, imprescindible en el camino de resolver la controversia planteada en derredor de la identidad del apelante.

Por último, y vinculado al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, demás está mencionar el interés público en juego -amén del que reside en cabeza de los posibles familiares biológicos de "G. P."-, que se verá satisfecho con el conocimiento de la genuina identidad, presuntamente diversa de la que hasta ahora ostenta.

Tales consideraciones me llevan a acompañar la solución propiciada por mi colega preopinante.

Es en virtud del acuerdo arribado que el Tribunal **RESUELVE:**

CONFIRMAR los autos que obran a fs. 1515vta. y 1528, ambos de los autos principales, en todo en cuanto deciden y fueran materia de apelación.

Regístrese, hágase saber al Sr. Fiscal General y vuelvan las presentes actuaciones a la instancia anterior, donde deberán efectuarse las restantes notificaciones a que hubiere lugar e informar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación de lo resuelto."