

Buenos Aires, 11 de julio de 2007

Vistos los autos: "Noble Herrera, Marcela y Noble Herrera,  
Felipe s/ recurso de casación".

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos  
y conclusiones del dictamen del Señor Procurador General, a  
cuyos términos se remite en razón de brevedad.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor  
Procurador General, se declara procedente el recurso extraor-  
dinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los  
autos al tribunal de origen a fin de que, por quien co-  
rresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al  
presente. Hágase saber y devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI -  
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI -  
JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY  
(según su voto).

ES COPIA

VO -//-



-//--TO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

I.

Estas actuaciones se iniciaron a raíz de la presentación de Estela Barnes de Carlotto, quien en representación de las "Abuelas de Plaza de Mayo" denunció a Ernestina Herrera de Noble por su responsabilidad en la adopción en el año 1976 de dos niños —Marcela y Felipe— que habrían sido sustraídos de sus padres durante el gobierno militar.

En el marco de aquella investigación, el juez federal de primera instancia ordenó un examen compulsivo de histocompatibilidad para comparar los patrones genéticos de Marcela y Felipe Noble Herrera, por un lado, y las dos familias querellantes, por el otro. Los Noble apelaron aquella medida. Mientras estaba pendiente de resolución este recurso, la Cámara de Apelaciones hizo lugar a la recusación del magistrado instructor promovida por la defensa de Ernestina Herrera de Noble. Una vez que la cámara del fuero dispuso apartar al juez interviniente de la conducción del sumario, los hermanos Noble se presentaron en el expediente principal ofreciendo someterse a la extracción de sangre. Sin embargo, la propuesta fue condicionada a que la medida fuese llevada a cabo por el Cuerpo Médico Forense bajo lo que se denominó "método de exclusión", consistente en proceder a su decodificación gradual hasta encontrar los patrones genéticos que permitieran descartar el lazo sanguíneo con los querellantes, evitando de esta forma su decodificación completa. Pocos días después, desistieron del recurso de apelación, entendiendo que con la conformidad prestada la cuestión había devenido abstracta.

La mayoría de los integrantes de la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, tuvo por desistido el recurso, mientras que el voto disidente propuso citar

a los impugnantes para que expresaran si accedían a realizarse el examen en las condiciones que habían sido fijadas por el instructor. Ello, pues estimó que el contenido de las presentaciones claramente insistían en la inconstitucionalidad de la medida recurrida y que el consentimiento prestado para la realización del examen estaba sujeto al cumplimiento de los recaudos consignados en sus escritos.

El nuevo juez de la causa no dispuso de modo inmediato la realización de la prueba pericial, sino que casi un año después ordenó llevar adelante el examen, disponiendo que el estudio se llevara a cabo en las condiciones solicitadas por los afectados.

Ello originó una nueva apelación, esta vez de la querrela, que pretendía la intervención del Banco Nacional de Datos Genéticos y, por ende, se oponía a las limitaciones introducidas por el juez a pedido de los Noble. La Cámara Federal de Apelaciones de San Martín revocó la decisión recurrida y ordenó que la extracción de sangre y peritación genética se practicara tal como había sido dispuesta originariamente, esto es, ante el Banco Nacional de Datos Genéticos y más allá que los afectados consintiesen o no la medida. Entre los argumentos que componen el fallo, se consideró que la discrecionalidad del instructor para disponer las medidas de prueba que considere conducentes encontraba un límite cuando la alzada fuera llamada a expedirse sobre el punto en discusión, tal como había ocurrido en el caso, circunstancia que imponía el cumplimiento de la medida probatoria que ya había adquirido firmeza. También dedicó extensas consideraciones abonando la constitucionalidad de la extracción de sangre compulsiva en casos como el presente, con respaldo en algunos precedentes de esta Corte que estimó asimilables.

Los hermanos Noble interpusieron recurso de casa-

ción. Señalaron que la cámara de apelaciones nada había manifestado respecto del método de exclusión propuesto para evitar que en el cotejo de los perfiles genéticos con las familias querellantes se descifrara completamente el mapa revelador de una identidad biológica que no querían conocer, afectando así su derecho a la intimidad (artículo 19 de la Constitución Nacional).

La Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal declaró mal concedido el recurso juzgando que la cuestión llevada a su conocimiento no era más que un intento de renovar un asunto que había quedado precluido como efecto del desistimiento de la apelación contra la medida de prueba recurrida. Si bien el tribunal de casación mencionó que la resolución de la cámara de apelaciones era coincidente con precedentes de esta Corte, no introdujo ninguna consideración sobre la analogía entre aquellos casos y el presente.

En la impugnación federal, que fue concedida, los recurrentes refirieron que la Cámara Nacional de Casación rehusó el tratamiento del agravio federal planteado por esa parte, relativo al derecho a la autonomía e intimidad que se vería afectado de no adoptarse el método de exclusión propuesto para el examen sanguíneo. En esta medida, la invocación del principio de preclusión no sería más que un pretexto para soslayar la cuestión. En relación con el desistimiento, aclaró que la sujeción de esa conformidad a los recaudos propuestos evidencian que no hubo renuncia alguna de su derecho a la intimidad.

Finalmente señaló que no podía juzgarse que el efecto del desistimiento fuera la firmeza de una medida que no tiene aptitud para adquirir esa condición.

## II.

La resolución de la Cámara Nacional de Casación

Penal por la cual se desestimara el recurso de casación es definitiva por cuanto el punto constitucional por el cual se agravian los recurrentes, referido al derecho a la intimidad (art. 19 de la Constitución Nacional), que sería agredido por la realización de una medida de prueba que descifraría contra su voluntad el mapa genético revelador de su identidad biológica, ya no podrá ser revisado con eficacia en oportunidad de recaer en la causa el fallo final. En efecto, llegado el momento de la sentencia que ponga fin al proceso, carecería de sentido examinar lo atingente a la lesión constitucional invocada que para entonces ya se habrá consumado de manera irreversible.

Según surge de la lectura de las actuaciones, la Cámara Nacional de Casación Penal no ha examinado el punto federal que quienes aquí recurren habían propuesto para su tratamiento. El deber que tiene la Cámara de Casación de dar solución a las cuestiones federales que se le plantean, resulta de la doctrina de Fallos: 308:490 y 311:2478, en particular, considerandos 13 y 14, que fuera extendida a los tribunales nacionales y en particular a la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa "Di Nunzio" Fallos: 328:1108, especialmente, considerandos 6° y 13. Si bien en dicho precedente he votado en disidencia, en tanto no hay ninguna norma legal que señale como requisito insoslayable para habilitar la competencia apelada de este máximo tribunal la intervención de la Cámara de Casación, en el presente caso aquél ha sido el último tribunal que intervino.

Por otra parte, en la causa resuelta el 19 de septiembre de 2006 V.1028.XXXIX "Vea Murguía de Achard, María Salomé y otros c/ Estado Nacional —M° de Defensa— Estado Mayor General del Ejército s/ personal civil y militar de las FF.AA. y de seg.", señalé que la omisión del tribunal de última

instancia de pronunciarse sobre la cuestión federal involucrada, constituye un obstáculo para que esta Corte Suprema pueda ejercer correctamente su competencia apelada.

El motivo del tribunal a quo para exceptuarse de su obligación de emitir un pronunciamiento sobre el punto constitucional relacionado con la violación del derecho a la *intimidad* de los recurrentes, radica en el consentimiento que habrían prestado los Noble a la pericia tal como había sido originalmente ordenada por el juez de instrucción, es decir, sin incluir las condiciones que introdujera el magistrado por un auto posterior. Pero este argumento es completamente inconducente. En efecto, si lo que quiere señalar la Cámara de Casación es que el juez de instrucción carece de atribuciones para modificar el alcance o modalidad de medidas de prueba ya dispuestas, tal conclusión carece de todo apoyo normativo. Si, en cambio, el tribunal apelado ha intentado eludir el problema apoyándose en una supuesta aceptación o consentimiento de la pericia por parte de los recurrentes, la resolución se desmorona al reparar que estos últimos interpusieron el recurso de casación precisamente porque su voluntad era contraria a la realización de la pericia ordenada por la cámara de apelaciones. En otras palabras, Marcela y Felipe Noble no aceptan que se devele el mapa genético de su identidad más allá de lo necesario para descartar el nexo biológico con los querellantes y si ha de desestimarse judicialmente dicha oposición, ello exige el tratamiento de las razones constitucionales en que se apoyan.

Lo expuesto, impide considerar que la decisión contiene fundamentos suficientes que justifiquen detener el debate sobre el alcance de la garantía constitucional cuya interpretación última concierne a esta Corte. Por ello, oído el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraor-

dinario interpuesto y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento que incluya el tratamiento del punto federal aquí consignado. Notifíquese y cúmplase. CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA