

Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de Mar del Plata, sala I

Pedrozo, Eduardo V. Abuso sexual con acceso carnal. Extracción compulsiva de Sangre. Negativa del imputado. Derecho a no declarar contra sí mismo. Procedencia. Imputado como objeto de prueba.

Mar del Plata, noviembre 10 de 2006.

¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

El doctor Favarotto dijo:

1. Se encuentra abierta la jurisdicción de este Tribunal en función del recurso de apelación articulado a fs. 368/9 por la defensa técnica oficial, a cargo de la Dra. A.M.F., contra la resolución dictada por el Juez de Garantías, Dr. Saúl Roberto Errandonea, donde ordenara la intervención corporal del causante Eduardo Valerio Pedrozo, a los fines de obtener muestras sanguíneas para una posterior experticia genética (fs. 360/2 vta.).

Los agravios de la impugnante consisten en que: I) la medida se dispuso sin oír previamente a la defensa; II) existían otras maneras para obtener la estructura de ADN, mencionando -- como ejemplos -- cabellos y tegumentos; iii) no se trata de una intervención mínima por cuanto, de no ejecutarse con la debida asepsia, importaría un riesgo cierto o peligro personal para su asistido; y iv) éste no prestó consentimiento, por lo que -- según sostiene -- de concretarse dicha extracción, la misma lo ha de ser en una situación de violencia, extremo que entra en abierta colisión con el trato digno que se le debe a toda persona sometida a proceso.

Dicho recurso fue concedido a fs. 372; mas el legajo fue devuelto por Presidencia, a fs. 373, para que el juez a quo se expida respecto del efecto con el que se admitiera la apelación y se agregue el resultado del oficio que se librara a fs. 367/vta.

Salvadas tales omisiones, con la anexión de las piezas documentales pertinentes y con la expresa declaración jurisdiccional que el recurso acordado lo fue con efecto devolutivo, a fs. 384 se elevaron las actuaciones a la Cámara, y enseguida se hizo conocer a las partes litigantes su actual integración (fs. 385).

2. En lo que aquí interesa destacar, a fs. 383 luce el "acta de extracción sanguínea en I.P.P. N° 134.138", fechada el 25 de octubre de 2006, conforme la cual el "Sr. Pedroso Ortiz Eduardo Valerio, presta colaboración a los fines de tomársele la muestra sanguínea, pero que se encuentra en desacuerdo de dicha medida" (textual), es decir, que algunos -- no todos, claro -- de los agravios defensas han caído en abstracto, y su tratamiento en esta sede han perdido toda razón de ser, por ejemplo, el que se individualizara "ut supra" como iv), desde que resulta imposible interdecir un acto procesal que ya ha producido; en todo caso, se podrá invalidar, neutralizando sus consecuencias jurídicas.

Ergo, queda por analizar, y resolver, el tema central que genera el reclamo de la defensa.

3. Pues bien; acerca del controversial tema de la "inspectio corporis forzada", en general, y de la extracción sanguínea compulsiva al imputado, en particular, tuve ocasión de expedirme "in extenso" en ocasión de mi desempeño anterior en el Tribunal Oral en lo Criminal n° 1, al

resolver la causa n° 2.120, caratulada "Johnson, Alexis Eduardo s/ abuso sexual con acceso carnal, etc." (sent. del 26/04/2004, Reg. n° 180/04), donde sostuve lo siguiente:

"... Respecto del cuestionamiento defensorista a la medida de instrucción suplementaria peticionada por la Fiscalía, consistente en la obtención de una muestra hemática del imputado, para su posterior cotejo pericial, adherimos -en el rubro- al criterio interpretativo que dimana de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación... En efecto, según se sintetiza en el trabajo 'La extracción compulsiva de sangre según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación', de I.V.B. y M. C. H. (publ. en 'J.A.' 2004-I Bs. As., marzo 24 de 2004, fascículo n° 12), es posible señalar los siguientes hitos en la progresiva evolución en la doctrina del Tribunal cimero: i. El 04/12/1995, en el expediente 'H.G.S. y otro' (publ. en DJ, n° 8, julio-noviembre de 1997, ps. 590/5, y en J.A. 1999-III, síntesis), la Corte modificó la solución a la que había arribado en el caso 'Müller' (en diversas circunstancias de hecho, cabe resaltarlo), exponiendo, en favor de la inspección corporal forzada, que 'surgía indubitable la relación directa con el objeto procesal de la causa, era conducente para el esclarecimiento de los hechos y no excedía los límites propios del proceso en el que fue dispuesto'...".

"...Asimismo, argumentó que '... no se advierte en el 'sub lite' lesión alguna a la garantía constitucional que prescribe que nadie está obligado a declarar contra sí mismo... En efecto, desde antiguo esta Corte ha seguido el principio de que 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 los que cabe prescindir de esa voluntad entre los cuales se encuentran los supuestos —como el de autos— en los que la evidencia es de índole material... Que tampoco se observa la afectación de otros derechos fundamentales, como la vida, la salud, 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, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen'...".

"... Corresponde destacar que en las causas 'H.G.S.' y 'Guarino', establecióse que las cuestiones vinculadas al inalienable derecho de disponer del propio cuerpo, con relación a la zona de reserva e intimidad del individuo, no alcanzan la negativa a la extracción de sangre —ver causa 'Bahamondez' (Fallos, 316-479; publ. en J.A., 1993-IV-558)— cuando ésta se dirige a obstaculizar una investigación criminal en la podrían resultar afectados derechos de terceros (CN, 19), como lo precisaran las autoras consultadas... Siempre a criterio de B. y H., analizando la jurisprudencia de la C.S.J.N., sobre la materia: '...en la extracción de sangre en el proceso penal, la imprescindibilidad siempre debe evaluarse en términos de razonabilidad y con resguardo de la garantía del debido proceso; esto es, debe ponderarse necesariamente la suficiencia o no del plexo probatorio reunido en la causa... La investigación judicial — afirma Ferrajoli— no es una búsqueda puramente intelectual, sino el presupuesto de decisiones sobre libertades de los ciudadanos en las que el poder, en ausencia de límites normativos, tiende indefectiblemente a prevalecer sobre el saber... En efecto una justicia penal materialmente justa no puede realizarse sin afectaciones continuas a la libertad, la integridad física y la propiedad... Allí encuentran su legitimación fáctica las privaciones de libertad, el secuestro, la requisa, la inspección corporal y las intervenciones corporales para la determinación del hecho y del autor... Pero más allá de su gran utilidad social, éstas medidas sólo estarán jurídicamente legitimadas en tanto no excedan los límites de lo imprescindible necesario (toda vez que), los objetivos de determinación de la verdad

no pueden básica y despreocupadamente prevalecer sobre la dignidad humana del afectado por aquéllas'...".

"... En suma: los requisitos que legitiman, desde una perspectiva constitucional, la exploración del cuerpo humano, con fines probatorios, según la evolución de la doctrina de la Corte, al decir de las autoras aludidas, podrían resumirse del modo siguiente: (a) que guarde relación con el objeto procesal de la causa; (b) que haya sido precedida por indicios suficientes; (c) que sea conducente y necesaria para el esclarecimiento de los hechos; (d) que no exceda los límites propios del proceso en que fue ordenada; (e) que no constituya una práctica humillante o degradante; (f) que haya sido dispuesta con observancia de los medios ordinarios adoptados por la ciencia médica; (g) que ocasione 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; y (h) que guarde una adecuada proporcionalidad con relación a la gravedad de los hechos investigados..."

"...En términos casi análogos, se expide Javier Augusto De Luca, en su artículo 'Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigos y garantías constitucionales' (publ. en 'Revista de Derecho Penal, Garantías constitucionales y nulidades procesales-I', Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As. 2001, ps. 393/423)... En plena consonancia con los argumentos expuestos, entendemos que si bien la medida que fuera ofrecida por la Fiscalía supone cierta injerencia sobre la humanidad del imputado, dicha intervención no afecta la garantía constitucional que prescribe que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ya que el sujeto, en este caso, actúa como objeto y no como sujeto de prueba... El derecho constitucional a la no autoincriminación (CN, 18), refiérese a todo ingreso de información que el causante, como sujeto, pueda realizar; pero no se extiende a aquellos casos en que 'a información no es ingresada por el imputado sino por el perito que, por ejemplo, reconoce la cantidad de alcohol o un cierto patrón genético en la sangre del imputado' (cfr. Binder, Alberto M. en su obra 'Introducción al Derecho Procesal Penal', Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1999, pág. 184)..."

"... Además, acudimos, haciéndola propia, a la autorizada opinión de Julio B. J. Maier, quien en línea con los argumentos hasta ahora vertidos, expone que la garantía contra la autoincriminación coactiva '... sólo ampara a una persona como sujeto u órgano de prueba, esto es, 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, esto es, 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, actos que no consisten en proporcionar información por el relato de hechos, circunstancias o acontecimientos, y para los cuales no es necesario el consentimiento de la persona afectada, que puede ser forzada, en principio, al examen. Las limitaciones de la fuerza a emplear, para tornar posible el examen, emergen de otros principios (prohibición de poner en peligro la vida o la salud) o de la misma naturaleza del acto (imposibilidad de obtener un texto escrito del imputado con fines de cotejo en una peritación, sin su participación voluntaria)...' (cfr. 'Derecho procesal penal', tomo I, Fundamentos, 2ª edición, Edit. Del Puerto, Bs. As., 1996, p. 674/5)..."

"...Con otras palabras, consideramos que en la imperativa extracción sanguínea a un imputado —en el caso, a los fines de un ulterior estudio de ADN, en el marco del juzgamiento de un presunto delito de abuso sexual agravado y robo calificado por el uso de armas— no implica compelerlo a declarar contra sí mismo, pues sólo actúa como objeto y no como sujeto de prueba, y habida cuenta que no se lo obliga a hacer algo sino a tolerar que otros lo hagan, tratándose de una fuente pasiva de elementos de incierto contenido cargoso..."

Es que, según entendemos, en la 'inspectio corporis forzada' debe propenderse a preservar un marcado equilibrio entre los intereses públicos (en términos de eficacia de la persecución penal estatal), y los derechos esenciales del causante (concebidos como efectivas garantías del justiciable frente al 'ius persecuendi'), acorde al constitucionalizado estándar de razonabilidad (CN, 28 y 33), que debe conjugar, tanto como sea posible, la búsqueda de la verdad en el proceso penal y los derechos individuales del presumido inocente, quedando a la vista un sólo camino que no debe ser obstaculizado, a menos que se pruebe la explícita afectación de derechos básicos e irrenunciables (que no es el caso), y que tiene excepcional relevancia en el procedimiento, cual es el 'interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia' (CSJN, in re 'H.G.S. y otro', consid. 11º, 'in fine')..."

"... Al referirse al problema que pueden suscitar las requisas y otras inspecciones corporales al imputado, de cara a la preciada garantía contra la autoincriminación forzada, Alejandro D. Carrió afirma que 'lo central es entender que estamos ante medidas que proceden sólo en casos en que se tengan sospechas fundadas de que corresponde llevarlas a cabo en el caso concreto y respecto de una persona concreta. Vale decir, la policía no puede andar extrayendo sangre a cualquiera y porque sí, ni tomar huellas dactilares de manera indiscriminada. Es necesario que en el caso concreto se tengan razones para pensar que determinado imputado está conectado con un delito, y que la inspección corporal de que se trate ayudará al esclarecimiento de los hechos. Y cuanto más intrusiva en la privacidad del imputado sea la requisita corporal en cuestión, parecerá sensato exigir un mayor grado de certeza que si estamos ante procedimientos simples como el de la mera obtención de las huellas del imputado. Una vez superados esos requerimientos, es también preciso que la medida en cuestión aparezca como necesaria y no reemplazable por una menos intrusiva para la dignidad y privacidad del individuo...' (cfr. 'Garantías constitucionales en el proceso penal', 3ª edición, Edit. Hammurabi, Bs. As. 1997, p. 323)..."

"... Por otra parte, si bien el art. 214 del CPP no autoriza expresamente la inspección corporal del imputado, como sí lo hace el art. 218 del CPPN, una interpretación sistemática del ordenamiento procesal bonaerense ('id est', combinando lo normado en el art. 212 del CPP, con lo prescripto por el art. 62 de la LOMP, n° 12.061), permite concluir que estas mínimas (en tanto necesarias y no sustituibles) intervenciones corpóreas pueden disponerse, sin menoscabo alguno a sus derechos fundamentales, respecto de la persona del enjuiciado... Ahora bien, despejado cualquier posible obstáculo constitucional y/o legal, tal acto debe ser respetuoso con el principio de proporcionalidad, es decir, nunca puede entrañar riesgo para la salud de su destinatario y debe ser practicado por profesionales idóneos; así también, la proporcionalidad existe, en el caso concreto, entre la gravedad del delito investigado y la invasión que la práctica supone sobre el cuerpo del imputado... Acorde a esos parámetros, estimamos que el estudio pretendido por la Fiscalía, y al que se opusiera infructuosamente la defensa (es decir, la extracción sanguínea al imputado para su ulterior cotejo con el resultado del examen pericial de fs. 110), guarda estrecha relación con el objeto procesal de la causa, es conducente para el esclarecimiento del hecho delictivo del 'sub lite' y no excede los límites propios del proceso... De acuerdo a lo expuesto, e igualmente como corolario del principio de libertad probatoria consagrado por el ordenamiento ritual bonaerense (CPP, 209), corresponderá acoger el pedido de instrucción suplementaria formulado por la Fiscalía..."

4. Por todo lo hasta ahora expuesto, pero teniendo muy en cuenta la gravedad intrínseca de los injustos contra la integridad sexual que son investigados en la presente etapa penal preparatoria (fs. 353/4 vta.), entiendo no sólo que la medida dispuesta por el Juez de Garantías (fs. 360/2 vta.), a instancia de la Agente Fiscal del Ministerio Público (fs. 357/9), ha

sido razonable, sino también que el auto recurrido deberá ser confirmado (CPP, 209 y 212; LOMP, 62), y así lo voto.

El doctor Riquert dijo:

1. No habrá de reiterarse aquí el relato de las circunstancias particulares del caso, sintetizado por el preopinante en los considerandos 1 y 2 de su voto. Al igual que el Dr. Favarotto, he tenido ocasión de extenderme sobre la problemática de las intervenciones corporales con anterioridad, siendo Juez de Garantías a cargo del Juzgado de Garantías N° 2 local, en causa n° 15346 (IPP 74134), "Fernández, Gustavo Daniel s/homicidio", resolución del 15 de febrero de 2001. A su vez, desde la perspectiva académica lo hice en el capítulo I de la obra "Justicia de Garantías, de Ejecución y Ministerio Público" (en conjunto con los Dres. Pablo Adrián Cistoldi y Leonardo César Celsi), EDIAR, Bs.As., 2001, págs. 111/115, acápite "Solicitud de intervenciones corporales", que fuera luego ampliado autónomamente en el artículo "La solicitud de intervenciones corporales en el marco de la Investigación Penal Preparatoria", pub. en el portal jurídico www.elDial.com, edición especial "El proceso penal y las inspecciones corporales en el imputado. Un punto de tensión entre la libertad individual y el interés en la averiguación de la verdad", sección Doctrina, 13/4/05 (mantiene link en el Suplemento de Derecho Penal). La orientación es similar a la que preside la opinión del distinguido colega que me precede, por lo que atendiendo razones de economía procesal se evitará la transcripción de una larga argumentación en la que la mayoría de los argumentos y precedentes citados de instancias superiores serían comunes.

2. Coincido además con el primer voto en cuanto señala la imposibilidad de interdecir un acto procesal que ya se ha producido. Con ello, no obstante ser claro entonces que se adherirá en todo a la solución propuesta, estimo pertinente formular una aclaración que matiza la cuestión sin desvirtuar tal adhesión ni cambiar la fundamentación central, pero que reconoce un acierto del agravio defensorista, caído en abstracto por la realización del acto documentado a fs. 383, que resta sentido a toda vuelta atrás y que no tiene entidad para invalidarlo.

Paso a explicarme, es claro que en la medida en que se ajuste perfectamente al cuadro de razonabilidad, proporcionalidad, necesidad, utilidad y pertinencia ya descripto, debe hacerse lugar a la medida de intervención corporal. En nuestra realidad, señala D'Albora, se admiten en general aquellas prácticas que afectan en forma leve la integridad corporal y la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, como la extracción de sangre o de piel cuando son realizadas por personas habilitadas y con el límite de no poner en peligro la vida o la salud (cf. su "Código Procesal Penal de la Nación. Ley 23.984", Abeledo-Perrot, Bs.As., 3° edición, 1997, pág. 323). Naturalmente, pueden también considerarse bajo los parámetros indicados los hisopados salivales, obtención de muestras de cabellos o vellos pubianos, entre otras prácticas similares. Es decir, hay varias alternativas y grados de intervención corporal y siempre que sea viable un cauce investigativo con el que se llegue al mismo propósito prescindiendo de la más intrusiva, es aquél el que deberá preferirse y, puestos en la hipótesis en que la intervención corporal sea imprescindible, siempre deberá optarse por aquella que posea el grado de lesividad menor posible. Esta es una nota básica que recuerda bien la defensa a fs. 368vta. y que, de algún modo, es pasada por alto tanto por la Agente Fiscal en su petición de fs. 357/9, como el Sr. Juez de Garantías en su habilitación de fs. 360/2vta. Siendo la extracción sanguínea la modalidad que mayor intromisión y lesividad ofrece ex - ante, salvo la justificación de problemas técnicos serios o imposibilidad material, debió explorarse primero la obtención de otros medios que permitieran obtener la estructura de ADN del imputado, como destaca la Dra. F. en la pieza mencionada.

En definitiva, que habiéndose ya practicado la extracción sanguínea, ningún sentido tendría ahora desecharla por vía de nulidad y retomar un camino que, tal vez, nos devolviera al mismo lugar sin beneficio para ninguna de las partes. Sin perjuicio de ello, es oportuno recordar a los actores procesales citados aquellas notas que fueran antes precisadas de cara a otras investigaciones que, quizá, pudieran resumirse en un mandato común a toda coerción en el proceso penal: sólo debiera llegarse al grado más severo de ese género cuando fuere inevitable.

Con esta aclaración, reitero mi adhesión al voto que precede por compartir sus fundamentos.

Así lo voto.

En mérito a cuyos fundamentos, el Tribunal resuelve: confírmase el recurrido auto de fs. 360/362 vta. en cuanto ordena la intervención corporal en la persona de Eduardo Valerio Pedrozo, a los fines de obtener muestras sanguíneas para su posterior pericia a efectos de establecer el perfil genético del mismo (art. 209, 214 y cctes. CPPBA.). — Ricardo S. Favarotto. — Marcelo A. Riquert.