

Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

-I-

El 19 de febrero de 2002, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal rechazó la queja por apelación denegada contra el decreto del 23 de febrero de 2000 (fs. 525), por el cual la magistrado de primera instancia ordenó a Emiliano Matías Prieto a comparecer al Hospital Durand para someterse a la extracción de una muestra de sangre.

Contra ese pronunciamiento, el nombrado, con el patrocinio letrado del doctor Luis María Peña, interpuso recurso extraordinario que, denegado, motivó la presentación de esta queja.

-II-

Emiliano Matías Prieto sostiene que el recurso extraordinario debe ser concedido en razón de que en este mismo expediente, el 29 de septiembre de 1998, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró procedente el recurso extraordinario interpuesto por Ema Gualtieri y Guillermo Prieto, que se encontraba dirigido a dejar sin efecto la medida de extracción de sangre sobre el aquí recurrente (ver fs. 164/165 expte. G. 124, XXXIV). Si bien el impugnante afirma que el recurso debe ser concedido en virtud de lo resuelto en ese pronunciamiento del Tribunal, también señala que la cuestión sometida a consideración no es idéntica dado que ahora, a diferencia de aquella oportunidad, ha variado la base fáctica sobre la cual debe pronunciarse la Corte. En tal sentido manifiesta que el Tribunal se pronunció sobre la extracción de sangre a un menor víctima de un delito, mientras que ahora el caso está referido a la misma cuestión, pero respecto de una

persona mayor de edad víctima de un delito.

En cuanto a la extracción compulsiva de sangre, medida sobre la cual giran los agravios constitucionales, Emiliano Matías Prieto considera que viola los derechos a la intimidad, a la integridad física, psíquica y moral, a la dignidad, a la vida privada, a gozar de los derechos civiles, a no ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por la ley, a no ser arbitrariamente detenido o arrestado, a la igualdad ante la ley, y a no ser sometido a torturas (artículos V, XVII, XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículos 3, 7, 9 y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 5, 7 incisos 3 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículos 9 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes).

El recurrente también se agravia tanto de la sentencia de Cámara como de la decisión de la Juez de primera instancia con base en la doctrina de la arbitrariedad, por cuanto sostiene que sólo se apoyan en fundamentos insuficientes que vulneran la garantía de defensa en juicio y el debido proceso. Indicó en tal sentido que la Cámara falló sin considerar todos los agravios expuestos, remitiéndose a otro fallo referido a una cuestión fáctica distinta, conculcando así su derecho a un debido proceso legal, de defensa, acceso a la justicia y a ser oído.

Finalmente, también con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, el apelante se agravia de la resolución impugnada, al considerar que los camaristas no se pronunciaron sobre la admisibilidad de la prueba ordenada a la luz de lo

Procuración General de la Nación

establecido por los artículos 163, 278 y concordantes del Código de Procedimientos en Materia Penal.

-III-

En varias ocasiones, V.E. ha sostenido que la resolución por la que se ordena la toma compulsiva de una muestra de sangre con fines probatorios debe ser equiparada a una sentencia definitiva a los fines del artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 313:1113; 318:2481 y 2518; 319:3370). Sin embargo, de la compulsión del expediente surge que la resolución por la que la Juez ordenó practicar esa medida respecto de Emiliano Matías Prieto (fs. 457) fue impugnada por su representante ante la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, luego ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y quedó firme con el dictado de la sentencia del 29 de septiembre de 1998, por la que V.E. la declaró admisible (fs. 164 del incidente de apelación Nº 13.625). En cambio, lo que el apelante pretende ahora impugnar aquí es uno de los tantos decretos a través de los cuales la Juez de la causa intentó ejecutar esa orden judicial firme, intimando a Emiliano Matías Prieto a presentarse en el Banco Nacional de Datos Genéticos para la toma de sangre, bajo apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública. De ello se colige entonces que la jurisprudencia citada no sería aplicable al caso, pues ese decreto no era susceptible de ser recurrido y, mucho menos, a través de esta vía extraordinaria.

Sin embargo, y sin perjuicio de lo anterior, pienso que no es posible pasar por alto que en el caso, tal como se halla ahora configurado, concurren circunstancias sobrevinientes al fallo del Tribunal, que podrían determinar que V.E., haciendo caso omiso de óbices formales, decidiera re-plantear la discusión acerca de la legitimidad de la medida de

prueba oportunamente dispuesta. Me refiero a que Emiliano Matías Prieto habría alcanzado el 6 de agosto de 1999 la mayoría de edad, sin que la diligencia haya podido ser llevada a cabo. Tal circunstancia adquiere relevancia, a mi modo de ver, si se repara en que la doctrina en que se apoyó la sentencia dictada por V.E. en esta causa, el 29 de septiembre de 1998, fue luego declarada inaplicable cuando se tratara de personas mayores de edad no imputadas (causa "Vázquez Ferrá", sentencia del 30 de septiembre de 2003 [Fallos: 326:3758]).

Por ello, para el caso de que en virtud de la trascendencia de las cuestiones implicadas y razones de mejor administración de justicia V.E. resolviera pronunciarse para poner fin a este prolongado debate, pasaré a expedirme sobre el fondo del asunto.

-IV-

Los hechos ilícitos que son investigados en esta causa, calificados 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) fueron llevados a cabo en el contexto de las graves violaciones de los derechos humanos perpetrados por la última dictadura militar que usurpó los poderes del estado entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983 y, en sí mismos, constituyen crímenes contra la humanidad.

Las características centrales y la metodología utilizada para perpetrar dichas violaciones masivas de los derechos humanos han sido claramente expuestas por V.E. en la sentencia publicada en Fallos: 309:1689. En ese pronuncia-

Procuración General de la Nación

miento, que revisó la sentencia dictada por el pleno de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal en el juicio llevado a cabo contra los integrantes de las juntas militares, se describió acabadamente el modo en que esos gobiernos de facto ejercieron el poder.

Esa metodología consistió, principalmente, en la captura de sospechosos de poseer vínculos con actividades contrarias al régimen, en su encierro en centros clandestinos de detención, en la aplicación de tortura a los detenidos con el objeto de recabar información y su sometimiento a condiciones de vida inhumanas. Este procedimiento de aprehensión, tortura y detención en sitios clandestinos generalmente concluía con la eliminación física de los aprehendidos, quienes en algunas ocasiones eran puestos a disposición del Poder Ejecutivo Nacional. Estas acciones criminales fueron desplegadas clandestinamente, para lo cual los agentes estatales ocultaban su identidad y mantenían incomunicados a los detenidos, negando también a los familiares la información acerca del secuestro, lugar de alojamiento y suerte final de sus seres queridos.

Este fenómeno de persecución y represión estatal clandestina debe ser analizado desde la perspectiva de los crímenes contra el derecho de gentes a que alude nuestra ley fundamental en el artículo 118. El texto de la Constitución Nacional desde su redacción original previó la competencia de los tribunales nacionales para juzgar los "crímenes contra el derecho de gentes", aun cuando éstos se produjeran fuera de los límites territoriales de la Nación (originalmente, artículo 102, actualmente artículo 118). En esa norma el constituyente dejó plasmada su intención de colaborar con la comunidad internacional para perseguir los crímenes contra el

derecho internacional.

El Tribunal ha aplicado, desde sus albores, el derecho de gentes en numerosos casos que le ha tocado resolver, interpretando la regla contenida en el artículo 118 conforme ha ido evolucionando en el tiempo; es decir, de acuerdo con el grado de desarrollo que presentaran sus postulados a la hora de resolver las cuestiones sometidas a juzgamiento (Fallos: 2:46; 4:50; 28:31; 43:321; 211:161; 305:2150; 318:196; 318:2148 y, recientemente, causa "Arancibia Clavel" (Fallos: 327:3312); y S. 1767, XXXVIII, "Simón Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa nº 17.768-", sentencia del 14 de junio de 2005).

Un análisis de este caso desde la exclusiva óptica del derecho nacional dejaría de lado todo un conjunto de normas elaboradas por la comunidad internacional para casos de extrema gravedad como el presente. Por ello, a los efectos de arribar a una solución correcta, corresponde en primer término caracterizar al caso como crimen contra el derecho internacional (más específicamente, como crimen contra la humanidad), para posteriormente hacer mención a las obligaciones del Estado que se derivan de esa específica caracterización de los hechos.

Desde esta perspectiva, la hipótesis delictiva investigada en la presente causa debe ser considerada parte sustancial de un hecho de desaparición forzada de personas, llevada a cabo en el contexto de un ataque sistemático y generalizado perpetrado por el Estado contra una población civil (cf. dictámenes de esta Procuración en las causas V 2, XXXVI, Videla, Jorge R. s/ nulidad y apelación de prisión preventiva, del 23 de agosto de 2001; y en la causa S. 1767, XXXVIII, "Simón Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa nº 17.768-", del 5 de mayo de 2005).

Procuración General de la Nación

-V-

De la condición de lesa humanidad del delito de desaparición forzada de personas deriva el deber del Estado de investigar seriamente y sancionar a los responsables. Esta obligación de perseguir, que reposa sobre diversas fuentes derivadas del derecho internacional general y del derecho internacional de los derechos humanos, ha sido expuesta con toda claridad por V.E. y esta Procuración en diversos precedentes.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, la medida de extracción de sangre del cuerpo de Emiliano Matías Prieto no sólo es entonces necesaria para determinar su identidad biológica, sino que resulta también una prueba imprescindible para establecer si nos encontramos ante un hecho de desaparición forzada de personas.

A ello se suma que las particulares características que presenta el delito de desaparición forzada de personas en relación al concepto de víctima determina, asimismo, que el deber estatal de investigar exhaustivamente adquiera una dimensión adicional que debe ser contemplada en la resolución de este caso.

-VI-

En efecto, por la especial complejidad que revisten este tipo de hechos es posible afirmar que el daño que producen excede el marco personal del individuo sobre quien recae (el desaparecido) dado que alcanza, también, a sus familiares y allegados. Esta afirmación no sólo encuentra fundamento en los casos que a continuación se describirán, sino también en la propia interpretación del crimen de desaparición forzada de personas.

-7-

Como es sabido, por desaparición forzada de personas se entiende la privación de la libertad de una persona, cometida por agentes del Estado o por personas que actúen con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona.

Es claro que en el primer tramo de la conducta prohibida resulta víctima quien es directamente privado de su libertad, tal como ocurre en el caso de los simples delitos contra la libertad individual. Respecto del segundo tramo de la descripción, relativa a la negativa de dar información, sujeto pasivo del delito sólo puede ser quien la solicita del Estado. La falta de información que configura el trayecto posterior al tramo instantáneo del delito (el primer acto inicial de la privación de libertad) implica no ya la mera permanencia del efecto de un delito de por sí ya consumado, sino la permanencia en la ejecución, mediante una modalidad generalmente omisiva, de la parte más característica del delito: la desaparición, es decir, la falta de conocimiento del destino de la víctima de la privación de libertad. Dicho de otra manera, se trata de casos en los que hay un acto que puede ser instantáneo; pero, en tanto siga bajo el control fáctico del autor la posibilidad de informar acerca de la víctima, surge sin duda un tramo del deber que se concreta en la obligación de dar información. Y si existe -lo cual es indudable- ese deber, no puede negarse la potestad estatal de suplir su incumplimiento por medios aptos, la facultad estatal de intervenir que no sólo está destinada a remediar un hecho pasado (la privación de la libertad), sino también a terminar con un hecho que, de alguna manera, sigue en ejecución (la falta de información).

Esta interpretación da un fundamento más consistente

Procuración General de la Nación

al derecho que de por sí tiene el familiar a conocer la verdad de lo sucedido con sus seres queridos, pues no se agota en el derecho innegable de los familiares de las víctimas directas a conocer la verdad. El fundamento es más profundo, cuando se advierte que los familiares de quien fue privado de su libertad siguen siendo víctimas de un delito actual. El deber del autor de brindar información acerca de la persona desaparecida otorga al Estado la potestad de recurrir a medidas supletorias para lograr el efecto similar al que tendría el cumplimiento del deber, y así hacer cesar la ejecución que permanece.

En ese aspecto, las atribuciones (también los deberes) del Estado para la resolución del conflicto son mayores. El derecho a que cese un delito en ejecución reconoce menos límites que otros derechos comparables, por ejemplo, al establecimiento de una sentencia declarativa de la veracidad de los hechos, que puede verse subordinada a la salvaguarda de otros intereses también legítimos (observación de garantías procesales, estándares de prueba rigurosos, etc).

Por lo tanto, la extracción de sangre para comprobar el vínculo entre las víctimas directas y los familiares no es sólo un medio para la persecución penal, sino también el ejercicio de la potestad estatal de llevar a cabo actos que prima facie sean idóneos para hacer cesar la ejecución de delitos. Esta potestad es más amplia y requiere menores estándares de justificación que la que se vincula con establecer la verdad mediante un juicio penal o hacer cesar meramente los efectos de un delito pasado. En efecto, que el hecho delictivo esté todavía ocurriendo implica que la prueba previa necesaria para justificar la intervención no necesita ser exhaustiva; en todo caso, el riesgo contrapuesto (no había delito en progreso y la intervención lesionó algún derecho) es considerado

preferible al daño cierto que provoca no realizar la medida (prolongación, necesariamente, del delito). En otras palabras: los requisitos de la prevención de los delitos son más laxos que los de la represión.

La afirmación de que los familiares de los desaparecidos son sujetos pasivos del crimen de desaparición forzada de personas es coincidente con lo expuesto por el experto independiente Manfred Nowak -encargado de examinar el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas e involuntarias- en el informe presentado ante la Comisión de Derechos Humanos de la O.N.U. En su trabajo sostuvo que los familiares de una persona desaparecida han de considerarse víctimas con arreglo al derecho internacional contemporáneo, afirmando que esta condición ha sido reconocida tanto en el párrafo 2 del artículo 1 de la Declaración de las Naciones Unidas de 1992, en el que se expresa que todo acto de desaparición forzada causa graves sufrimientos a la víctima, lo mismo que a su familia, como en la jurisprudencia relativa a las desapariciones forzadas de órganos de supervisión y tribunales internacionales establecidos en virtud de tratados. En estos casos, se pone de manifiesto que los gobiernos tienen la obligación de proporcionar a las víctimas del crimen de desaparición forzada, incluidas las familias, un recurso efectivo que comprenda el deber de investigar el acto de desaparición, llevar a los autores ante los tribunales, percibir una indemnización, poner en libertad a las personas desaparecidas (si aún siguen con vida) o localizar e identificar los restos mortales, entregarlos a los familiares más próximos, y facilitar a las familias toda la información relacionada con la suerte y el paradero de la persona desaparecida.

Procuración General de la Nación

En ese contexto, el experto ante la O.N.U. ha concluido su informe afirmando categóricamente que: "El crimen de la desaparición forzada no sólo va dirigido contra los desaparecidos sino igualmente contra sus familiares, sus amigos y la sociedad en que viven. A los desaparecidos suelen matarlos de inmediato, pero sus hijos, padres o cónyuges siguen viviendo en una situación de inseguridad, angustia y estrés extremos, desgarrados entre la esperanza y la desesperación. Por lo tanto, deben también ser considerados víctimas de la desaparición forzada" (E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002).

Sobre esta cuestión el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso "Kurt c. Turquía" (Demanda Nro. 24276/94, sentencia del 25 de mayo de 1998) consideró que la madre de Üzeyir Kurt, quien había sido detenido y posteriormente desaparecido por las fuerzas de seguridad turcas, había sido víctima de una violación del artículo 3 del "Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales", dado que había vivido con la angustia de saber que su hijo había sido detenido sin recibir ninguna información oficial sobre la suerte corrida por éste durante mucho tiempo.

Esta interpretación que considera víctima de "tratos inhumanos" a los familiares de las personas desaparecidas por la fuerza fue reafirmada y consolidada en una serie de casos ventilados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así en el caso "Kaya c. Turquía" (Demanda Nro. 22535/93, sentencia del 28 de marzo de 2000) se le concedió una indemnización al hermano de la víctima directa y, en el caso "Tas c. Turquía" (Demanda Nro. 24396/94, sentencia del 14 de noviembre de 2000) el Tribunal afirmó que se había violado el artículo 3 del Convenio con respecto a los padecimientos del padre.

Finalmente, en el caso "Chipre c. Turquía" (Demanda Nro. 25781/94, sentencia del 10 de mayo de 2001) el Tribunal Europeo concluyó que a los familiares de los desaparecidos se les conculcó el derecho a no sufrir tratos inhumanos ya que el silencio de las autoridades del Estado demandado ante las inquietudes reales de los familiares fue de tal gravedad que sólo podría calificarse como trato inhumano.

La afectación de los derechos de los familiares de los desaparecidos fue abordada también por la Cámara de Derechos Humanos para Bosnia y Herzegovina (establecida con arreglo al anexo 6 del Acuerdo de Paz de Dayton del 14 de diciembre de 1995 con el objeto de determinar de modo definitivo y vinculante sobre las violaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de otros instrumentos). Este Tribunal en el caso "Avdo y Esma Palic c. República Srpska" -Caso Nro. CH/99/3196 del 11 de enero de 2001- concluyó que se había afectado el derecho de la Sra. Palic al respeto a la vida privada y familiar derivado del artículo 8 del Convenio Europeo por el hecho de que se le negó arbitrariamente información sobre la suerte corrida por su marido. Para remediar dicha situación el Tribunal ordenó que la República Srpska llevara a cabo de inmediato una investigación exhaustiva que permitiese explorar todas las circunstancias relacionadas con la suerte corrida por Palic con el fin de llevar a los culpables ante la justicia. Asimismo, la Cámara dispuso una indemnización respecto de la desaparición del marido y otra por el padecimiento mental sufrido por la Sra. Palic.

El derecho internacional humanitario, a través de lo establecido por el "Protocolo Adicional I al Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales," dispone que las actividades de los Estados y de las organizacio-

Procuración General de la Nación

nes humanitarias en la búsqueda de personas desaparecidas deben guiarse por el derecho de las familias a conocer la suerte de sus miembros (artículo 32). En el Comentario elaborado por la Cruz Roja Internacional se califica esta potestad de las familias como "derecho fundamental".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos comparte la tesis de que los familiares de los desaparecidos son también víctimas del hecho de la desaparición. Así lo ha establecido con toda claridad en el caso "Blake" (sentencia del 24 de enero de 1998): "Este Tribunal considera que el artículo 8.1 de la Convención debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu, y debe ser apreciado de acuerdo con el artículo 29, inciso c) de la Convención, según el cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno. Así interpretado, el mencionado artículo 8.1 de la Convención comprende también el derecho de los familiares de la víctima a las garantías judiciales, por cuanto "todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia" (subrayado no es del original) (Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra la Desapariciones Forzadas artículo 1.2). En consecuencia, el artículo 8.1 de la Convención Americana confiere a los familiares del señor Nicholas Blake el derecho a que su desaparición y muerte sean efectivamente investigadas por las autoridades de Guatemala; a que se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; a que en su caso se les impongan las sanciones pertinentes, y a que se indemnicen los daños y perjuicios que han sufrido dichos familiares. Por

lo tanto, la Corte declara que Guatemala violó el artículo 8.1 de la Convención Americana, en perjuicio de los familiares del señor Nicholas Blake en relación con el artículo 1.1 de la Convención" (de los párrafos 96 y 97).

La idea de que los familiares de los desaparecidos deben ser considerados víctimas del hecho ya había sido considerada por el juez Petracchi en el caso "Scaccheri de López" (Fallos: 310:2218), en tanto afirmó que "[...] no parecen compatibles con la reconstrucción de su identidad y posición en la sociedad [...] la postergación de los vínculos familiares de sangre, del recuerdo de sus padres, de la integración cultural con los parientes legítimos. Asimismo, ha de considerarse el derecho de los padres y de los hermanos de los desaparecidos a ver continuada su progenie en el único vástago de las jóvenes vidas tronchadas"(considerando 12).

En conclusión, no sólo está en juego aquí la averiguación de la identidad biológica de un sujeto, antes bien, se encuentra en plena investigación un crimen contra el derecho internacional perpetrado por el estado en forma clandestina, para cuya dilucidación y completa investigación se postula la necesidad de la toma de una pequeña muestra de sangre de una posible víctima.

Éste es el marco en el que deben ser analizadas las cuestiones jurídicas involucradas para la resolución del caso. En definitiva, se trata de determinar en este expediente si Emiliano Matías Prieto es o no un desaparecido; se trata de investigar un hecho pasado, pero también de hacer cesar uno presente.

-VII-

En cuanto a la admisibilidad constitucional de la medida de coerción que el apelante cuestiona, debo señalar que

Procuración General de la Nación

esta Procuración General se ha expedido ya sobre esta cuestión en los autos "Vázquez Ferrá, Evelyn Karina s/incidente de apelación" (Fallos: 326:3758), del 30 de septiembre de 2003, con sustento en argumentos que considero oportuno retomar, atendiendo sin embargo tanto a las consideraciones efectuadas luego en la sentencia de ese caso, como a las particulares circunstancias del presente expediente.

Tal como se sostuvo en aquella oportunidad, la procedencia de la extracción compulsiva de sangre ordenada por el juez debe evaluarse con arreglo a los principios generales que rigen la admisibilidad de las medidas de coerción en el proceso penal, tanto respecto del imputado como de terceras personas.

Así, es un principio entendido que los derechos a la intimidad y a la privacidad, al igual que los demás derechos individuales que la Constitución Nacional garantiza, suponen límites a la averiguación de la verdad real en el proceso penal. Pero también lo es que la propia Constitución admite que la ley autorice en ciertos casos la intromisión de los órganos estatales encargados de la persecución penal en la libertad, la intimidad, la vida privada y demás derechos de las personas, incluso las no imputadas, cuando se debe salvaguardar el interés de la sociedad en la investigación y castigo de los delitos.

Ello es lógica consecuencia del principio fundamental en virtud del cual los derechos y garantías que la Constitución consagra no tienen carácter absoluto, pues la ley puede imponer restricciones a su ejercicio que guarden adecuada proporción con la necesidad de preservar los derechos de los demás y los intereses generales de la sociedad (artículos 14 y 28 del texto constitucional y Fallos: 300:67 y 700; 308:814, entre otros).

Una primera cuestión a resolver consiste en establecer si la toma compulsiva de una muestra de sangre, pese a que supone una intromisión en la intimidad, la integridad física y la libertad de disponer del propio cuerpo de la persona que la padecerá, es una medida de prueba que puede ser autorizada para la averiguación de la verdad en el marco de un proceso penal en virtud de la ponderación de intereses señalada.

En este primer nivel de análisis, la pregunta por la constitucionalidad de la medida es formulada en abstracto, referida a su admisibilidad en general, sin consideración a las circunstancias de un caso particular, pues es sabido que hay prácticas que la Constitución proscribe con carácter absoluto como medios para la averiguación de la verdad en el proceso penal. Sirva la tortura como ejemplo por antonomasia de lo que acabo de mencionar.

No es esto, sin embargo, lo que sucede en este caso, pues la extracción de una escasa cantidad de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, no pone en peligro la vida, la salud ni la integridad física de la persona afectada. Además, por tratarse de una práctica médica de rutina que ocasiona una intromisión ínfima e inocua en el cuerpo, tampoco puede ser apreciada una práctica cruel, humillante o degradante. Por último, considero que constituye una restricción admisible a la intimidad del afectado, a la integridad física y a la libre disposición de su cuerpo, pues realizada en las condiciones de resguardo de la vida, la salud y la dignidad, ya reseñadas, representa un sacrificio ínfimo en el ejercicio de esos derechos frente a la trascendencia de los intereses generales a tutelar (cf. Neumann, Ulfrid, *Mitwirkungs- und Duldungspflichten des Beschuldigten bei körperlichen Eingriffen im Strafverfahren*, en *Festschrift für*

Procuración General de la Nación

E. A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1.10.1998, ed. Springer, Berlin-Heidelberg, 1998, p. 389; asimismo, Rogall, Klaus, en: AAVV, Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung, ed. Luchterhand, Neuwied, 2000, § 81a, núm. 41, y § 81c, núms. 34 y ss.).

Estas afirmaciones son coincidentes con las conclusiones que emanan de los precedentes de Fallos: 318:2518 y 319:3370, los cuales, al menos en este nivel de análisis (el de la constitucionalidad en abstracto), resultan, a mi juicio, enteramente aplicables al caso, a pesar de que ellos refieren a imputados o a personas menores de edad y aquí, en cambio, se trata de una persona adulta no imputada. Al decir esto no desconozco la posibilidad de postular la aplicación de un estándar de admisibilidad respecto del imputado y otro más estricto cuando se trata de una persona no imputada de delito (cf. Rudolphi, Hans Joachim, en: AAVV, Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung, cit., previo al § 94, núm. 10), pero pienso que ello no neutraliza en este caso la afirmación que he efectuado, pues si una medida es infamante o peligrosa para la vida o la salud lo es con independencia de la condición (imputado-no imputado) de la persona contra la que se dirige. Y, del mismo modo, si la toma compulsiva de una muestra de sangre fuese incompatible con la Constitución por la intromisión que supone en el cuerpo y la intimidad, parece claro que debería serlo con prescindencia de que la persona no imputada sea mayor o menor de edad, como era la situación en los fallos mencionados. Por ello, la constitucionalidad que también predico de la medida cuando recae sobre una persona adulta no imputada no hace más que complementar el reconocimiento expreso de que ya ha sido objeto en los precedentes jurisprudenciales que acabo de mencionar.

Es este mismo criterio el que ha llevado también al

legislador de la provincia de Córdoba a autorizar la extracción de una muestra de sangre a personas no imputadas en el artículo 198 del Código Procesal Penal local (ley 8123), cuidando que se respete el pudor del afectado y salvo que pudiera temerse daño para su salud, requisitos estos que he dado por descontados en los párrafos precedentes. Y ya desde la perspectiva del derecho comparado, también coincide con la regla del § 81c de la Ordenanza Procesal Penal alemana, que autoriza expresamente la extracción coactiva de una toma de sangre a una persona no imputada "cuando no cabe temer ningún daño para su salud y la medida es indispensable para la averiguación de la verdad", estableciendo, asimismo, que "sólo puede ser realizada por un médico".

-VIII-

Con lo expuesto apenas se ha establecido que la toma compulsiva de una muestra de sangre a una persona, en el marco de un proceso penal, no es incompatible con el respeto de los derechos constitucionales, en tanto guarde una razonable proporción con la necesidad de preservar el interés general en la investigación de la verdad y la aplicación de la ley penal. Nada se ha dicho todavía acerca de la necesidad y razonabilidad de la medida ordenada a la luz de las circunstancias del caso concreto en el que debo expedirme. No obstante, tampoco en este aspecto advierto que pudieran prosperar los agravios del apelante.

Así, en cuanto a la necesidad de la medida, hay que recordar que el objeto de investigación de esta causa, es la desaparición forzada de un hijo de Blanca Estela Angerosa nacido presumiblemente en cautiverio, quien habría sido ocultado por agentes estatales y, posteriormente, por el matrimonio Prieto-Gualtieri. Asimismo, y también como parte de este

Procuración General de la Nación

hecho de desaparición forzada de personas, se investiga la presunta alteración del estado civil del recién nacido mediante su inscripción como hijo biológico y la consiguiente falsedad ideológica de los certificados de parto y nacimiento y del documento nacional de identidad (artículos 139, 2º párrafo, 146, 293 y 296 del Código Penal).

En este punto, relativo a la evaluación de la necesidad de practicar la medida de coerción puesta en crisis, creo que es menester diferenciar este caso del recientemente resuelto por V.E. en los autos "Vázquez Ferrá" (Fallos: 326:3758), ya mencionado. En ese precedente V.E. afirmó que la medida de coerción no era necesaria para acreditar la desaparición forzada de la menor ya que el hecho ya había sido acreditado por otros medios. Así, en el voto conjunto de los jueces Petracchi y Moliné O' Connor se destacó que, aun prescindiendo de la medida de extracción de sangre, el hecho no corría el riesgo de quedar impune. En tal sentido indicaron: "que a ello cabe agregar que, en el caso concreto, el 'sacrificio' que implica respetar los derechos de la víctima es relativo, pues tal como lo afirmara la cámara, se trata de una medida de prueba meramente 'complementaria', que podría colaborar con la confirmación de la imputación y con un más amplio esclarecimiento del hecho, pero cuya prescindencia, en principio, no tendría por qué conducir a que Vázquez y Ferrá resultaran absueltos" (cf. consid. 31). El resto de los jueces integrantes de la mayoría que se pronunciaron en el caso también destacaron que la medida de extracción de sangre no era necesaria a los efectos de dar por acreditado el hecho de la retención de la menor (cf. consid. 11º del voto conjunto de los jueces Belluscio y López, voto del juez Fayt que adhiere al voto de los jueces Petracchi y Moliné O' Connor, consid. 13º del voto del juez Boggiano y considerando 26 del voto del juez

Vázquez).

La Corte se apartó así del criterio que había sugerido esta Procuración General, que entendió que la medida era necesaria para comprobar fehacientemente, esto es, más allá de esa confesión, la materialidad del delito, así como también para establecer quiénes habían sido las otras víctimas del hecho (me refiero a los progenitores) y quiénes los autores de la sustracción, habida cuenta que los imputados sólo habían confesado la retención, pues aducían haber recibido a la niña de manos de terceros cuando ésta había sido ya separada de sus padres por extraños (cf., asimismo, infra, acápite XI).

Resulta claro entonces que dada la particular configuración del caso "Vázquez Ferrá" no es posible trasladar la solución allí adoptada a este expediente, puesto que en este caso, a falta de cualquier otro elemento -en particular, de una confesión-, la extracción de sangre resulta una medida necesaria para establecer si nos encontramos frente a un hecho de sustracción, retención y ocultamiento de un menor de diez años, y a la supresión de identidad y falsedades documentales que son conexas a él (artículos 146, 139, inciso 2, y 293 del Código Penal).

Pero además, y sin perjuicio de lo anterior, debo decir que la averiguación de la verdad a la que aspira el proceso penal no puede quedar limitada a la comprobación de que un autor sustrajo un niño a personas sin identificar. Por el contrario, y del mismo modo que sucede respecto de otros delitos, pienso que esclarecer el hecho implica también establecer quiénes fueron sus víctimas, y de este delito no es sólo víctima el niño sobre el que recae directamente la acción, sino también los progenitores de cuyo seno familiar se lo arrancó.

Como adelanté en el punto V de este dictamen, esta

Procuración General de la Nación

aseveración adquiere toda su dimensión cuando se advierte que, por las circunstancias en las que tuvo lugar: (i) la sustracción y retención investigadas forman parte sustancial de un hecho de desaparición forzada de personas, (ii) los familiares de la persona desaparecida son considerados víctimas de ese delito con arreglo al derecho internacional contemporáneo; y (iii) los Estados tienen la obligación de proporcionar a las víctimas del crimen de desaparición forzada, incluidas las familias, un recurso efectivo que comprenda el deber de investigar el acto de desaparición, llevar a los autores ante los tribunales, pagar indemnización a las víctimas, poner en libertad a las personas desaparecidas (si aún siguen con vida) o localizar e identificar los restos mortales y entregarlos a los familiares más próximos, y facilitar a las familias toda la información relacionada con la suerte y el paradero de la persona desaparecida.

No cabe duda, entonces, que la extracción de sangre del cuerpo de Emiliano Matías Prieto constituye una medida indispensable para el esclarecimiento de los hechos de la causa, pues sólo la determinación fehaciente de su origen biológico permitirá establecer si fue sustraído a sus padres y luego retenido siendo un niño, en qué circunstancias ello habría ocurrido, qué personas habrían sido víctimas de esa sustracción (incluidos los progenitores) y quiénes habrían sido los autores. Más aun, la extracción de sangre del cuerpo de Emiliano Matías Prieto resulta una prueba imprescindible para establecer si nos encontramos ante un hecho de desaparición forzada de personas.

-IX-

A partir de lo expresado, ninguna duda cabe respecto de la necesidad de la medida para el esclarecimiento de los

hechos investigados. Su racionalidad depende adicionalmente de que la decisión de llevarla a cabo, encuentre respaldo en una labor procesal previa que autorice fundadamente a sospechar que los imputados no son los padres biológicos de quien figura legalmente como su hijo, quienes además podrían llegar a ser responsables de alguno de los delitos ya mencionados (cf. dictámenes de esta Procuración en los precedentes de Fallos: 318:2481 y 2518; 319:3370, y "Vázquez Ferrá" [326:3758] citado).

Tampoco en este aspecto advierto que pueda formularse objeción alguna. Observo que el examen dispuesto por la magistrado para establecer fehacientemente la identidad biológica de Emiliano Matías Prieto y comprobar la materialidad de los delitos denunciados estuvo precedido por una denuncia efectuada por el Ministerio Público Fiscal en la que se incluyeron diversos casos de presuntas desapariciones forzadas de menores de edad. Dicha denuncia estuvo precedida de una investigación de registros de nacimientos producidos en el período temporal en que se produjeron en el país masivas violaciones de los derechos fundamentales a partir de lo cual se obtuvieron inscripciones de nacimiento que presentaban elementos sospechosos. Los casos tenían en común la peculiaridad de que los nacimientos ocurrieron en domicilios particulares o en sitios que no aseguraban una adecuada atención médica, circunstancia poco habitual en la época en que dichos nacimientos ocurrieron dada la gran cantidad de centros asistenciales existentes en la ciudad de Buenos Aires y sus alrededores. Asimismo, los denunciantes tuvieron en cuenta que las presuntas madres tenían más de 40 años de edad y que se trataba de casos en los que los matrimonios llevaban varios años de unión. Entre los casos denunciados se encuentra el de Emiliano Matías Prieto y el de Guillermo Gabriel Prieto (fs.

Procuración General de la Nación

98/101).

A estos indicios que fundamentaron el inicio de las actuaciones se le sumaron a lo largo de la investigación diversos elementos que merecen ser destacados aquí.

En tal sentido, a fs. 121/2 declaró Marta Beatriz Antonia Rosignoli, persona que suscribe el certificado de nacimiento de Emiliano Matías Prieto, quien manifestó que no recordaba haber asistido un parto ocurrido en la calle Camarones 5586 de esta Ciudad, y que "la práctica ha llevado a que muchas veces se certifiquen partos practicados por otros profesionales ya que solamente la entidad del certificado [consiste] en tomar los datos de la madre y lo referente al niño que nació".

A tenor de lo dispuesto por el artículo 236, segunda parte del Código de Procedimientos en Materia Penal, declaró Guillermo Antonio Prieto, quien expresó que el desarrollo del parto de Emiliano Matías Prieto fue atendido por el Dr. Nuñez Prego, médico de cabecera de la familia y que, dada la forma espontánea en que se desencadenó, el alumbramiento fue atendido por la Dra. Rosignoli. Por su parte, a fs. 188 declaró Emma Gualtieri Rugnone de Prieto, quien expresó -a diferencia de su marido- que Marta Rosignoli fue la encargada de controlar sus dos embarazos y que, si bien el Dr. Nuñez Prego era el médico de la familia, no controló ninguno de sus embarazos. La contradicción en la que incurren los miembros del matrimonio sobre un hecho tan trascendente en la vida de una pareja, como es la atención y seguimiento de un embarazo, constituye un elemento indiciario que, aunado a otros, permite poner en duda la propia existencia de los embarazos.

También debe ser apreciado como indicio que permite poner en duda la existencia de los embarazos, el hecho de que la familia Prieto-Gualtieri haya contado con la asistencia de

un médico de cabecera y que el seguimiento de los embarazos lo haya realizado una persona distinta, que manifestó en este expediente no recordar la particular circunstancia de haber asistido a una parturienta respecto de quien -según la propia Gualtieri-Rugnone- había hecho el seguimiento del embarazo.

Por otro lado, la testigo Alicia Josefina Lamerato (fs. 147), habitante del domicilio en el que supuestamente se produjo el alumbramiento, manifestó que el día del nacimiento era un domingo como tantos otros en los que se reunieron con su esposo y el matrimonio Ema y Guillermo Prieto. A pesar de la trascendencia del hecho no recordó si el nacimiento ocurrió en el año 1976 o 1977.

La veracidad del contenido de esta última declaración puede ser puesta en crisis si tenemos en cuenta los dichos de Salvador Oscar Papasso (quien convivió con Alicia Josefina Lamerato hasta el mes de diciembre de 1975, con quien además tuvo dos hijos) y los de Leonardo Oscar Papasso, hijo de Alicia Lamerato y el mencionado en primer término. En su declaración de fs. 550 Papasso expresó que no fue puesto en conocimiento ni presenció el nacimiento de un niño en la calle Camarones 5586 donde vivían su ex esposa e hijos. Luego de que la jueza de instrucción le relatara lo consignado en su declaración por Lamerato, el testigo manifestó: "desde ya niego terminantemente la existencia del hecho que fuera relatado por Alicia Josefina Lamerato en su declaración, así como también debo manifestar que en momento alguno Alicia me hizo conocer del nacimiento ocurrido en la casa de ella". Por su lado, Leonardo Oscar Papasso (fs. 549) relató que nunca supo que en su casa había ocurrido un nacimiento y agregó que, a pesar de haber tenido tres años de edad, por la trascendencia del hecho se lo habrían manifestado.

El hecho de que en el historial familiar de la fa-

Procuración General de la Nación

milia Papasso-Lamerato no se registre como recuerdo o anécdota un hecho tan trascendente como un nacimiento ocurrido en el domicilio familiar constituye otro indicio de importancia que permite dudar acerca de que en ese domicilio se haya, efectivamente, producido el nacimiento de Emiliano Matías Prieto.

Finalmente, queda por hacer referencia a dos circunstancias que por su trascendencia no pueden dejar de valorarse.

Guillermo Antonio Prieto prestó funciones como suboficial de la Armada en momentos en los que las fuerzas armadas se encontraban usurpando los poderes públicos, y el hecho investigado se produjo en el período en el cual el régimen militar perpetró las masivas violaciones a los derechos fundamentales, a las que se ha hecho alusión, entre las cuales la práctica de secuestro de menores constituyó un hecho destacado. Por otro lado, no se puede dejar de lado el hecho de que el matrimonio Prieto-Gualtieri Rugnone tuvo dos hijos y que ambos nacieron en domicilios particulares. En tal sentido, si era extraño para aquella época la existencia de nacimientos en domicilios particulares, lo es más que un mismo matrimonio haya tenido dos hijos en las mismas circunstancias extraordinarias (el hecho que involucra a Guillermo Gabriel Prieto se investiga en causa separada en el mismo Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nº 1 de la Capital Federal en los autos que llevan el número 10.129/2000).

Así, el grado de sospecha que fundamenta el cuadro de indicios serios, precisos y concordantes con que se cuenta en autos supera con mucho aquél que, conforme a criterios de proporcionalidad, legitima la perturbación ínfima e inofensiva que representa la extracción de unos pocos centímetros de

sangre, y que, como se expondrá, en derecho comparado, se satisface con la mera sospecha inicial que basta para la apertura de un procedimiento instructorio.

-X-

Por último, también se halla satisfecha la exigencia de que la injerencia en la integridad corporal del afectado guarde una razonable proporción con la gravedad del hecho investigado. La medida ha sido dispuesta para el esclarecimiento de delitos sumamente graves, como son la sustracción, retención y ocultamiento de un menor de diez años, la supresión del estado civil, y diversas falsedades documentales en instrumentos públicos destinados a acreditar la identidad.

Además, como se expuso, el análisis del presente caso tampoco puede prescindir de la consideración de que el hecho investigado constituye un crimen contra la humanidad que, precisamente en atención a su gravedad, el Estado nacional tiene el deber irrenunciable de investigar y sancionar.

En conclusión, la extracción de la muestra de sangre ordenada por los magistrados guarda, también en el caso concreto, una razonable proporción con la necesidad de asegurar el interés general en la investigación y el castigo de los delitos que son objeto de esta causa.

-XI-

Establecido lo anterior, estimo de mucha utilidad traer a colación un valioso antecedente de derecho comparado que permitirá confirmar la conclusión a la que aquí se ha arribado. Me refiero al § 81 de la Ordenanza Procesal Penal alemana y a los criterios que, en el marco de la interpretación de esa norma, han elaborado la doctrina y la jurisprudencia de ese país como modo de dar respuesta a las mismas

Procuración General de la Nación

cuestiones que ahora nos ocupan. Se trata de una comparación pertinente, pues la norma que se toma como referencia se inserta en una regulación de derecho procesal penal moderno basado en los mismos principios constitucionales que informan nuestro ordenamiento jurídico.

La ley alemana distingue los "exámenes corporales" de las "intervenciones corporales". Las primeras consisten básicamente en la comprobación, por percepción sensorial, del estado que presenta el cuerpo o determinadas partes del cuerpo, la existencia de cuerpos extraños en las cavidades naturales y el estado psíquico del examinado. En cambio, las intervenciones corporales se diferencian de las anteriores porque conllevan una lesión en el cuerpo, aun cuando ésta pueda ser ínfima, como sucede cuando se extrae componentes naturales del cuerpo (como, p. ej., sangre, orina, esperma) o se introduce en el cuerpo sustancias o se interviene, de cualquier otro modo, en el interior del cuerpo (cf. Dahs, Hans, en: Löwe/Rosenberg/Dahs, Strafprozeßordnung, I, 24. ed., W. de Gruyter, Berlín, 1987, § 81a, núms. 15 y 22 y ss.; Meyer-Goßner, Lutz, en: Strafprozeßordnung, StPO, 44ª ed., Beck, Munich, 1999, § 81a, núms. 9 y 15).

El § 81a, párrafo primero, de la Ordenanza Procesal Penal faculta al juez (y excepcionalmente al fiscal) a ordenar el examen corporal del imputado cuando ello es necesario para la comprobación de hechos que son de relevancia para el proceso y, con el mismo fin, autoriza también la extracción de una muestra de sangre y otras intervenciones corporales de práctica usual por parte de los médicos, sin el consentimiento del imputado, cuando no cabe temer ningún perjuicio para su salud.

Tomando en cuenta los reparos de que fue objeto esta disposición por su amplitud ilimitada, el Tribunal Cons-

titucional alemán (BverfGE) expresó que una interpretación conforme a la Constitución del § 81a conduce a que el juez deba evaluar, en cada caso, si la medida, además de necesaria, guarda una razonable proporción con la gravedad del hecho investigado y con el grado de sospecha sobre su comisión (principio de proporcionalidad; BVerfGE 16, 194; 17, 117; 47, 239).

Es preciso destacar que si bien por aplicación de este principio se predica que cuanto más grave es la medida, mayor debe ser el grado de sospecha exigido, la mera extracción de una muestra de sangre es considerada tan inofensiva, si se lleva a cabo por un médico, que según la doctrina y la praxis alemanas puede ser ordenada ya con que exista la sospecha inicial que basta para la apertura de un sumario y para el esclarecimiento de un hecho leve, incluso una contravención (cf. Dahs, Hans, op. cit., § 81a, núms. 23 y ss., 25 y 28 y ss.; Meyer-Goßner, Lutz, op. cit., núm. 18).

Ésta es también la lógica de pensamiento que se halla en la base de la norma que aquí interesa, el § 81c de la Ordenanza Procesal Penal alemana, que establece los exámenes e intervenciones corporales que pueden ser realizadas sobre el cuerpo de una persona no imputada, con restricciones en atención a esta circunstancia que no afectan, sin embargo, a la extracción compulsiva de sangre, cuya admisibilidad está fuera de toda duda.

Así, en un primer párrafo, el § 81c establece que sólo pueden ser examinadas, sin su consentimiento, personas que pueden ser consideradas potenciales testigos (principio testifical), y en la medida en que, para la averiguación de la verdad, sea necesario comprobar si en su cuerpo se halla un determinado rastro o consecuencia de un hecho punible (principio del rastro). A su vez, en el párrafo segundo, el §

Procuración General de la Nación

81c autoriza la realización de exámenes corporales para establecer la ascendencia, así como también la extracción de sangre a cualquier persona no imputada, sin su consentimiento, cuando no cabe temer ningún perjuicio para su salud y la medida es imprescindible para la averiguación de la verdad.

Como se puede apreciar, la ley alemana protege la integridad corporal de las personas no sospechosas con mayor intensidad que la del imputado. Por un lado, el § 81c, en su párrafo primero, restringe el círculo de personas obligadas a tolerar un examen corporal (principio testifical) y circunscribe también el fin para el que puede ser ordenado (principio del rastro). A su vez, la extracción de sangre es la única intervención corporal que autoriza, sin el consentimiento del afectado, en el párrafo segundo. Sin embargo, aún en el marco de esta mayor protección, la extracción de sangre y los exámenes para establecer la ascendencia también pueden ser ordenados respecto de personas que no entran en la categoría de potenciales testigos y para la comprobación de cualquier circunstancia de relevancia para la investigación (párrafo segundo). Es decir, que con relación a estas medidas no rigen ni el principio testifical ni el principio del rastro, sino el más genérico de esclarecimiento (cf. Dahs, Hans, op. cit., § 81c, núms. 3, 12 y ss., y 23; Rogall, Klaus, op. cit., § 81c, núms. 1 y ss., 19; Meyer-Goßner, Lutz, op. cit., § 81c, núm. 18; Pelchen, en: AAVV, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung*, ed. Beck, Munich, 1982, § 81c, núms. 1 y ss.), y ello es así pues en los casos de falso testimonio en juicios alimentarios -que son los que tuvo fundamentalmente en cuenta el legislador alemán al modificar en 1953 esta norma- ni el niño que debe tolerar la extracción puede ser considerado testigo del delito de falso testimonio, ni la sangre puede ser considerada rastro o consecuencia de ese hecho punible (cf..

Dahs, Hans, op. cit., § 81c, núm. 24; Rogall, Klaus, op. cit., § 81c, núm. 11).

En cuanto al requisito de necesidad, se considera, en relación con los exámenes corporales del párrafo primero, que son necesarios no sólo cuando no hay ningún otro medio de prueba alternativo, sino incluso cuando los demás medios probatorios disponibles no permiten el esclarecimiento del hecho con la seguridad requerida, o no se puede descartar que vayan a perder eficacia, por ej., porque el autor podría retractar la confesión que ha brindado (cf. Meyer-Goßner, Lutz, op. cit., § 81c, núm. 15; Dahs, Hans, op. cit., § 81c, núm. 17; Rogall, Klaus, op. cit., § 81c, núm. 29). Y respecto de la extracción de sangre y los exámenes corporales que la ley autoriza, en el párrafo segundo, bajo la condición de que sean imprescindibles, se sostiene que ese requisito se halla cumplido cuando no es posible averiguar la verdad sin practicar alguna de esas medidas y, en especial, cuando las pruebas ya producidas, tras una ponderación razonable, aún dejan dudas. Además, tampoco se requiere que primero hayan sido utilizadas y descartadas, por insuficientes, todas las demás alternativas probatorias antes de que puedan entrar en consideración las medidas del § 81c, párrafo segundo. En cambio, sólo se las considera inadmisibles cuando la situación ya ha sido esclarecida y sólo se busca la confirmación de conocimientos ya adquiridos (cf. Dahs, Hans, op. cit., § 81c, núm. 26; Rogall, Klaus, op. cit., § 81c, núm. 38; Meyer-Goßner, Lutz, op. cit., § 81c, núm. 18; Pelchen, op. cit., § 81c, núm. 5).

Por lo demás, el § 81c introduce otras limitaciones vinculadas con el principio de proporcionalidad, al disponer que las medidas autorizadas en los párrafos anteriores de esa norma -entre ellas la extracción compulsiva de sangre- "pueden

Procuración General de la Nación

ser rehusadas por las mismas razones que puede ser rehusado el testimonio" (párrafo tercero). Y también dispone que "no son admisibles cuando, por apreciación de todas las circunstancias, no pudieran serle exigidas al afectado" (párrafo cuarto).

Respecto de la cláusula de inexigibilidad del párrafo cuarto, se afirma que el afectado no tiene por qué tolerar la aplicación de métodos que no satisfacen las reglas vigentes de la ciencia aunque no haya que temer un daño en la salud, ni medidas que sin ser lesivas para la salud son excesivamente molestas o contrarias a la dignidad de la persona. También se acepta que la inexigibilidad puede provenir de las circunstancias personales del afectado, como su edad o su estado de salud, que pueden hacer peligrosa una medida que de otro modo sería admisible. En cambio, las características físicas especiales u otras peculiaridades en el estado o el comportamiento de una persona sólo son tomados en cuenta cuando tienen valor de enfermedad; en particular, se considera que la llamada "fobia al pinchazo" no excluye la exigibilidad. En lo que atañe a las consecuencias, se afirma que ni la amenaza ni la certeza de ver afectado el honor o de perder un pleito civil (como consecuencia p. ej. de un juicio de filiación o de alimentos), ni el peligro de sufrir un perjuicio patrimonial, tienen aptitud suficiente para tornar inexigible una medida, por caso, una extracción de una muestra de sangre o cualquier otro examen para establecer la ascendencia (cf. Rogall, Klaus, op. cit., § 81c, núms. 74 y ss.; Meyer-Goßner, Lutz, op. cit., § 81c, núms. 17 y ss.; Dahs, Hans, op. cit., § 81c, num. 27 y ss.).

Ciertamente, la enumeración no es taxativa, pero lo que sí está claro es que la relación de parentesco próximo con el imputado no es uno de los casos tradicionales en los que se

ha considerado plausible postular la inexigibilidad de una medida, sino que el legislador alemán -siguiendo el criterio de que las excepciones al deber de atestiguar deben estar expresamente previstas- las ha contemplado en un párrafo específico y con límites bien precisos.

En efecto, como ya se expresó, el § 81c, tercer párrafo, reconoce a la persona no imputada el derecho de rehusarse a tolerar la extracción de una muestra de sangre en los mismos casos en que el § 52 permite al testigo rehusar su testimonio. El fundamento en ambos casos es el mismo: se quiere evitar el conflicto que implica tener que contribuir en la persecución penal de un familiar cercano (cf. Rogall, Klaus, op. cit., previo al § 48, núm. 149, y § 81c, núms. 41 y ss.; Dahs, Hans, op. cit., § 81c, núms. 30 y ss.; Meyer-Goßner, Lutz, op. cit., § 81c, núm. 23; Pelchen, op. cit., § 81c, núm. 10). Las personas facultadas para oponerse a la extracción de sangre quedan circunscriptas a las mencionadas en el § 52, que durante mucho tiempo reconoció el privilegio de abstenerse a declarar, por este motivo, sólo a: 1) el prometido del imputado; 2) el cónyuge del imputado, aunque el matrimonio haya sido disuelto; y 3) el pariente del imputado en línea recta por consanguinidad o afinidad o por adopción, o en la línea colateral hasta el tercer grado por consanguinidad o segundo grado por afinidad, aunque el matrimonio en que se funda la afinidad haya sido disuelto. Precisamente con relación a esta norma se ha discutido y rechazado la posibilidad de aplicarla analógicamente a otras situaciones no previstas por el legislador. Los argumentos los expone con claridad Hans Dahs, en el conocido y famoso Comentario a la Ordenanza Procesal Penal alemana, de Löwe-Rosernberg, citado ya en varias ocasiones:

"En tiempos de nuevas formas de convivencia -dice

Procuración General de la Nación

este autor- surge la pregunta acerca de si el ámbito de protección del § 52 realmente sólo debe abarcar relaciones reconocidas por el derecho de familia o si debe ser extendido a otras relaciones de cercanía personal equiparables, con especiales conflictos de conciencia (por ej. convivencia no matrimonial, parejas de personas del mismo sexo), para lo que se han alegado motivos de peso. Sin embargo, se debe considerar que los derechos de abstenerse a declarar testimonialmente se hallan en una relación de tensión con el mandato constitucional de garantizar una efectiva administración de justicia penal, con el mandato de esclarecimiento judicial de los hechos y de practicabilidad de la recepción de la prueba en el proceso penal. Por ello el legislador, por buenas razones, ha agrupado a las personas facultadas a rehusar su testimonio con los motivos que en cada caso justifican la oposición en forma de *numerus clausus* en los §§ 52 y ss., y las ha circunscripto y delimitado exactamente en referencia a actos jurídicos formalizados y a estructuras. De acuerdo con ello, los criterios procesales determinantes son fácilmente comprobables por los tribunales (con excepción del compromiso matrimonial, de todos modos raro hoy en día) y en general no suscitan problemas de interpretación. La redacción de las disposiciones legales no brinda punto de partida para una aplicación analógica. Por ej., el hecho de que, en un interrogatorio como testigo, una estrecha amistad puede conducir a mayores conflictos de conciencia que un matrimonio que ya ha sido disuelto (hace décadas) también era conocido por el legislador histórico. Por ello, prescindiendo de casos particulares reconocidos constitucionalmente, una extensión a relaciones personales equiparables debe quedar a cargo del legislador, quien está llamando a analizar si es necesario adaptar las disposiciones jurídicas tradicionales a situaciones de vida

(considerablemente) modificadas" (cf. Dahs, Hans, op. cit., 25 ed., 1999, § 52, núm. 17; en igual sentido, Pelchen, op. cit., § 52, núm. 11).

Y, confirmando este punto de vista, ha debido ser el propio legislador alemán quien finalmente receptara una de estas nuevas formas de relación, introduciendo un nuevo inciso (2a) al § 52, en el que se le reconoce el derecho de rehusar el testimonio y, por tanto, también una extracción de sangre a: "el compañero de vida del imputado, aunque la comunidad de vida haya sido disuelta" (artículo 3, § 18, Ley del 16.2.2001).

-XII-

Como se señaló en el acápite II de este dictamen, el apelante también tachó de arbitraria la resolución, aduciendo que los jueces no se pronunciaron sobre la inadmisibilidad de la prueba ordenada a la luz de lo establecido por los artículos 163, 278 y concordantes del Código de Procedimientos en Materia Penal.

No obstante, también aquí hay que recordar que la resolución por la que la Juez de instrucción ordenó practicar la medida (fs. 457) quedó firme con el dictado de la sentencia de V.E. del 29 de septiembre de 1998 (fs. 164 del incidente de apelación N° 13.625), y que la vía recursiva que originó el presente incidente se dirige, en realidad, a uno de los tantos decretos por los cuales la magistrado intentó ejecutar lo resuelto, intimando a Emiliano Matías Prieto a presentarse en el Banco Nacional de Datos Genéticos (cf., supra, acápite III de este dictamen).

Precisamente, atendiendo a estas circunstancias es que el a quo rechazó primero la queja por apelación denegada y, luego, con remisión al dictamen de la representante de este

Procuración General de la Nación

Ministerio Fiscal, el recurso extraordinario, al considerar que la cuestión que se pretendía someter a su conocimiento ya había sido resuelta por ese tribunal e, incluso, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de modo que se trataba de un tema ya decidido.

Desde esta perspectiva, entonces, también este agravio resultaba insustancial, en tanto se refería a un punto que ya había sido resuelto y que, por ende, los jueces pudieron entender que no tenían obligación de tratarlo (Fallos: 316:1873 y 318:2678, entre muchos otros).

Por lo demás, aun cuando se dejara de lado este óbice, lo cierto es que el recurso adolece en lo que atañe a este agravio de un defecto de fundamentación que determinaría también su improcedencia.

En efecto, en lo sustancial, luego de una transcripción del contenido de los artículos 163, 277, 278, 280 del Código de Procedimientos en Materia Penal, así como del artículo 185 del Código Penal, y de mencionar el fin tuitivo del núcleo familiar que informaría esas normas, el recurrente había postulado que "no sería pues irrazonable admitir por vía de analogía que si una persona no puede testificar contra otra, por razón de parentesco, tampoco pueda ser objeto de prueba material de cargo contra esa misma persona. De lo contrario, no se cumpliría la finalidad de las normas expuestas en cuanto a la mayor ponderación del grupo familiar por encima del descubrimiento de la verdad material, y se verificaría una incongruencia en el conjunto normativo, lo cual no cabe presumir".

Ahora bien, el argumento del recurrente equivale a sostener que así como una persona puede abstenerse de declarar como testigo en contra de un pariente próximo, así también podría rehusar otras medidas probatorias por aplicación de un

principio inmanente al sistema en virtud del cual nadie debería ser obligado a colaborar, ni siquiera tolerando una injerencia en su ámbito de derechos, en la persecución penal de un pariente cercano. Al respecto, si bien es cierto que el apelante limita su pretensión a la extracción de sangre, también lo es que por la generalidad con la que está formulada la analogía -con base únicamente en la necesidad de proteger el vínculo familiar- nada impediría hacerla extensiva a otras pruebas con tal que pudieran incriminar a un pariente próximo, de modo que, de aceptarse este argumento, debería reconocerse, por analogía, la existencia de un derecho a oponerse no sólo a una extracción de sangre, sino también a una inspección corporal, a un registro domiciliario, a una requisa personal, al secuestro de objetos, a la interceptación de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, etc., en los mismos casos en que una persona puede rehusar su testimonio por razones de familia.

Sin embargo, más allá de proponer aquella analogía, el apelante no explica ni desarrolla argumentación alguna tendiente a demostrar cómo se conciliaría una regla semejante con una tradición jurídica que nunca ha conocido una traslación automática de esa índole, y una praxis legislativa que cuando ha querido extender el derecho de abstención del testigo a otras medidas de prueba lo ha dispuesto expresamente, como es el caso del artículo 232 del Código Procesal Penal vigente, que establece que la orden de presentación de objetos o documentos "no podrá dirigirse a las personas que puedan o deban abstenerse de declarar como testigos por razón de parentesco, secreto profesional o de Estado".

Tampoco observo esfuerzo alguno por explicar de qué modo la analogía que propone habría de insertarse sin fricciones en la lógica de un sistema (i) en el cual se ha afir-

Procuración General de la Nación

mado que el derecho a no colaborar en la propia persecución (artículo 18 de ley fundamental) sólo abarca las declaraciones y no los casos en que el imputado es objeto de prueba (Fallos: 255:18; 318:2518; 320:1717); (ii) en el que la ley, de manera concordante, circunscribe también el derecho a no colaborar en la persecución de parientes próximos a las declaraciones testimoniales (artículos 163, 278, 279 y 280 del código derogado y 242 y 243 del vigente); y (iii) en el cual el legislador, cuando ha querido apartarse de esta regla, lo ha hecho en forma expresa y siempre en relación con quehaceres que requieren de la libre voluntad del agente (artículo 232 recién citado), pero nunca en casos en que cabe prescindir de esa voluntad, como cuando el afectado es objeto de prueba pericial (cf. artículo 218 del código actual).

Por último, teniendo en cuenta que la relación de parentesco que se invoca es precisamente la que se encuentra cuestionada, pienso que el apelante debió también fundar la procedencia de la norma en que basa su analogía respecto de los imputados. Pues si bien es cierto que desde un punto de vista estrictamente formal aún subsiste su actual estado de familia, también lo es que el documento que se tacha de falso, y en el que reside el objeto de la acusación penal, no puede servir de prueba misma de su autenticidad, pues de lo contrario no podría ser nunca materia de imputación en un proceso penal. De modo que también este aspecto merecía, a mi juicio, tratamiento en el escrito que contiene el recurso, máxime en vista de las reglas específicas contenidas en el Código de Procedimientos en Materia Penal, que no sólo establece que los instrumentos públicos constituyen plena prueba "a menos que sean enervados por otras pruebas" (artículo 349 del citado cuerpo legal), sino que habilita asimismo al juez a declarar falso en todo o en parte al instrumento público

atacado de falsedad (artículo 609 del citado código).

En conclusión, a falta de una norma expresa que autorice la extensión pretendida -como la regla del § 81c, tercer párrafo, del de la Ordenanza Procesal Penal alemana, ya comentada- no advierto que el recurrente haya demostrado adecuadamente la identidad de razón para la analogía que propugna, ni tampoco que haya fundado mínimamente su plausibilidad en términos de conformidad con la lógica del sistema. En lo que atañe a este agravio, el recurso no cumple entonces, a mi juicio, el requisito de adecuada fundamentación (artículo 15 de la ley 48), pues V.E. tiene reiteradamente dicho que para la procedencia del recurso extraordinario no basta la aserción de una determinada solución jurídica si ella no está razonada y constituye agravio concretamente referido a las circunstancias del caso (Fallos: 302:1564; 308:2263 y 312:587).

-XIII-

Estimo entonces que corresponde concluir que la medida dispuesta no acarrea violación alguna a los derechos y garantías constitucionales, en tanto concreta una razonable y proporcionada restricción de los derechos de la presunta víctima, que encuentra justificación en la necesidad de salvaguardar el deber estatal de investigar y sancionar graves violaciones de los derechos humanos.

Es que reitero, no sólo está aquí en juego la averiguación de la identidad biológica de un sujeto. Nos encontramos ante la posible comisión de un crimen contra la humanidad cuya dilucidación depende -en gran medida- de la extracción de una pequeña muestra de sangre de una posible víctima. Es desde esta perspectiva incorrecto afirmar que el caso se reduce a un conflicto de derechos entre una persona que

Procuración General de la Nación

pretende proteger su intimidad y el Estado que busca investigar un delito. Como se fundamentó, esta interpretación deja de lado toda consideración sobre los derechos de los familiares que siguen siendo víctimas del crimen de desaparición forzada de personas, hasta que no se lleven a cabo todas las medidas jurídicamente posibles tendientes a su investigación.

En definitiva, es crucial determinar si Emiliano Matías Prieto es desaparecido y, para ello, es necesario llevar a cabo la medida de coerción personal que ha sido ordenada en autos.

-XIV-

Por todo ello, opino que sólo corresponde hacer lugar a la queja y declarar formalmente procedente el recurso extraordinario en lo referido al agravio vinculado con la admisibilidad de la extracción de sangre ordenada (acápites VII, VIII, IX y X), y confirmar la decisión impugnada.

Buenos Aires, 7 de septiembre de 2006.

ES COPIA

ESTEBAN RIGHI