

## SESIONES ORDINARIAS

2009

# ORDEN DEL DIA N° 2113

### COMISIONES DE LEGISLACION PENAL Y DE DERECHOS HUMANOS Y GARANTIAS

Impreso el día 26 de octubre de 2009

Término del artículo 113: 4 de noviembre de 2009

SUMARIO: **Código** Procesal Penal de la Nación. Incorporación del artículo 218 bis, sobre obtención del ácido desoxirribonucleico –ADN– del imputado o de otra (24.-P.E.-2009).

- I. **Dictamen de mayoría.**
- II. **Dictamen de minoría.**
- III. **Dictamen de minoría.**
- IV. **Dictamen de minoría.**

#### I

#### Dictamen de mayoría

*Honorable Cámara:*

Las comisiones de Legislación Penal y de Derechos Humanos y Garantías han considerado el mensaje 1.242 y proyecto de ley del 10 de septiembre de 2009 por el que se incorpora el artículo 218 bis del Código Procesal Penal de la Nación, sobre obtención del ácido desoxirribonucleico –ADN– del imputado o de otra persona; y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, aconsejan su sanción.

Sala de las comisiones, 21 octubre de 2009.

*Nora N. César. – Remo G. Carlotto. – Hugo R. Perié. – Juan C. D. Gullo. – María A. Carmona. – Victoria A. Donda Pérez. – Lía F. Bianco. – Susana M. Canela. – Stella M. Córdoba. – Rosa L. Chiquichano. – Viviana M. Damilano Grivarello. – María G. de la Rosa. – Patricia S. Fadel. – Emilio A. García Méndez. – Alberto Herrera. – Miguel A. Iurrieta. – Carlos M. Kunkel. – Ana Z. Luna de Marcos. – Julia A. Perié. – Héctor P. Recalde. – Jesús F. Rejal. – Alejandro L. Rossi. – Silvia E. Sapag. – Adela R. Segarra. – Gladys B. Soto.*

En disidencia total:

*Hugo R. Acuña. – Nora R. Ginzburg.*

#### PROYECTO DE LEY

*El Senado y Cámara de Diputados, ...*

Artículo 1° – Incorpórase como artículo 218 bis al Código Procesal Penal de la Nación, el siguiente:

Artículo 218 bis: Obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN). El juez podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) del imputado o de otra persona, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación.

Para tales fines, serán admisibles mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas, a efectuarse según las reglas del saber médico, cuando no fuere de temer perjuicio alguno para la salud de la persona sobre la que deba efectuarse la medida, según la experiencia común y la opinión del experto a cargo de la intervención.

La misma será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su género y cualquier otra circunstancia particular.

Si el juez lo estimare conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la obtención de ADN por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro domiciliario o la requisita personal.

Asimismo, cuando se deba obtener ADN de la presunta víctima del delito, la medida ordenada se practicará teniendo en cuenta tal condición, a fin de evitar su revictimización y resguardar los derechos específicos que detenta. A tal efecto, si la víctima se opusiera a la realización de las medidas indicadas en el segundo párrafo, el juez procederá preferentemente

te del modo indicado en el cuarto párrafo. En ningún caso regirán las prohibiciones del artículo 242 y la facultad de abstención del artículo 243.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER.

*Aníbal D. Fernández. – Julio C. Alak.*

FUNDAMENTOS DE LA DISIDENCIA  
TOTAL DE LA SEÑORA DIPUTADA NORA  
GINZBURG, EXPEDIENTE 24-P.E.-09.  
INCORPORACION DEL ARTICULO 218 BIS  
DEL CODIGO PROCESAL PENAL DE LA  
NACION, SOBRE OBTENCION DE ACIDO  
DESOXIRRIBONUCLEICO –ADN– DEL  
IMPUTADO O DE OTRA PERSONA.

Señor presidente:

Por la presente vengo a fundamentar la disidencia total con el proyecto del expediente 24-P.E.-09 en función de los siguientes argumentos.

Todo lo expuesto en los fundamentos del proyecto en cuestión no es más que una forzada cadena de silogismos, cuyo spendio sólo indica la sinrazón de la pretensión.

Concretamente la cita de precedentes internacionales es una mera interpretación caprichosa, que se adapta a cualquier derecho que se pretenda, y en modo alguno específicamente al que aquí se plantea. Bien podrían ser usados, también, para fundamentar la disidencia que formulo.

Como han dicho los tribunales nacionales como los internacionales, y es harto conocido para quienes ejerzan el derecho, los procedimientos llevados a cabo en un expediente judicial no son prácticas aisladas, casuales y antojadizas, sino que siempre deben encontrar fundamento en el resguardo de la defensa en juicio, en la protección de los derechos humanos, y entre éstos, obviamente, el derecho a la intimidad.

Ningún fin superior de esclarecer la verdad del proceso, puede en caso alguno vulnerar tales principios primordiales.

En el supuesto concreto son de aplicación el Pacto de San José de Costa Rica, cuando en su artículo 5°, punto 1 sostiene que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, como también el artículo 11, inciso 1 que expresa que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su dignidad, y en el punto 2 en el sentido de que nadie puede ser objeto de injerencias abusivas en su vida privada, y tampoco en su domicilio.

En 2003, ante la negativa de Evelyn Vázquez Ferrá (nacida 26 años antes en la ESMA) de prestar consentimiento para la extracción de sangre, la Corte Suprema sostuvo que el Estado no puede obligar a la víctima, mayor de edad, a dar su sangre para conocer su verdadera identidad y utilizar ese dato para incriminar a sus supuestos apropiadores.

Con posterioridad, en el caso “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/sustracción de menores de 10 años (artículo 146)” el más alto tribunal de la Nación estableció la inviabilidad de extracción de sangre compulsiva del adulto (ex menor) hijo de desaparecidos para constar su ADN (CSJN, Rta. el 18/11/09).

Téngase en cuenta el daño psicológico que se le puede producir a quien, precisamente, es la mayor víctima del aberrante delito de apropiación. Volverá a ser nuevamente víctima y muchas no quieren someterse a descubrir una nueva identidad. Es demasiado lo que deben soportar, y la extracción compulsiva puede ocasionar un grave daño a su salud, entendiéndose que la salud no es sólo el aspecto físico sino también el mental. Poco interesa, entonces, que se trate de una pequeña o gran cantidad de sangre la que se le extraiga para que el perjuicio se cause y es, precisamente, la persona que merece mayor protección y respeto en el proceso.

De ningún lado surge que se las pueda obligar, y mucho menos prestarse, como dijo la Corte, a involucrar a sus posibles captores. El argumento bastante esgrimido de que después tal víctima opte por lo que quiera hacer, es falaz, puesto que el daño emocional que sufra puede ser irreversible, como también por nada podrá optar, puesto que en caso afirmativo sus captores serán irremediamente sometidos a proceso penal, sin que los deseos de la apropiada puedan ser tenidos en cuenta para nada. Ello, por tratarse de un delito de lesa humanidad, imprescriptible y por el que procede la acción penal de oficio.

Por otra parte, de todo nuestro plexo normativo se desprende que el imputado jamás podrá ser sometido a apremio alguno. Así es como puede negarse a declarar y a integrar una rueda de reconocimiento (acto este último que contiene las características de una declaración indagatoria).

Más aún, el artículo 74 del Código Procesal Penal de la Nación consigna: “La identificación se practicará por las generales del imputado, sus impresiones digitales y señas particulares, por medio de la oficina técnica respectiva, y cuando no sea posible porque el imputado se niegue a dar sus generales o las dé falsamente, se procederá a su identificación por testigos, en la forma prescrita para los reconocimientos por los artículos 270 y siguientes, y por los medios que se juzguen oportunos”.

De ninguna afirmación de este artículo se desprende que el juez pueda utilizar en la ocasión alguna fuerza o coacción sobre el imputado.

Téngase en consideración que el magistrado tiene tan sólo 10 horas para resolver la soltura o la continuación de la detención del imputado. En el primer caso, si éste tuviera un prontuario que la obstaculizaría, incurrirá en el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público, y, en el segundo, cuando mantuviera su detención por no haberlo identificado y resultare que carecía de antecedentes, en un abuso de autoridad.

Ni en esta situación tan delicada y apremiante se autoriza al juez a identificar compulsivamente al imputado; no puede pensarse que de esta forma pueda extraérsele sangre a una víctima, ya que se estaría invadiendo su privacidad y conllevaría un grave agravio a su dignidad de persona: de víctima la estarían convirtiendo en sospechosa.

Por las razones expuestas, adelanto mi voto por la negativa.

*Nora R. Ginzburg.*

#### FUNDAMENTOS DE LA DISIDENCIA TOTAL DEL SEÑOR DIPUTADO HUGO R. ACUÑA

Dejando a salvo la gravedad de los delitos de lesa humanidad, este proyecto discrimina a otros delitos tan graves como éstos.

Semejante esfuerzo por poner los adelantos científicos al servicio de la investigación criminal, debería poder ser aprovechado para esclarecer todo tipo de delitos e identificar a toda la población por igual.

Asimismo, la información obtenida a través de estos métodos debería integrar los ya existentes registros de reincidencia y de las personas, tal como lo propuse con los expedientes 5.256-D.-2008 (reincidencia) y 5.604-D.-2008 (Renaper).

En ellos propuse optimizar los ya existentes Registro de Reincidencia y Estadística Criminal (incluyéndole a éste uno de víctimas de delitos y autores NN de delitos) y de Registro Nacional de las Personas.

En ambos, deberían incorporarse, entre otros datos antropométricos, físicos y fisonómicos de las personas vivas y muertas, la huella genética digitalizada, el grupo sanguíneo y factor RH.

Este tipo de emprendimiento genético debe ser de utilidad a toda la población, tanto con fines de identificación de personas vivas o muertas, de búsqueda de personas, o de investigación criminal y judicial toda.

Esta misma discusión se dio cuando debatimos sobre la creación de un nuevo registro para incluir datos de violadores condenados.

Gran preocupación me genera la prescripción del artículo 1° en donde dice que: “En caso de negativa del destinatario de la misma, la autoridad deberá practicar todas las diligencias que resulten conducentes para la obtención de las muestras necesarias.” Esto implica poner en cabeza de la víctima, la obligación de declarar en su contra, en contra de sus parientes, o los que crea que lo son, y la invasión de su intimidad para la obtención de pruebas; todos datos de la garantía del debido proceso que sostiene nuestro derecho constitucional.

Inclusive, el juez actuante podrá avanzar en la obtención del material de identificación genética, por otros medios, contra la voluntad expresa de la supuesta víctima.

Por lo expuesto, no puedo más que disentir en forma total con la propuesta oficial, y solicitar una vez más la aprobación de los proyectos mencionados.

*Hugo R. Acuña.*

#### INFORME

*Honorable Cámara:*

La comisiones de Legislación Penal y de Derechos Humanos y Garantías, al considerar el mensaje 1.242 y proyecto de ley del 10 de septiembre de 2009 por el que se incorpora el artículo 218 bis del Código Procesal Penal de la Nación, sobre obtención del ácido desoxirribonucleico –ADN– del imputado o de otra persona, aconsejan su sanción.

*Nora N. César.*

#### II

#### Dictamen de la minoría

Las comisiones de Legislación Penal y de Derechos Humanos y Garantías han considerado el mensaje 1.242 del 10 de septiembre de 2009, expediente 24-P.E.-09 y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, aconsejan la sanción del siguiente

#### PROYECTO DE LEY

*El Senado y Cámara de Diputados, ...*

Artículo 1° – Se sustituye el artículo 218 del Código Procesal Penal de la Nación por el siguiente:

Artículo 218: En caso de absoluta necesidad, el juez o la jueza podrá proceder y/o disponer la inspección corporal y el estudio de las capacidades mentales de la persona imputada, garantizando que estas prácticas sean realizadas del modo menos lesivo y con el debido cuidado de su pudor, teniendo en especial consideración su género y cualquier otra circunstancia que en la práctica haga a un estado de mayor vulnerabilidad.

En los casos de grave y fundada sospecha o de absoluta necesidad, y con la misma limitación establecida en el párrafo anterior, podrá disponer igual medida respecto de otra persona.

En caso necesario, la inspección podrá practicarse con el auxilio de peritos.

En todos los casos estará presente el defensor o alguien de confianza de la persona examinada, salvo expresa negativa de la misma, quien deberá ser advertida previamente de sus derechos.

Art. 2° – Se incorpora como artículo 218 bis al Código Procesal Penal de la Nación el siguiente texto:

Artículo 218 bis: *Obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN).* El juez o la jueza podrá

ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) de la persona imputada cuando ello fuere imprescindible para su identificación.

Para tal fin serán admisibles mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas, siempre que la obtención de cualquiera de ellas sea consentida de modo fehaciente y no implique riesgo alguno para la salud física ni la integridad emocional de la persona afectada.

En caso de negativa de la persona imputada, el juez o la jueza podrá ordenar la obtención de ADN por medios distintos a la inspección corporal, tales como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo. La o las medidas ordenadas deberán llevarse a cabo del modo menos lesivo para la o las personas afectadas, con el debido cuidado de su pudor y teniendo en especial consideración su género y cualquier otra circunstancia que en la práctica haga a un estado de mayor vulnerabilidad.

La obtención de ADN de la presunta víctima o de cualquier otra persona relacionada con ésta, ya sea por inspección corporal o por otros medios, sólo podrá realizarse con su consentimiento fehaciente, manifestado ante su representante legal y/o persona de su confianza. Cualquier medida en contrario será considerada nula, de nulidad absoluta.

Art. 3° – Se comunica al Poder Ejecutivo.

*Pedro J. Azcoiti. – Elisa B. Carca. – Claudia F. Gil Lozano. – Silvana M. Giudici. – Rubén O. Lanceta. – Norma E. Morandini. – Silvia Storni.*

## INFORME

*Honorable Cámara:*

No puede haber lugar para la duda respecto del deber del Estado argentino de perseguir y sancionar penalmente a responsables y cómplices de crímenes contra la humanidad y de graves violaciones a los derechos humanos, lo que se ve ratificado asimismo por los compromisos asumidos mediante la celebración de pactos internacionales.

Ahora bien, tal obligación de investigar del Estado, si bien es irrenunciable, debe compatibilizarse con el principio de protección de los derechos de las víctimas, extremo que aparece sin dudas también consagrado por el derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, el Estado argentino debe adoptar todas las medidas necesarias para efectuar tales procedimientos sin afectar la integridad física y emocional de las presuntas víctimas.

La disidencia que habrá de plantearse al expediente 24-P.E.-2009 que establece la incorporación del artículo 218 bis al Código Procesal Penal de la Nación tiende precisamente a proteger los derechos de la presunta víctima del delito.

En efecto, el proyecto de mención establece la facultad de disponer la obtención de ADN de la víctima del delito, aun mediando oposición de ésta. Así, el antepenúltimo párrafo de su artículo 1° que “asimismo, cuando se deba obtener ADN de la presunta víctima del delito, la medida ordenada se practicará teniendo en cuenta tal condición, a fin de evitar su revictimización y resguardar los derechos específicos que detenta. A tal efecto, si la víctima se opusiera a la realización de las medidas indicadas en el segundo párrafo, el juez procederá preferentemente del modo indicado en el cuarto párrafo.

”En ningún caso regirán las prohibiciones del artículo 242 y la facultad de abstención del artículo 243”.

Cabe hacer mención a que las medidas del segundo párrafo consisten en la extracción de sangre, saliva, piel, cabello del cuerpo de la víctima, en tanto que las medidas del cuarto párrafo se refieren a medios distintos o alternativos como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo de la víctima, para lo cual se habilita el registro domiciliario o requisita personal.

Así es entonces que, siguiendo los términos del proyecto, el juez o jueza tiene la facultad de ordenar la extracción compulsiva de sangre u otra medida invasiva sobre el cuerpo de la víctima, así como también proceder al secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo de la víctima, aun existiendo su expresa oposición. Y es este punto el que cuestionamos.

En las causas en las que se investigan las apropiaciones de hijos e hijas de personas víctimas de desaparición forzada, se plantea una compleja situación en la que aparecen una tensión extrema de valores y principios: 1) se ha cometido un crimen de lesa humanidad; 2) El Estado tiene el deber de sancionarlo; 3) deben resguardarse los derechos de todas las víctimas, los de la persona apropiada y los de sus familiares biológicos.

El Estado, como ya lo dijimos, tiene el deber de investigar, pero sin violar derechos individuales de las víctimas. Como sostuvo el voto de los doctores Zaffaroni y Lorenzetti en el fallo de la CSJN “Gualtieri Rugnone de Prieto y otros” del 11 de agosto de 2009 “...la pretensión punitiva del Estado –el llamado *jus puniendi*– no puede habilitar una coacción que lesione a ninguna víctima en forma grave y contra su voluntad invocando un nebuloso y abstracto interés social, o sea, adjudicándose la voluntad de todos los habitantes e incurriendo con ello en la identificación de Estado y sociedad, porque además de caer en una tesis autoritaria, en cualquier caso le está vedado incurrir en una doble victimización...”.

De tal forma, si la propia persona desaparecida, adulta y con total discernimiento, manifiesta su voluntad de negarse a conocer su identidad real, no puede cuestionarse tal decisión o bien atravesarla mediante la orden de un juez.

El Estado debe perseguir y castigar a los responsables de crímenes contra la humanidad, pero no puede, para

ello, implementar políticas y/o establecer un ordenamiento interno violatorio de los derechos y libertades.

La garantía protegida en el caso de quien, siendo adulto, se niega a conocer su identidad real, es la autonomía en la esfera de la individualidad personal protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Y no sólo deben protegerse las acciones realizadas en privado, sino también aquel ámbito en el que cada individuo es soberano para decidir respecto del estilo de vida que desea. Siguiendo lo expuesto por los doctores Lorenzetti y Zaffaroni, en el fallo antes citado "... Esa frontera, construida sobre las bases históricas más memorables de la libertad humana, no puede ser atravesada por el Estado, juzgando cuáles son las intenciones de quien se niega a averiguar su identidad en forma reiterada, siendo adulto y con total discernimiento. No puede haber otro juez que la propia persona afectada con competencia suficiente para juzgar las consecuencias que le acarrearía el esclarecimiento de su propia identidad...".

En definitiva, la decisión libre y voluntaria de la víctima en punto a su expresa oposición para la obtención de su ADN no puede, en modo alguno, ser superada por la decisión o injerencia estatal.

Ello fue asimismo ratificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente Vázquez Ferrá (*Fallos*, 326:3758) donde se reconoció el derecho de quienes pueden negar su testimonio, a no ser compelidos a someterse a una extracción de sangre a fin de obtener, mediante la invasión coactiva en el propio cuerpo, muestras destinadas a constituir prueba de cargo en contra de aquéllos a quienes la ley los autoriza a no inculpar con sus dichos. De igual forma, el secuestro de células ya desprendidas del cuerpo de la víctima, si existió oposición de ésta para aportar su ADN, tampoco puede ser dispuesto por un orden judicial, pues de esa forma también se vulnera su derecho a la intimidad. Si la víctima decidió no conocer su identidad real, el Estado no puede avanzar por sobre su decisión ordenando el secuestro de objetos de su pertenencia para la obtención del ADN.

Es que debe respetarse el derecho de la víctima a ser dejada en paz. Forzar a la víctima a prestar su cuerpo, o bien disponerse mediante el uso de la fuerza pública el secuestro de objetos que contengan células de la propia víctima, resultaría violatorio de sus respetables sentimientos y, en consecuencia, de su derecho a la privacidad tutelado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, a más de erigirse como una verdadera aberración y penosa escena la realización por medio de la fuerza de la medida a la cual se niega.

Honorable Cámara, en definitiva, nos oponemos a cualquier medida que suponga avanzar sobre la decisión personalísima de la víctima en punto a negar su voluntad para conocer su identidad. Toda medida coactiva dispuesta, sea invasiva en el cuerpo de la víctima o bien el secuestro de objetos personales para la obtención

de células, resulta absolutamente descalificable y no podemos compartirla bajo ningún argumento.

*Claudia F. Gil Lozano. – Pedro J. Azcoiti. – Elisa B. Carca. – Silvana M. Giudici. – Rubén O. Lanceta. – Norma E. Morandini. – Silvia Storni.*

### III

#### Dictamen de minoría

*Honorable Cámara:*

Las comisiones de Legislación Penal y de Derechos Humanos y Garantías han considerado el mensaje 1.242 y proyecto de ley del 10 de septiembre de 2009 por el que se incorpora el artículo 218 bis del Código Procesal Penal de la Nación, sobre obtención del ácido desoxirribonucleico –ADN– del imputado o de otra persona; y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, aconsejan la sanción del siguiente

#### PROYECTO DE LEY

*El Senado y Cámara de Diputados, ...*

Artículo 1° – Modifícase el artículo 218 del Código Procesal Penal de la Nación, el que quedará redactado del siguiente modo:

Artículo 218: Inspección corporal y mental. Cuando lo juzgue necesario, el juez podrá proceder a la inspección corporal y mental del imputado, cuidando que en lo posible se respete su pudor.

Podrá disponer igual medida respecto de otra persona, con la misma limitación, en los casos de grave y fundada sospecha o de absoluta necesidad.

En caso necesario, la inspección podrá practicarse con el auxilio de peritos.

Al acto sólo podrá asistir el defensor o una persona de confianza del examinado, quien será advertido previamente de tal derecho.

En ningún caso el juez podrá ordenar la extracción compulsiva de sangre, saliva, piel, cabello o de cualquier otra muestra biológica del cuerpo humano, en contra de la voluntad de la persona.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Sala de las comisiones, 21 de octubre de 2009.

*César A. Albrisi. – Juan C. Vega.*

#### INFORME

*Honorable Cámara:*

En relación al proyecto 24-P.E.-09, el dilema ético y jurídico que subyace en este proyecto de ley modificatoria del proceso penal argentino es el siguiente: qué valor debe prevalecer, qué bien jurídico debe priorizarse en caso de que la persona humana, la víctima y aun en su

caso, el victimario, se nieguen a la extracción compulsiva de sangre, saliva, o cualquier parte de su cuerpo a fin de investigar la verdad o su identidad real.

1. Un primer dilema se plantea en términos del derecho de la víctima versus el derecho de los familiares de la víctima. El derecho a la verdad y a la identidad expresado por los familiares de la víctima (artículo 18 Convención Americana sobre Derechos Humanos) versus el derecho de la víctima a que se le garantice su integridad personal (artículo 5, Convención Americana), a que se le garantice la protección de su honra y dignidad (artículo 11 Convención Americana). La pregunta es qué hacer cuando la víctima rechaza la pretensión de los familiares de la víctima de extracción compulsiva de parte de su cuerpo para investigar la verdad histórica de su identidad. En esta pugna entre dos bienes jurídicos protegidos por la Constitución Nacional y por la Convención Americana de Derechos Humanos no tenemos dudas de que debe privilegiarse el derecho de la persona humana, que es la víctima aun cuando ello signifique restringir y limitar la obligación del Estado de investigar la verdad. El artículo 29 de la Convención Americana es el fundamento legal supranacional de esta posición que adoptamos a favor de la víctima y en contra de la obligación de investigar de los Estados. El mencionado artículo 29 establece de manera obligatoria cuáles son las normas de interpretación que deben primar en casos de conflictos como el que nos toca dilucidar. La regla es clara: en ningún caso el poder de los Estados puede “permitir” ejercer o interpretar derechos de un modo tal de “limitar” los derechos y libertades del individuo. El llamado principio “*pro homine*” es una regla esencial en el derecho de los derechos humanos que nos dice que en caso de duda debe estarse a favor del individuo y nunca a favor de los Estados. Una última referencia cabe hacer en relación al proyecto oficial, ya que la reglamentación que se pretende del derecho a la identidad lo es sobre personas que hoy son mayores de edad. No se trata de niños en donde el bien jurídico del protegido está amparado por la Convención sobre Derechos del Niño. Pero aun en este caso en el cual se buscarse proteger el derecho a la identidad de un niño, aun en este caso nos opondríamos a la extracción compulsiva de ADN por las mismas razones jurídicas y éticas que desarrollamos más arriba.

2. Una segunda hipótesis hace al escenario de la búsqueda de la verdad real en un crimen y en donde el sospechado se niegue a la extracción compulsiva de cualquier muestra de su cuerpo. Aun en el caso donde el que se niega no es víctima sino posible victimario, sostenemos la postura de que el Estado carece de autoridad legal para disponer la extracción compulsiva del ADN. El artículo 18 de la Constitución Nacional que es la regla central en un proceso penal garantista y que operativiza el derecho de defensa en juicio, es hoy una regla jurídica procesal-constitucional de naturaleza “bilateral”. Es decir que la defensa en juicio comprende al imputado y comprende a la víctima. Esta

regla es el valor jurídico máximo y ella no permite de manera alguna la extracción compulsiva de sangre de la víctima ni del victimario porque ello sería violatorio del derecho de defensa del artículo 18 de la Constitución Nacional concordante con el artículo 8 y 25 de la Convención Americana. Todo interpretado conforme la regla interpretativa convencional que fija el 29 de la Convención.

Pero además proponemos en este dictamen que sometemos a consideración, que el Estado Argentino haga uso del derecho que le confiere el artículo 60 a 64 del Reglamento de la Corte Interamericana de DDHH y pida de acuerdo a las facultades que legalmente tiene, una opinión consultiva a la Corte IDH (OC) a fin de que la jurisdicción competente para analizar la legalidad que estamos aplicando (Ver sentencia de la CSJN en caso “Alianza para la Unidad-Corrientes”), decida mediante una OC cuál es el alcance que debe darse al artículo 18 de la Convención y hasta qué punto los Estados por vía de reglamentación pueden disponer extracciones compulsivas de partes del cuerpo humano. Creemos que esta OC no sólo es la legalmente procedente sino la que políticamente es coherente con el origen de este proyecto, que es una solución amistosa planteada ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que es el caso “Abuelas de Plaza de Mayo c/ Estado Argentino”, con el compromiso de los firmantes de acatar la Opinión Consultiva que emita la Corte.

*César A. Albrisi. – Juan C. Vega.*

#### IV

#### Dictamen de minoría

*Honorable Cámara:*

Las comisiones de Legislación Penal y de Derechos Humanos y Garantías han considerado el mensaje 1.242 del 10 de septiembre de 2009, expediente 24-PE-09 y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, aconsejan la sanción del siguiente

#### PROYECTO DE LEY

*El Senado y Cámara de Diputados, ...*

Artículo 1° – *Obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN)*. En aquellos casos en que el objeto de una investigación penal resulte un delito de lesa humanidad, el juez de la causa podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) del imputado o de la presunta víctima, cuando ello fuere necesario para su identificación, o para la contestación de circunstancias relevantes para la investigación.

Para tales fines, serán admisibles mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas de acuerdo con las técnicas corrientes en medicina, no humillantes ni degradantes y siempre que

no implique riesgo para la salud de la persona sometida a dicho estudio.

La misma será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su género y cualquier otra circunstancia particular.

Si el juez lo estimare conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la obtención de ADN por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos, que contengan células ya desprendidas del cuerpo para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro domiciliario.

Asimismo, cuando se deba obtener ADN de la presunta víctima del delito, la medida ordenada se practicará teniendo en cuenta tal condición, resguardando los derechos específicos que detenta.

A tal efecto, si la presunta víctima se opusiera a la realización de las medidas indicadas en el segundo párrafo, el juez procederá preferentemente del modo indicado en el cuarto párrafo.

Art. 2° – *Requisitos de procedencia.* Además de los que surjan del artículo precedente, el juez para ordenar la medida, deberá observar los siguientes recaudos:

- Que exista causa probable, fundamentación, verosimilitud, estado de sospecha o indicios vehementes que deben ser previos, y permitir una conexión entre el individuo y un delito determinado de lesa humanidad.
- Que exista relación entre la extracción de sangre, el estudio que se pretende realizar y el objeto de la investigación.
- Que exista proporcionalidad entre esa intromisión en el cuerpo y lo que se pretende demostrar.
- Que exista necesidad de la prueba, que no pueda ser satisfecha por otros medios y que sea idónea, es decir, que la ciencia haya establecido su seriedad.
- Que exista orden judicial fundada.
- Que sea realizada por personal idóneo de acuerdo con las técnicas corrientes en medicina, no humillantes ni degradantes.
- Que no implique un riesgo para la salud de la persona sometida al examen

Art. 3° – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

*Miguel A. Barrios.*

## INFORME

*Honorable Cámara:*

Unos de los peores crímenes que la mente humana y la sociedad puede tolerar, es sin duda el terrorismo de Estado y sus consecuentes actos como son entre otros la sustracción y apropiación de menores que hoy nos ocupan.

La evolución del pensamiento de la comunidad internacional en general y de la sociedad argentina en particular, ante tan aberrantes crímenes, ha permitido que contemos en la actualidad con algunas herramientas jurídicas que han facilitado el esclarecimiento, juicio y la búsqueda de la verdad.

En esta inteligencia, la identidad de aquellos niños y niñas apropiados ilegítima e ilegalmente, nos impone que profundicemos en la búsqueda de esas herramientas jurídicas.

En tal sentido en el marco de la Constitución Nacional, el artículo 75, inciso 22, establece que diversos tratados y convenciones tienen jerarquía constitucional y son complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la misma.

En el inciso 23 del mismo artículo 75 de la Constitución Nacional, se ordena al Congreso de la Nación legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen entre otros el pleno goce de los derechos reconocidos por la CN y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, hoy integrantes, a partir de la reforma del año 1994, del plexo constitucional que nos rige.

Entre esos tratados se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño, ello es así porque desde el momento en que una persona es concebida, nace su derecho subjetivo a ostentar una filiación jurídica concordante con el dato biológico de la procreación. La filiación “sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de una familia” (Zanoni, Eduardo, *Tratado de familia*, 3ª ed., Bs. As. 1998, Astrea, t. II, pág. 283).

Este derecho de toda persona a ostentar una filiación jurídica que sea concordante con el hecho biológico de la procreación, posee sólida protección en nuestro ordenamiento jurídico.

En el orden supranacional y constitucional, la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 7.1 expresa: “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento, y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos...”. Asimismo, el artículo 8.1 confiere obligaciones positivas a los Estados al señalar que “los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño, a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley...”. En el artículo 9°, dispone que los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos.

En este proceso, las normas internas han reflejado la demanda social y en concordancia con los tratados internacionales y la de la Constitución Nacional, se dictaron leyes que han servido como herramientas eficaces a los fines del esclarecimiento de la verdad.

En particular, mencionamos la ley 23.511 sancionada por unanimidad el 13-5-87. Esta ley determina reglas

sobre estudios genéticos de histocompatibilidad para el grupo específico de menores que se sospeche sean hijos de desaparecidos o presuntamente nacidos en cautiverio.

Es un dato sobresaliente el trabajo de agrupaciones como Abuelas de Plaza de Mayo” quienes impulsaron la creación de este organismo, a fin de contar con elementos científicos indubitables que coadyuvaran en la búsqueda de dichos niños y niñas.

En ese contexto fue creada la CONADI, Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad, por el Estado nacional, a fin de facilitar la tarea de búsqueda y determinación de identidad de los niños y niñas secuestrados por la dictadura o nacidos en cautiverio.

Transcurridos los años y a pesar del éxito en la resolución de una gran cantidad de casos a partir de las herramientas existentes, es de lamentar que queden aún por hallar un número importante de niños y niñas, hoy adultos, que continúan apropiados, es decir, en una forma de desaparición forzada.

Es por ello que el reclamo social aún sigue vivo y es nuestra obligación avocarnos al mismo, ello porque sólo la restitución de la identidad de hasta el último niño o niña apropiado, saldrá la deuda de la sociedad argentina con su triste pasado.

Con las herramientas existentes hemos recorrido un gran camino, pero, en la actualidad, quedan numerosos casos sin resolución, motivo por el cual se impone, no sólo la utilización de los modernos métodos científicos médicos, sino también de aquellas herramientas jurídicas que doten de eficacia a los mismos.

En relación al proyecto P.E.-24-2009 entendemos que la extracción compulsiva de ADN (ácido desoxirribonucleico) se justifica sólo y excluyentemente para casos en donde se pretende la dilucidación del delito más aberrante como es el que proviene de la sustracción de menores por parte del terrorismo de Estado y que encuentra como víctima al sector más vulnerable. Por tal motivo no vamos a acompañar el proyecto en consideración y acompañamos con una propuesta de una ley que trate en particular esta situación.

Tales crímenes ingresan en la categoría de “lesa humanidad”, conceptualizados por el Estatuto de la Corte Penal Internacional, lo que justifica que su combate requiera de las medidas propuestas.

Señor presidente, el mensaje del bloque socialista es muy claro: no convalidaremos bajo ningún aspecto la consolidación de hechos provenientes de delitos de lesa humanidad. Por ello, los apropiadores deben saber que el Estado nacional y la sociedad seguirán reivindicando su derecho a esclarecer los sucesos de su historia.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación fue muy clara al distinguir las pruebas de sangre sobre el cuerpo de los imputados o víctimas, de las consecuencias a que dieran lugar, señalando: “en el *sub lite*, la prueba de histocompatibilidad ordenada, según cuál fuere su resultado, podría arrojar consecuencias de dis-

tinta índole en el ámbito familiar de los involucrados; más dichos efectos, que podrán encontrar adecuada solución con la intervención de otros organismos, no justifican que esta Corte los sopesa para fundar su decisión, porque, además de su ajenidad a la materia penal, resultan extraños a los temas sobre los cuales fue llamada a pronunciarse [...] y todo ello en la medida en que se encuentre involucrada una razón de justicia que exige que el delito comprobado no rinda beneficio” (CSJN, 318-2518).

La obtención de sangre, saliva, así como también cabellos, etcétera, medidas indispensables para la realización del examen de histocompatibilidad, debe efectuarse aún compulsivamente, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

- 1.- Que se trate de un delito de lesa humanidad
- 2.- Que exista causa probable, fundamentación, verosimilitud, estado de sospecha o indicios vehementes que deben ser previos, y permitir una conexión entre el individuo y un delito determinado de lesa humanidad.
- 3.- Que exista relación entre la extracción de sangre, el estudio que se pretende realizar y el objeto de la investigación.
- 4.- Que exista proporcionalidad entre esa intromisión en el cuerpo y lo que se pretende demostrar.
- 5.- Que exista necesidad de la prueba, que no pueda ser satisfecha por otros medios y que sea idónea, es decir, que la ciencia haya establecido su seriedad.
- 6.- Que exista orden judicial fundada.
- 7.- Que sea realizada por personal idóneo de acuerdo con las técnicas corrientes en medicina, no humillantes ni degradantes.
- 8.- Que no implique un riesgo para la salud de la persona sometida al examen.

Para culminar reconocemos que en la investigación de este especial y aberrante tipo de delitos, nos encontramos ante la existencia de varios sujetos, todos con derechos reconocidos por la legislación vigente (vgr., dos víctimas –el menor apropiado ilegítimamente por un lado– y familiares sanguíneos por el otro, asociaciones de DD HH, el imputado etcétera). Ante la existencia de intereses en juego muchas veces contrapuestos, pensamos que la búsqueda de la verdad real en este particular delito, justifica la extracción compulsiva de la prueba de ADN.

*Miguel A. Barrios.*

## ANTECEDENTE

### Mensaje del Poder Ejecutivo

Buenos Aires, 10 de septiembre de 2009.

*Al Honorable Congreso de la Nación.*

Tengo el agrado de dirigirme a vuestra honorabilidad con el objeto de someter a su consideración un proyecto

de ley en defensa del derecho a la identidad, relativo a los procedimientos necesarios para la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) cuando ello sea necesario para establecer la identidad del imputado u otra persona o para la constatación de circunstancias de importancia para una investigación penal.

En un reciente caso planteado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) –petición 242/03, Inocencia Luca de Pegoraro–, se arribó a una solución amistosa en la cual el Estado argentino se comprometió a adoptar todas las medidas necesarias para efectuar los procedimientos sin afectar la integridad física de las presuntas víctimas. Este proyecto se orienta al cumplimiento de dicha obligación.

Al respecto, se señala que el Estado argentino tiene el deber de perseguir y sancionar penalmente a los autores de crímenes contra la humanidad y de graves violaciones a los derechos humanos en virtud de los compromisos asumidos mediante la celebración de pactos internacionales. Y este deber, particularmente, surge de aquel asumido por el Estado argentino al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la interpretación que de dicho tratado han realizado sus órganos de aplicación, la que conforme lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resulta obligatoria para nuestros tribunales. En tal sentido, nuestro más Alto Tribunal en el precedente “Ekmekdjian, Miguel A., c/Sofovich, Gerardo, y otros” (CSJN, 7 de julio de 1992) afirmó que la interpretación del alcance de los deberes del Estado que surgen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia producida por los órganos encargados de controlar el cumplimiento de las disposiciones de dicho instrumento internacional.

De acuerdo con lo establecido por los artículos 1º, 8º y 25 de la citada convención y el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Estado argentino tiene la obligación de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos ocurridas en su territorio.

Los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se encuentran comprometidos, como obligación primera, a respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades consagrados en ese instrumento, obligación que surge de su artículo 1.1. El cumplimiento de ese artículo importa una acción de sentido negativo –abstenerse de invadir la esfera de libertad garantizada en los derechos enumerados en el tratado–, y una acción positiva –la de asegurar a cada persona el pleno goce y ejercicio de esos derechos– (cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-13/93, 16 de julio de 1993, párrafo 26).

Más allá de esas obligaciones genéricas, los Estados, en los casos de graves violaciones a los derechos humanos, están obligados a prevenir las violaciones, investigar los hechos, sancionar a los responsables y asegurar la reparación a las víctimas.

Así ha quedado establecido en la constante jurisprudencia de la Corte Interamericana desde el primer caso que inauguró su competencia contenciosa –Velásquez Rodríguez– hasta la sentencia dictada el 14 de marzo de 2001 –caso “Barrios Altos”–: el Estado tiene el deber jurídico de prevenir razonablemente las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hubieren cometido a fin de identificar a los responsables, de imponerles sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.

El 14 de marzo de 2001, en el citado caso “Barrios Altos”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó con indiscutible claridad la obligación de los Estados de sancionar hechos que constituyan graves violaciones a los derechos humanos (cf. caso “Barrios Altos, Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú”, sentencia del 14 de marzo de 2001).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido ratificada por el Estado argentino en el año 1984 –con anterioridad a la sanción de las leyes cuestionadas–. Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ya obligaba al Estado argentino a investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos. Ello es así porque la mencionada declaración es una fuente de obligaciones internacionales.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho: “La Asamblea General de la Organización ha reconocido además, reiteradamente, que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA. Por ejemplo, en la resolución 314 (VII-0/77) del 22 de junio de 1977, encomendó a la Comisión Interamericana la elaboración de un estudio en el que ‘consigne la obligación de cumplir con los compromisos adquiridos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre’ [...] En el Preámbulo de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura [...] se lee: Reafirmando que todo acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en la Carta de las Naciones Unidas y son violatorios de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos”. (Opinión Consultiva OC-10/89, del 14 de julio de 1989 “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”).

En la misma opinión consultiva, continúa diciendo la Corte: “Para los Estados miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta [...] Es decir, para estos Estados la Declaración Americana

constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales [...] La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos [...]”.

Es doctrina de ese Tribunal que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece para el Estado argentino la obligación de sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y que dicha obligación se encontraba vigente al momento de dictar las leyes de impunidad que se impugnan. Esta obligación ha sido recurrentemente establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, para el caso de que dicha circunstancia sea cuestionada recuerda que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –vigente al momento en que los hechos ocurrieron– también establece esta obligación para el Estado argentino y así lo ha establecido la Corte Interamericana en las decisiones citadas.

Por ello, resulta evidente que el Estado argentino está obligado a sancionar los delitos que constituyan violaciones a los derechos humanos conforme lo establecen la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Al fallar el conocido caso “Giroldi”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fallo unánime, establece la doctrina que posteriormente seguirá hasta nuestros días, siempre con cita de este mismo considerando: “12. Que, en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del gobierno federal, le corresponde –en la medida de su jurisdicción– aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. En tal sentido, la Corte Interamericana precisó el alcance del artículo 1° de la Convención, en cuanto los Estados parte deben no solamente “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella”, sino además “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción”. Según dicha Corte, “garantizar” implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pueden existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1° de la Convención (opinión consultiva 11/90 del 10 de agosto de 1990 “Excepciones al agotamiento de los recursos internos”, párr. 34). Garantizar entraña, asimismo, “el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (id., parágr.

23)” (caso “Giroldi, Horacio, y otro”, sentencia del 7 de abril de 1995, *L.L.*, 1995-D.462).

Como es sabido, el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento internacional de rango constitucional, “impone a los Estados Partes la obligación general de adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en ésta. Las disposiciones de derecho interno que sirvan a este fin han de ser efectivas (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido” (cf. sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 18 de septiembre de 2003, C50 “Bulacio vs. Argentina”).

La Corte, en el mismo precedente, resolvió: “El Estado debe garantizar que no se repitan hechos como los del presente caso, adoptando las medidas legislativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico interno a las normas internacionales de derechos humanos, y darles plena efectividad, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos de los párrafos 122 a 144 de la presente sentencia”.

Justamente, el proyecto de ley que se presenta intenta adecuar la legislación procesal de modo de dar cumplimiento a la obligación que pesa sobre el Estado argentino de investigar las violaciones a los derechos humanos y asegurar la reparación a las víctimas con relación a uno de los capítulos más dolorosos de la historia reciente, cual es el de la práctica de desaparición forzada de niños que instrumentó el último gobierno militar. Como es de público conocimiento, la problemática alude a aquellas personas que, siendo niños, fueron sustraídos por la fuerza de su grupo familiar y entregados a otras personas para que los criaran bajo una falsa identidad. Aún hoy, en su mayoría de edad, esas personas ignoran todavía su verdadera identidad y sus familiares, también víctimas de esos hechos de terrorismo de Estado, conviven desde hace años con el dolor y la incertidumbre sobre el destino y paradero de ese familiar.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que la política de sustracción de niños hijos de desaparecidos constituye una violación a normas fundamentales de derecho internacional de los derechos humanos. La práctica descrita viola el derecho de las víctimas directas (los niños) a su identidad y a su nombre (artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y a ser reconocidos jurídicamente como personas (artículo 3° de la Convención y artículo XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). Asimismo vulnera el derecho de niños y mujeres embarazadas a gozar de medidas especiales de protección, atención y asistencia (artículo 19, Convención y artículo VII, Declaración). También estas acciones constituyen violación a las normas de derecho internacional que protegen a las familias (artículos 11 y 17, Convención y artículos V y VI, Declaración). “Ade-

más de las violaciones al derecho internacional, los hechos referidos constituyen delitos en el derecho interno de todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos. Mediante la desaparición forzada de menores y, en su caso, la entrega irregular a otras familias, los hechores y cómplices incurrir en los delitos de privación ilegítima de libertad, casi siempre en su figura calificada por el carácter de funcionario público del autor, y en supresión o suposición de estado civil” (informe anual de 1987/88).

Por lo tanto, con prescindencia de las medidas que pudieran o no adoptarse en el ámbito penal, con el presente proyecto se busca regular la obligación del Estado nacional de reparar a aquellas personas que, siendo niños, fueron víctimas de desaparición forzada, y a sus familiares, de cuyo seno fueron arrancados a tan temprana edad, estableciendo un procedimiento para la realización de todas aquellas medidas necesarias para reestablecer su identidad.

Esta decisión se halla en línea, asimismo, con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (incorporada a nuestro texto constitucional mediante la ley 24.820), la cual establece en su artículo XII la obligación de los Estados Partes de prestarse “recíproca cooperación en la búsqueda, identificación, localización y restitución de menores que hubieren sido trasladados a otro Estado o retenidos en éste, como consecuencia de la desaparición forzada de sus padres, tutores o guardadores”.

Igualmente, el presente proyecto tiende a regular en forma específica los alcances de las distintas facultades de investigación con los que la autoridad estatal cuenta, no sólo para lograr la determinación de la identidad real de personas sospechadas de ser víctimas de actos de desaparición forzada de niños instrumentados durante el último gobierno militar, sino también respecto del imputado o de otra persona involucrada en el proceso.

La extracción de sangre o de otros fluidos corporales tales como la saliva (sólo en los casos de individuos secretores), así como también la toma de una muestra de cabello, resultan ser medidas indispensables para la realización de un examen de histocompatibilidad.

En este sentido, es importante resaltar que el examen de histocompatibilidad es –en el actual estado de los avances científicos– un método adecuado y conducente para la determinación de la filiación y así ha sido reconocido mediante la sanción de la ley 23.511 (reglamentada por el decreto 700/89 y sus modificatorios) de creación del Banco Nacional de Datos Genéticos, la cual, en su artículo 5° establece que todo familiar consanguíneo de niños desaparecidos o supuestamente nacidos en cautiverio, tendrá derecho a solicitar y obtener los servicios del Banco Nacional de Datos Genéticos. En efecto, los avances de la ciencia permiten contar con análisis inmunogenéticos y de histocompatibilidad capaces de producir pruebas de nexos biológico de asombrosa precisión, así como de

descartar, sin margen de error, una paternidad falsamente atribuida.

Asimismo, debe repararse que en el mensaje de elevación del proyecto de la citada ley 23.511 a ese Honorable Congreso de la Nación, el Poder Ejecutivo nacional ya había efectuado la evaluación acerca de la eficacia de los métodos adoptados y la necesidad de su implementación debido a las particulares circunstancias históricas que vivió nuestro país, precisando en ese sentido que “la localización e identificación de niños [...] ha sido y continúa siendo, preocupación del gobierno nacional y de la sociedad argentina en general” (Cámara de Senadores de la Nación, 31 de octubre de 1986).

Como se deja expresamente sentado en el articulado, la medida abarca todos los casos en que la obtención de ADN, sea del imputado o de otra persona, fuere necesaria para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación. Específicamente, se establece que la medida será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su género y cualquier otra circunstancia particular.

Según el presente proyecto, la autoridad estatal a cargo de una investigación penal, en el supuesto en que resultara necesaria la obtención de una muestra para la realización de un examen de histocompatibilidad, o cuando deba efectuarse cualquier otra medida que suponga una inspección o intervención en el cuerpo o en objetos de propiedad o uso de la presunta víctima del delito, deberá practicarla teniendo en cuenta la referida condición, a fin de evitar su revictimización y resguardar los derechos específicos que detenta.

Por otra parte, el proyecto que se remite estipula que cuando el magistrado interviniente lo estime conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la obtención de ADN por medios distintos a la inspección corporal, tales como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro domiciliario o la requisa personal.

Respecto de la proporcionalidad de la medida señalada, nuestro máximo tribunal tiene dicho que “tampoco se observa la afectación de otros derechos fundamentales, como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, de la defensa de la sociedad y la persecución del crimen” (Fallos, 318:2518, considerando 10).

Sin perjuicio de lo expresado en el acápite anterior, puede darse el caso en que la extracción compulsiva de una muestra hemática genere una lesión grave a la integridad física de la persona cuya identidad se encuentre controvertida, de modo tal que la medida de injerencia

resulte desproporcionada en relación con los intereses perseguidos por el Estado.

En este supuesto, la autoridad deberá procurar la obtención de una muestra de cabello o de saliva que permita la realización del examen de histocompatibilidad, pudiendo incluso ordenar que la extracción de estas muestras se realice compulsivamente.

Cuando se trate de determinar la identidad real de un menor sustraído, ya sea habiéndose llevado a cabo la extracción de una muestra de su sangre o por medio de la obtención de otros elementos útiles para la identificación, ello conllevará una importante afectación en su integridad psíquica, modificando sustancialmente toda la estructura de lazos afectivos existentes respecto de quienes consideraba sus padres biológicos, o bien generando un mecanismo de negación frente a los resultados obtenidos mediante el examen de histocompatibilidad.

Sin embargo, como expuso el procurador general de la Nación al dictaminar en los autos “Vázquez Ferrá” (Fallos, 326:3758, del 30 de septiembre de 2003), “esas lamentables consecuencias son producto no de la investigación, sino de la dañosidad misma del delito que es investigado”. En efecto, diversas posturas psicoanalíticas, que no corresponde desarrollar en extenso en el presente proyecto, sostienen que la afectación de la integridad psicológica del menor sustraído tiene lugar ya desde el momento en que es sustraído de sus padres biológicos y comienza a ser criado por parte de personas que, a sabiendas de que no son sus verdaderos padres, actúan como tales, ocultándole dicha circunstancia durante toda su vida.

Asimismo, la realización en forma compulsiva de una medida de injerencia física en contra de la voluntad de la supuesta víctima de desaparición, así como también la mera existencia de un proceso donde se encuentre controvertida su identidad, podrían generar consecuencias en su integridad psíquica, que el Estado tampoco puede desconocer y por ende, debe atender.

Al resolver un caso que versa sobre un allanamiento dispuesto a fin de secuestrar diversos efectos de pertenencia de una supuesta víctima de la supresión de su identidad, cumplido el cual se ordenó la realización de un estudio pericial sobre los elementos secuestrados tendiente a la obtención de la muestra de ADN para los

pertinentes estudios de histocompatibilidad, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “...se hace necesario encontrar un punto de equilibrio, esto es, determinar de qué manera puede materializarse el derecho a la verdad sin lesionar los derechos de persona alguna o bien, en su caso, a costa de una mínima lesión de las garantías de quienes en la especie son víctimas involuntarias de los hechos”, agregando que “en ese sentido, no se observa que la medida en cuestión ocasione la afectación de derechos fundamentales, tales como la vida, la salud, la integridad corporal o la intimidad, ya que las muestras han sido tomadas sin invadir el cuerpo del recurrente, es más, sin siquiera contar con su participación activa, y su utilización tiene por fin la tutela del interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, a través del procedimiento penal, que no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia” (CSJN, caso G., 291; L. XLIII.– “G. R. de P., E. E. y otros s/Sustracción de menores de 10 años, artículo 146”, resuelto el 11 de agosto de 2009).

La solución propuesta, conforme los parámetros sentados por la Corte en el citado fallo, “no se muestra como violatoria de los derechos y garantías constitucionales, por cuanto su producción no ocasiona una restricción de los derechos de quien aparecería como una de las víctimas del hecho y porque, además, encuentra adecuado fundamento en la necesidad de salvaguardar el deber del Estado de investigar y sancionar los hechos reputados como delitos, máxime cuando, como en la especie, el objeto procesal de autos aparecería en principio vinculado con un delito de lesa humanidad cual es la desaparición forzada de personas”.

Atento lo expuesto, es que se solicita la sanción del presente proyecto de ley relativo a los procedimientos necesarios para la obtención de ADN cuando ello sea necesario para establecer la identidad del imputado u otra persona o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación.

Dios guarde a vuestra honorabilidad.

Mensaje 1.242

CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER.

*Aníbal D. Fernández. – Julio C. Alak.*