

III Seminario Interdisciplinario sobre Derecho a la Identidad y Derechos Humanos.

Jueves 25 y viernes 26 de marzo, 2004.

Aula Magna de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad Nacional de La Plata

Exposición: "La obligatoriedad de la pericia de ADN".

por **Javier Augusto De Luca**

1. Confusión de planos y su influencia en las decisiones judiciales.

Cuando en la década de 1980 se comenzaron a tratar en los tribunales los primeros casos de chicos nacidos en cautiverio, apropiados por diversas personas, que podían o no ser sus captores, y se descubría que en realidad pertenecían a otro grupo biológico, surgió el problema de las restituciones a sus familiares de origen y consecuente separación del ámbito donde crecieron. Este asunto dio lugar a copiosa información, discusiones, marchas políticas, opiniones de psiquiatras, psicólogos, sociólogos, políticos, juristas, comunicadores sociales, religiosos, etc., acerca de la conveniencia de realizar las restituciones.

Estas controversias fueron introducidas en los procesos y los jueces penales también tuvieron que lidiar con ellas, asumiendo una función complicada. El lado "humano" se las vio de frente con el aspecto "jurídico" que propiciaba la inmediata restitución, porque se discutía si ésta podía causar una serie de daños psicológicos a los por entonces menores o si esos daños resultarían aún mayores si se mantenía la guarda en cabeza de quienes los habían criado¹. Esta última posición se basaba en que nada bueno podía crecer de la mentira y que por más dolorosa que fuese, y en que la verdad sobre su

¹ Ver por ejemplo, las sentencias de la Corte Suprema registradas en Fallos: 310:2214 "Scacheri de López y en Fallos: 312:1580 "Siciliano".

origen era la única base posible para la reconstrucción de la identidad del menor.

Finalmente, la Corte fue muy clara al distinguir las pruebas de sangre sobre el cuerpo de los imputados o víctimas, de las consecuencias a que dieran lugar, y en un pasaje no muy difundido por la doctrina señaló: “que en el sub-lite la prueba de histocompatibilidad ordenada, según cual fuere su resultado, podría arrojar consecuencias de distinta índole en el ámbito familiar de los involucrados; mas 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 que se encuentra involucrada una razón de justicia que exige que el delito comprobado no rinda beneficios ...”².

El mensaje fue: todo aquél que se apropiase de un menor sabría que ningún interés, ni el del menor mismo, iba a impedir que tarde o temprano lo “perdiesen” en favor de la familia de sangre. En todo caso, los asuntos que hacen a la readaptación y mejor desarrollo psicológico del menor, deberían ser tratados por los expertos pertinentes.

2. El cuerpo humano. Algunas reflexiones filosóficas y jurídicas sueltas.

Las medidas probatorias sobre el imputado, víctimas y testigos, están permitidas por los ordenamientos procesales mediante normas genéricas, poco precisas, que admiten las requisas e inspecciones corporales. Cuando se trata de la extracción compulsiva de sangre y de otras medidas similares, entran en consideración varios principios jurídicos y valores de diversa jerarquía que tienden a legitimar cada una de las posiciones.

Como por algún lado hay que comenzar, hagámoslo por los argumentos o fundamentos de la posición que sostiene que no es correcto proceder a una extracción compulsiva de sangre en ningún supuesto, porque el cuerpo humano es sagrado, inmaculado, intocable; o bien, en el caso de imputados, porque su cuerpo y lo que él contiene no pueden ser usados en su contra; en el caso de víctimas o testigos, porque sus cuerpos no podrían ser usados en contra de determinados terceros.

Enseguida se observa que, llevada al extremo la idea de no poder "usar" el cuerpo del imputado, víctimas o testigos para ninguna medida probatoria que pueda arrojar un resultado en su contra o de determinados terceros, es que no podría llevarse a cabo ningún juicio porque se deslegitima cualquier medida de coerción personal: ningún juez podría ordenar una comparecencia compulsiva, ni extraer huellas dactilares, ni grabar sus conversaciones telefónicas, ni ordenar un examen médico exterior, etc, etc.. No podría obligarse siquiera al imputado a estar en la audiencia de debate (juicio oral), a notificarse de la sentencia condenatoria (art. 66 CP, desde esa fecha comienza la prescripción de la pena), ni a identificarlo (para determinar contra quién se sigue el proceso), ni embargarle bienes, ni allanar su domicilio, ni ocupar su correspondencia, ni sacarle fotos, etc. etc. por mencionar algunas que no se refieren al cuerpo de la piel (epidermis) para adentro.

¿Qué es el cuerpo o en qué consiste la inviolabilidad del cuerpo humano? Por cuerpo puedo entender muchas cosas. Por ejemplo, no deberían admitirse las fotografías de un cuerpo, porque el uso de su imagen sería también una forma de usarlo, y la separación entre el objeto y su representación sería axiológicamente ficticia.

² Fallos: 318:2518, considerando 15.

Se distingue, entonces, entre lo que está afuera y lo que está adentro. Lo que no se puede ocupar es lo que está de la epidermis para adentro.

El argumento más fuerte para rechazar estas medidas es el que considera como un valor absoluto que el cuerpo humano es inviolable. Como un dogma. Pero este valor ¿se mantiene en cualquier situación, es tan absoluto?

Ejemplo: a un ser humano (con o sin su consentimiento) se le ha introducido en el cuerpo una sustancia altamente contagiosa y letal para terceros; a otro se le ha insertado un dispositivo que lo transforma en un hombre-bomba que se puede hacer detonar desde otro lugar. ¿No vamos a hacer nada con sus cuerpos porque son inviolables? ¿Nos vamos a quedar de brazos cruzados? Creo que no y, precisamente, estos ejemplos demuestran que la inviolabilidad del cuerpo humano no es un valor absoluto.

Lo único que puede enunciarse como un principio es que toda injerencia, toda ocupación del cuerpo humano, no debe ser arbitraria, debe respetar ciertos aspectos que hacen a la dignidad y guardar proporcionalidad con los fines perseguidos.

La concepción que considera al cuerpo como inmaculado e intocable se basa en concepciones de dignidad humana y de intimidad difícilmente defendibles, porque en realidad, se trata de un individualismo o egoísmo que ni siquiera fue receptado por el art. 19 CN que claramente prescribe que las únicas acciones u omisiones del ser humano que no pueden ser atrapadas por la autoridad de los magistrados son aquéllas que no ofenden al orden, a la moral pública y a los derechos de terceros. Es que al individuo, por el solo hecho de ser, de existir, de vivir, le pasan cosas, infinidad de cosas que no han sido originadas en actos de voluntad propios. Se enferma, es contagiado, es víctima de delitos, debe pagar impuestos sin haber hecho nada (por ej. por

haber heredado un bien inmueble), es obligado a comparecer y declarar con la verdad por el solo hecho de haber estado caminando por ahí y haber sido testigo de un hecho judicial, etc. etc.

Lo que quiero demostrar con estos simples ejemplos es que debemos ser muy cuidadosos cuando se habla de inviolabilidad del cuerpo humano cualquiera sea la consecuencia a que ello dé lugar. Los que sostienen esta posición argumentan que el ser humano no puede separarse en cuerpo y alma o cuerpo y mente, que es una unidad. Sin embargo, incurren en una incongruencia cuando consideran que no hay violación de ese valor si existe consentimiento del “dueño del cuerpo”. ¿Cómo, si él da su consentimiento puedo ponerle una inyección para curarle la gripe? ¿Puedo, con su asentimiento, sacarle sangre para hacer un análisis y determinar si tiene alto el colesterol? Esto es muy raro, porque se sostenía que el cuerpo era inmaculado y no era posible separar el cuerpo de la mente.

Precisamente, estas y otras reflexiones son las que llevaron desde hace bastante tiempo a diversos tribunales constitucionales de países con culturas similares a la nuestra a prescindir del consentimiento del “dueño del cuerpo” para ocupárselo, si las demás circunstancias lo justifican. Esa prescindencia es la que origina que ninguna consecuencia moral o jurídica pueda acarrearle a la persona cuyo cuerpo se ocupa por el sólo hecho de esa ocupación. Me refiero a que su aquiescencia o resistencia no tiene consecuencias jurídicas ni morales. Si el cuerpo de una persona es empleado sin dirección de la mente (y su alma), no hay reproche moral ni jurídico. Es una masa de músculos.

Por tal razón, cuando se argumenta que el hecho de extraer una prueba de cargo de un cuerpo es igual o equivale a una incriminación del dueño del cuerpo hacia terceros, eso, a mi modo de ver, es pensamiento mágico.

Es lo mismo que decir que una persona, por el solo hecho de existir, sin haber hecho u omitido hacer nada, es un testigo de cargo respecto de alguien. Y deben cuidarse bien los términos a emplear, porque una persona, en cambio, por el solo hecho de ser o existir, sí puede ser la prueba del delito cometido por alguien: ejemplo, la existencia en el vientre materno del ser engendrado puede ser la prueba de una violación. Pero esto no equivale a sostener que el nasciturus es testigo de cargo de la violación. El cuerpo del herido y la disposición en su cuerpo de las heridas, pueden ser prueba de cargo para el imputado, aunque el herido no haya abierto la boca, es decir, no haya sido convocado como testigo aún.

En consecuencia, los tribunales siempre distinguieron los productos de la mente del ser humano, de aquellos en los que el raciocinio no interviene. Los primeros estarían amparados por unas garantías que se refieren a la incoercibilidad de las comunicaciones o expresiones; los segundos por otras que hacen a la intimidad, la dignidad, la salud, etc. Cuando se prescinde de la mente (lo que significa no requerir el consentimiento del dueño del cuerpo) entra a jugar el segundo grupo de garantías, de todos los habitantes, no sólo de los imputados, y todo se reduce a un examen de proporcionalidad de la medida intusiva.

Veamos con mayor profundidad este asunto. La cláusula contra la autoincriminación ampara solamente "declaraciones" que son un producto del pensamiento de las personas, una elaboración mental, que se reflejan en una conducta activa u omisiva, con sentido intelectual. Se incluyen los cuerpos de escritura, los gestos, etcétera, toda prueba que requiera su colaboración intelectual con significado expresivo. En cambio, un registro domiciliario, que también se hace en contra del imputado (supongamos que se pone en la puerta para impedir el ingreso del juez y la autoridad pública que lo asiste), no tiene

el mismo tratamiento. El hecho de correrlo de la puerta compulsivamente también va contra el cuerpo, y el significado del acto, el secuestro de elementos dentro de su domicilio, también es en su contra. Pero no se analiza este proceder conforme la cláusula contra la autoincriminación, porque la garantía de inviolabilidad de domicilio tiene autonomía desde hace siglos. No se pide el consentimiento para allanar un domicilio, ni se hace jugar en contra su negativa. Son cosas distintas.

En materia de extracción compulsiva de sangre, pelos, droga transportada en el cuerpo, etc., no se pide el consentimiento ni ningún aporte intelectual del imputado. Directamente se ocupa su cuerpo. No hay "declaración". No hay compulsión para que declare. No hay violación a la cláusula contra la autoincriminación, ni de ningún otro principio que, basado en otros intereses (ej. protección de la familia o de las relaciones afectivas) pueda ser invocado por el testigo (ej. incriminar a determinados parientes o amigos).

Lo único que debe evitarse es la violación de otras garantías como el respeto de la dignidad, la defensa en juicio, la medida debe estar prevista por ley, ser proporcionada al fin perseguido, ser pertinente a ese fin, necesaria, realizada por métodos normales y seguros, estar precedida por una "causa probable" que nos indique la seria sospecha de su pertinencia, etc. etc.

4. Reflexiones sobre el nuevo fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La sentencia fue dictada en la causa V.356, XXXVI, "Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/incidente de apelación", el 30 de septiembre de 2003.

La idea central que subyace en los votos de los jueces que hacen la mayoría es la asimilación de la medida de extracción compulsiva de sangre y

una "declaración" en contra de sus padres de crianza. Voy a sintetizar la crítica:

1) se identifica poner el cuerpo para que terceros obtengan una prueba en contra de otros, con una declaración. Esa identificación aparece como "mágica", u objetiva: "De mi cuerpo saldrá la prueba que condenará a las personas que yo quiero". Es decir, por el solo hecho de ser, de existir, esa chica es una testigo de cargo para los imputados.

2) Se valora la posición de la afectada porque es mayor de edad y entra a jugar su supuesto derecho a no conocer su realidad biológica. De esa manera, se eluden las prescripciones de la Convención de los Derechos del Niño. Ahora bien, si se sigue este razonamiento, los jueces deberían esperar (o los interesados dilatar el trámite de las causas) a que todos los chicos fuesen mayores de edad para que ejerzan este pretendido derecho. Una violación a una cláusula constitucional no se disipa por el paso del tiempo.

3) Se advierte cierta contradicción argumental con otro fallo de la Corte. En "Zambrana Daza" se sostuvo que extraer droga del cuerpo a una persona que la transportaba por ese medio, no violaba la cláusula contra las declaraciones compulsivas.

4) Se protege esa situación al asimilarla a una "declaración" mediante el argumento de que si la chica fuera testigo tendría derecho a no declarar contra esas personas. Sin embargo, no se relevan dos datos: Uno: sus presuntos padres biológicos están muertos, y ella tendría derecho a no declarar contra ellos, no contra sus presuntos apropiadores. Dos, la extracción compulsiva de sangre significa, precisamente, que ha de prescindirse de su declaración (que es un producto de su mente): no es testigo.

5) Se trae a colación el delito de encubrimiento y se razona que CP "permite" ayudar a determinadas personas a eludir la acción de la justicia, etc.. Sin

embargo, no se tiene en cuenta que no hay acción de encubrir al negarse a prestar el cuerpo para que se le extraiga sangre, ya que el consentimiento para la prueba o su negativa no constituyen “declaraciones”. A ella no se le pide ninguna actitud al respecto.

6) El objeto de las causas penales. En primer lugar, es claro que una medida de prueba, cualquiera que sea (no sólo las extracciones compulsivas de sangre) deben guardar relación con el objeto de la causa, pues de lo contrario constituyen una injerencia arbitraria. Este argumento sólo hubiera bastado para rechazar la medida si se consideraba era ajena a tal objeto. La Corte, en varios pasajes no dice eso, sino otra cosa muy distinta: señala que la medida es superflua porque los padres de crianza ya habían confesado el delito. De ahí surge inmediatamente la pregunta: ¿qué ocurriría con el plexo probatorio si en el juicio oral o en el plenario (código viejo escrito) se desdican de su confesión?, porque tener por probado un hecho y la responsabilidad individual en materia penal por la sola confesión del imputado, es un aserto que hace bastante tiempo se ha descartado.

Desde el punto de vista de la pertinencia o relación directa entre la prueba y el objeto de la causa, corresponde señalar que aunque se investigasen solamente falsedades documentales y no también la sustracción o apropiación de una menor, la prueba sigue siendo pertinente porque los documentos que acreditan falsamente un nacimiento y una identidad, tienen como causa que la recién nacida no era hija de quienes la inscribieron y para establecer esto, debe determinarse de quién eran, por la sencilla razón de que los chicos no vienen de la cigüeña. Es algo similar a decir que condeno a una persona por el hurto de una cosa ajena sin averiguar quien era el dueño. Quiero aclarar bien este punto. Es posible condenar por falsedad ideológica de documentos (los que acreditan la identidad de una persona) sin tener la prueba de quién es hijo esa

persona, por ejemplo, demostrando que la falsa madre no estuvo embarazada ni dio a luz en la época de la inscripción, que el certificado médico es falso, etc. etc. Lo mismo ocurre con el hurto, ya que lo que se castiga es la ajenidad de la cosa para el ladrón y no la violación al derecho real de dominio sobre cosas muebles. Pero esta cuestión no indica nada sobre la pertinencia de la prueba. Para determinar la pertinencia de una prueba no se debe recurrir al procedimiento de decir: "como el hecho ya está probado, todas las demás pruebas que se propongan no son pertinentes". Eso es falso, porque si excluyéramos mentalmente la prueba existente y que hasta el momento demuestra el hecho, la que se pretende realizar sería idónea para demostrar el mismo hecho. Ej. si no existiera la confesión y otros indicios, la prueba del vínculo biológico de esta chica con otras personas, demostraría por exclusión que los procesados no son los padres verdaderos y de ahí que los documentos que se expidieron son ideológicamente falsos. En conclusión, encontrar al dueño de la cosa sustraída y a los padres biológicos del niño son medidas pertinentes, aunque resulten sobreabundantes o complementarias para condenar en algún caso concreto.

Ahora bien, el fallo omite considerar que en muchos casos el objeto procesal de las causas penales se ha ampliado notablemente. Determinados principios superiores de derecho positivo determinan que no basta con investigar exclusivamente lo pertinente para demostrar la culpabilidad o inocencia de una persona sometida a proceso. Estos nuevos objetos han sido incorporados por los tratados de DDHH y jurisprudencia: el "derecho" de los padres de los muertos (desaparecidos), abuelos de la chica que se niega a la prueba; el derecho de los futuros hijos de esta chica a conocer la identidad de sus abuelos; los derechos de la sociedad (representados por el fiscal) a saber qué pasó con ellos y su hija (derecho a la verdad), etc. etc. .

7) Por otro lado, reconducir a las abuelas a realizar la misma prueba a sede civil, en un juicio de filiación, no cambia un ápice la cuestión central, porque en aquel juicio se reproduciría toda esta cuestión. Como el juez civil sólo puede valorar en contra la reticencia a una prueba de esta naturaleza (Ley 23.511, de banco y datos genéticos), está claro que no puede extraerle sangre compulsivamente. Es decir, la cuestión parece haber finiquitado en sede penal.

8) La intimidad o reserva, en su aspecto del derecho a disponer del propio cuerpo, encuadra en el art. 19 CN sólo cuando está dirigida al respeto de él, del propio cuerpo, pero no cuando está encaminada a ofender derechos de terceros, como lo son el obstaculizar una investigación criminal y cercenar los derechos de los parientes a conocer la filiación. Porque la filiación no es algo de una sola persona, sino una relación, y ambas partes de esa relación tienen derecho a conocerla. De modo que su derecho a no conocer su identidad, tampoco puede valer cuando ello implica imposibilitar el ejercicio de ese mismo derecho a la persona que está en el otro extremo de la relación que se pretende develar.

9) El fallo omite argumentar sobre cláusulas expresas de la Convención sobre los Derechos del Niño y La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que son de superior jerarquía a cualquier norma o principio de derecho procesal o penal (art. 31 CN).

10) Por último, desde el punto de vista de la técnica del recurso extraordinario federal, aparece como extraño el empleo de un método desaconsejado en múltiples ocasiones por la propia Corte. No es posible interpretar cláusulas constitucionales mediante la inteligencia de normas procesales o penales que son de inferior jerarquía (ej. el tema del testimonio o del encubrimiento de determinados amigos o parientes, etc.). Mas aun así, toda esta confusión parte de considerar que la víctima del delito de apropiación de menores ha de

"prestar" el cuerpo para que se le haga la extracción, cuando, en realidad, nadie le va a pedir prestado nada ni la va a obligar a aportar prueba o a declarar en contra de las personas con las que guarda sentimientos de afecto: simplemente se le sacará sangre compulsivamente, sin su consentimiento y no habrá por parte de ella ninguna acción u omisión que incrimine a terceros.

11) La identificación entre el cuerpo y las comunicaciones es lo que lleva a la Corte a considerar que con la práctica se obliga a la víctima a ser quien aporte pruebas en contra de personas que según su conciencia debe proteger y, por tal razón, que esa práctica debe ser considerada humillante o degradante por invasión a la intimidad. Entiendo que es la indebida identificación entre cuerpo y comunicaciones lo que les hace considerar degradante a la práctica, y no la práctica en sí misma, que nada tiene de degradante o humillante.

5. Balance final.

El balance final de este fallo produce cierta desazón o amargura; desde el punto de vista de la prevención general que todo proceso penal importa, el mensaje que deja es negativo y contradice aquél con el que comenzara esta conferencia, ya que sugiere que el delito rinde beneficios.