

(Public. en Revista de Derecho Penal, Edit. Rubinzal-Culzoni, (dirigida por Edgardo Donna – Tomo Derechos y Garantías Procesales), Buenos Aires, T° 2000-1, pág. 393)

Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigos y las garantías constitucionales.

Javier Augusto De Luca

I. Introducción.

El año pasado leí varias noticias y reportajes¹ sobre distintas personas que se sospecha son hijos de personas desaparecidas² durante el último gobierno militar (1976-1983) y que se negaban a realizar exámenes de sangre cuyos resultados pudiesen perjudicar procesalmente a quienes durante todo este tiempo fueron considerados sus padres. Existe una variedad de casos, entre los que se encuentran los que saben que quienes los criaron no son sus padres biológicos, los que no lo saben y creen en la posición de estos últimos que aseguran serlo, lo que fueron falsamente anotados como hijos propios, los que fueron falsamente adoptados, etc.

Por supuesto, también siguieron existiendo las tradicionales sustracciones de menores y el tráfico de niños, con todas las modalidades conocidas desde que el mundo es mundo y que en nuestro país estuvieron siempre reprimidas por la ley penal³, como así también los hechos que les sirven de medio o resultan conexos⁴.

También dieron cuenta las noticias de la reedición de discusiones jurídicas sobre el punto y se produjeron algunos fallos que aceptaban la negativa de las personas que debían someterse a pruebas de sangre para la averiguación de un delito⁵.

Este panorama me produjo cierta sorpresa porque entendía que el tema estaba finiquitado desde que la Corte Suprema había resuelto que la extracción compulsiva de sangre a un imputado o a un testigo no violaba ninguna garantía constitucional⁶.

La hipótesis de este trabajo consiste en explicar por qué es correcto desde el punto de vista jurídico llevar adelante estas pruebas, materializadas en la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, aún en contra de la voluntad de la persona sobre quien recae.

II. Una advertencia. No confundir el plano jurídico con todo lo demás.

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

¹ Por ejemplo, diario La Nación, del 20 de agosto de 2000, págs. 1 y 12.

² La Argentina, conjuntamente con varios países de la región, tiene el triste privilegio de haber inventado una forma de criminalidad que dio lugar a nuevo tipo de derecho internacional penal que es más cruel que el mismísimo homicidio: la desaparición forzada de personas, que tiene dos pasos, consistentes en que agentes del estado o particulares con su consentimiento realizan una privación ilegal de la libertad que perdura *sine die* y la negativa a informar sobre la privación misma o el paradero de la víctima a toda persona que lo requiera. Ver Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, leyes 24.556 y 24.820, que le dieron jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN).

³ Código Penal Argentino, art. 140, 146, 147, 148.

⁴ Código Penal Argentino, art. 138, 139, ahora 139 bis, 292, 293.

⁵ Cám.Crim.y Correc. Sala VII, causa I., J.A. y otro, resuelta el 6.12.99, donde se señaló que no es posible proceder compulsivamente con la finalidad de extraer sangre a la víctima del delito de supresión de identidad. Para ello invocó el art. 4 de la ley 23.511 que acuerda el valor de indicio en contra la negativa a someterse a dicho examen, con cita de un precedente de la Cámara Federal de San Martín, de lo que se dedujo que la propia ley reconocía implícitamente la facultad de negarse a la práctica de pruebas hematológicas para trazar el perfil de ADN (publicada en Jurisp. Argentina, diario del 4-10-2000, número especial, pág. 86).

⁶ Respecto de los padres, sospechados de haberse apropiado de un menor, y del menor mismo: Fallos: 318:2518 (Causa H.91 –XXIV–“Recurso de hecho deducido por la defensa de X y XX y otro s/ apelación de medidas probatorias”, del 4 de diciembre de 1995, también publicado en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año II, números 1 y 2, abril de 1996, pág. 826). Respecto de la extracción de sangre al menor, que es una de las posibles víctimas del delito investigado Fallos: 319:3370 (causa G.449 –XXXI–“Guarino”, del 27 de diciembre de 1996, también publicada en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año IV, número 8-B, pág. 391).

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 criado⁷. Esta última posición se basaba en que nada bueno podía crecer de la mentira y que por más dolorosa que fuese, la verdad sobre su 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 ...”⁸.

El mensaje fue muy claro: 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.

Veamos entonces por qué pueden y deben hacerse estos exámenes.

III. La necesidad de los exámenes.

1. Desde el punto de vista jurídico sólo interesa cómo y en qué casos y condiciones se realiza la extracción de la muestra con que luego se realizará algún estudio, que podrá ser empleado con distintos fines que parten de una premisa a demostrar: la correspondencia o identidad biológica entre una muestra (por ejemplo, encontrada en la escena de un crimen) y la otra (por ej. extraída a un sospechoso de ese crimen).

En tales condiciones, las muestras para realizar un examen, por ejemplo de ADN, pueden ser tomadas en cualquier etapa que el proceso lo permita. Ello dependerá del grado de urgencia en tomarla. Para medir en un homicidio si una persona estaba alcoholizada cuando conducía, deberá tomarse lo más rápido posible. Pero el acusado tiene derecho a la defensa y a controlar la toma de la muestra, además los derechos que enseguida se verán.

Se pueden extraer distintos tipos de muestras y de ello dependerá el procedimiento a seguir: de pelo, de orina, de sangre, de piel, de uñas, de saliva, de aliento.

En el plano jurídico, sólo son aceptados los procedimientos compatibles con la Constitución Nacional, tratados de derechos humanos y leyes que los reglamentan, todos los cuales tienen que ver con el respeto de la dignidad humana, la intimidad o privacidad y los derechos de defensa en juicio y al debido proceso.

2. El grado de fuerza a emplear para la extracción estará dado por el principio de proporcionalidad, es decir, una relación de razonabilidad entre la muestra que se requiere para el resultado que se desea obtener, siguiendo el criterio del mínimo daño e injerencia posible en el sujeto del que se recolecta la muestra⁹. Luego, la fuerza a emplearse estará en relación directa con el tipo de examen que corresponda realizar, la forma en que se extraerá la muestra para ese examen, y la comprobación *ex ante* de que ese estudio y no otro es el que menor injerencia ocasionará en la persona y los derechos del justiciable¹⁰.

⁷ Ver por ejemplo, las sentencias de la Corte Suprema registradas en Fallos: 310:2214 “Scacheri de López y en Fallos: 312:1580 “Siciliano”.

⁸ Fallos: 318:2518 ya citado, considerando 15.

⁹ Convención Americana, art. 11.2: *Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.* Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 17.1: *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.*

¹⁰ A decir de Luis García, con quien hemos discutido personalmente este tema, la razonabilidad es un elemento de la proporcionalidad. La proporcionalidad implica dos exámenes: uno anterior a la decisión, hacia atrás, hacia los argumentos que justifican una convicción. Se refiere a la necesidad de hacer la injerencia, con una relación de conexión entre la probable existencia de un hecho y el objeto de esa intromisión, que permita afirmar en caso de resultado positivo que un hecho delictivo se cometió o que el sujeto está involucrado en él. Pero ello no justifica por sí solo la injerencia, porque además, debe hacerse un segundo examen referente a la proporcionalidad en sentido estricto. Siempre hay costos a ser sufridos por personas distintas y debe sopesarse que las ventajas de uno no lo sean a costa del que debe sufrir la injerencia. Hay una ponderación de bienes perseguidos y por ello, puede ocurrir que para ciertos casos se justifique una invasión domiciliaria, porque es menor el costo que el de no poder averiguar un delito; pero que en otros no se justifique la privación de la libertad del imputado frente al costo de no poder llevar adelante el proceso (riesgo de fuga). Este segundo

3. No debe perderse de vista que en la Argentina existen reglas contenidas en leyes específicas para diversos casos que prevén la extracción de muestras de orina y sangre u otras. En muchos casos los exámenes médicos son obligatorios a prisioneros, personal militar, laborales, prenupciales, en casos de epidemias, trasplantes de órganos, etc. La ley 22.990 (1983) regula las actividades relacionadas con la sangre humana, sus componentes, derivados y subproductos. Existen reglas sobre estudios genéticos de histocompatibilidad contenidas en la ley 23.511 (1987) para el grupo específico de menores que se sospeche sean hijos de desaparecidos (se trata de una categoría que define a personas desaparecidas durante la última dictadura militar entre 1976 y 1983).

Esta ley, en su art. 5° dispone: Sin perjuicio de otros estudios que el Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG) pueda disponer, cuando sea requerida su intervención para conservar datos genéticos o determinar o esclarecer una filiación, se practicarán los siguientes: 1. Investigación del grupo sanguíneo; 2. Investigación del sistema de histocompatibilidad (HLA-A, B, C y DR); 3. Investigación de isoenzimas eritrocitarias; 4. Investigación de proteínas plasmáticas.

4. Existen penalidades específicas y genéricas. Las primeras están en la ley 23.511 que castiga toda alteración en los registros o informes; en la ley 22.990 que castiga toda transgresión a la ley de la sangre y al uso lucrativo de la sangre humana y sus derivados o que le diera un destino distinto al autorizado.

Las penalidades genéricas consisten en los delitos tradicionales del código penal y leyes complementarias que se pudieran cometer de cualquier modo imaginable en que esté involucrado un examen de esta naturaleza, salvo algunos casos específicos de ciertas revelaciones del contenido de datos como en la ley del SIDA (N° 23.798).

IV. Algo más sobre el proceso penal y las medidas de coerción personal.

No es correcto formular una distinción valorativa o ideológica entre un Derecho Penal común o tradicional y un Derecho Penal de las Drogas o del Terrorismo, o de cualquier otra forma de criminalidad de moda. Las garantías constitucionales del proceso penal y del Derecho Penal son las mismas en uno u otro caso. La posición que se adopte respecto de la criminalización de tal o cual conducta desviada no es un criterio válido para interpretar garantías y derechos humanos del proceso penal. Es evidente que muchas medidas de coerción personal resultan antipáticas en casos concretos de delitos de bagatela porque carecen de trascendencia en relación con el móvil del legislador para su penalización. Pero ese asunto se refiere a la conveniencia política de la incriminación, y no al hecho cierto y concreto de que las fuerzas de seguridad y los magistrados irán a buscar las pruebas dentro del cuerpo del sospechoso, más allá de lo desatinado de una política criminal selectiva que atrapa sólo a los más vulnerables al sistema.

Aquí sólo se plantean reflexiones acerca de la constitucionalidad de esas medidas, evitando caer en argumentaciones voluntaristas fundadas en ideologías que no se expresan claramente. El resultado de tales tomas de posición no expresadas conduce a argumentaciones que se oponen a la búsqueda de pruebas sobre o con el cuerpo del imputado para determinados casos pero las justifican en otros. Un método tal no podrá prosperar en los tribunales porque no propone el debate de cuestiones jurídicas –como lo sería el respeto por el principio de proporcionalidad y última ratio- sino políticas. El resultado es conocido: una toma de posición opuesta por parte del magistrado puede redundar en un menoscabo de esas garantías, como se ha visto con la utilización en el foro del consabido método de justificar procedimientos inicialmente inconstitucionales, recurriendo a su resultado exitoso, especialmente en materia de estupefacientes. Si no es deseable que un juez aplique su ideología política para interpretar en contra del imputado una garantía constitucional, no se puede caer en el mismo vicio.

El tema de este trabajo versa sobre el alcance de las medidas de coerción personal, es decir, si éstas pueden llegar incluso dentro del cuerpo del imputado. Se encuentra involucrado el concepto de dignidad humana y varias garantías fundamentales universalmente reconocidas; se han puesto de manifiesto con innegable actualidad a través de formas contemporáneas de criminalidad ya mencionadas.

criterio tiene tres caras: la idoneidad, la subsidiaridad y la proporcionalidad en sentido estricto. La injerencia habrá de ser idónea para la satisfacción del objeto y fin para el que está prevista la medida. La subsidiaridad indica que no debe haber otro medio menos lesivo que produzca el mismo resultado. La proporcionalidad implica un juicio de valor: algo que puede ser proporcionado para un criterio, se puede transformar en desproporcionado, como por ejemplo, una prisión preventiva excesiva, o una inspección corporal. Todos estos argumentos son recurrentes en la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, cuando se preguntan si la medida era necesaria en una sociedad democrática.

V. Pruebas contra la voluntad del imputado y las garantías en juego.

1. La mayor injerencia en la persona la constituye la extracción de sangre y por ello esa prueba será la referente en este trabajo, quedando en claro que los principios que de ello se deduzcan, son aplicables a las demás. Cada vez son más comunes los casos en que resulta necesario realizar alguna peritación con la sangre del imputado. Ello así en procesos donde se requiera conocer, en relación con menores, la filiación o exclusión del vínculo con imputados y víctimas de su sustracción. Las modernas técnicas desarrolladas en ese campo han demostrado gran utilidad y porcentajes de certeza asombrosos. La extracción de una pequeña muestra de sangre a los inculpados y a los menores permite realizar uno o varios estudios de cuyo resultado negativo depende casi por completo una condena. Asimismo, padres y abuelos reclamantes han podido encontrar a sus descendientes hasta entonces desaparecidos para ellos, e iniciar o proseguir acciones y lograr restituciones. Es perfectamente imaginable la cantidad y variedad de casos en que una prueba del fluido sanguíneo constituirá prueba fundamental en un proceso, esencialmente, a partir del hallazgo de rastros de sangre dejados por el autor en personas o cosas, o de la necesidad de determinar el grado de intoxicación de personas ante situaciones para las que las leyes prevén consecuencias distintas, como la necesidad de establecer el grado de imputabilidad.

2. El problema, sin embargo, excede el nivel del derecho positivo procesal, pues no se resuelve porque la ley de forma permita ese tipo de exámenes, como ocurre en algunas provincias argentinas (art. 221 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba) o, más vagamente, en el Código Procesal de la Nación que autoriza la inspección corporal y requisita personal cuando el juez lo juzgue necesario (arts. 218 y 230), sino mediante un cotejo de esa medida con la Constitución Nacional y Pactos Internacionales con jerarquía superior a las leyes.

3. La cláusula que proscribe la **autoincriminación** compulsiva suele ser vista como un primer obstáculo para la extracción de sangre o tomas de muestras contra la voluntad expresa o presunta del sujeto. Sin embargo, desde antiguo en los Estados Unidos de América -cuya Constitución ha sido molde de la Argentina- la interpretación de esta garantía ha sido que la Ley Fundamental prohíbe el uso de compulsión física o moral para obtener comunicaciones o expresiones de una persona, pero no excluye al cuerpo como evidencia cuando esta es material. La evidencia si es material resulta apta o competente (Corte de E.E.U.U., 218 U.S. 245). La voluntad del sujeto sobre el que recaerá el examen no es relevante, tanto si se niega como si está inconsciente, porque el privilegio protege a una persona sólo de verse obligada a testificar contra sí misma o de proveerle al Estado de alguna otra prueba de naturaleza testimonial o comunicativa. Su participación como donante es irrelevante respecto del resultado que depende exclusivamente de análisis químico (Corte de E.E.U.U., 384 U.S. 757). Por su parte, la Corte argentina dijo hace tiempo que un reconocimiento del imputado "no está comprendido en los términos de la cláusula que veda la exigencia de "declarar contra sí mismo" ni es colorario de la exención postulada de producir otra prueba incriminatoria. Ello, tanto porque la presencia del imputado en las actuaciones del proceso no es "prueba" en el sentido de la norma del caso, cuanto porque constituye corriente y razonable ejercicio de la facultad estatal investigatoria de los hechos delictuosos" y, siguiendo a la jurisprudencia norteamericana, dijo "que la cláusula que proscribe la auto-incriminación no requiere la exclusión de la presencia física del acusado como prueba de su identidad, como no impide la obtención y el uso de las impresiones digitales" (Fallos: 255:18 "Cincotta", del 13 de febrero de 1963).

En países con Leyes Fundamentales de distinto origen al nuestro, como España, tampoco se considera contrario a la cláusula pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución¹¹.

Se puede trazar una distinción a partir del alcance dado a la garantía: ésta sólo protege las comunicaciones, sean verbales, escritas, gestuales, porque en esos casos la prueba está en la mente, cuya exteriorización depende de la voluntad del sujeto, de su conciencia y de los procesos de sus razonamientos. Cualquier tipo de coacción tendiente a obtener una comunicación está prohibida¹². Se dice que en esos casos, el procesado es

¹¹ Tribunal Constitucional Español, sentencia 103/1985, de 4 de octubre de 1985. También José María Asencio Mellado, "Prueba prohibida y prueba preconstituida", Edit. Trivium, Madrid.

¹² Es interesante observar que en la Argentina también se considera coacción al juramento, es decir, que una persona no puede ser obligada a declarar bajo juramento de decir verdad por sus creencias, de modo que al

tratado como "sujeto de prueba", lo cual impide obligarlo a declarar, a realizar la reconstrucción de un hecho, o un cuerpo de escritura, o a aportar prueba incriminante¹³. En cambio, el punto aquí tratado difiere notablemente: se prescinde totalmente de la voluntad, consentimiento o aquiescencia del sujeto, la prueba se va a buscar a su cuerpo. El procesado es tratado como "objeto de prueba", lo cual da lugar a la factibilidad de otras medidas, como la extracción de huellas dactilares, de pelos, toma de fotografías, reconocimiento en rueda de personas por la fuerza, entre otras.

La posición minoritaria parte de un alcance más amplio de la garantía contra la autoincriminación y, por consiguiente, la interpretación más restrictiva de las facultades probatorias. Para ésta, lo proscripto es cualquier colaboración o cooperación del imputado en la adquisición de la prueba de cargo: "*nemo tenetur se ipsum prodere*", nadie puede ser compelido a proporcionar evidencia contra sí mismo. El voto del juez Schifffrin cuya reseña se transcribe en la nota es elocuente¹⁴.

imputado no puede recibírsele declaración testimonial (Fallos: 1:350; 227:63; 281:177; 312:2146; 318:1476), a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos de América donde se ha interpretado que la cláusula sólo proscribía obligar a declarar, pero que si decide hacerlo, debe comprometerse a manifestarse verazmente, y por ello, a los sospechosos se les recibe testimonio. En el Código de Justicia Militar argentino se ha planteado el problema pues al imputado si bien no se le recibe declaración bajo juramento o promesa de decir verdad, puede exhortársele a que se produzca con ella (art. 237 C.J.M.) lo cual ha dado lugar al pronunciamiento de Fallos: 312:2146 ya citado, rechazando su inconstitucionalidad porque la exhortación carece de consecuencias jurídicas o morales.

¹³ Coinciden con esta distinción Alejandro Carrió, en "Garantías Constitucionales en el Proceso Penal", Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1994, 3a.edición, p. 314; Gullco, Hernán Víctor "¿Es necesario el consentimiento del interesado para una inspección corporal?", Doctrina Penal, año 12, nums.1 45/8, Edit. Depalma, 1989, p. 117; Rojas, Ricardo M. y García, Luis M., "Las inspecciones corporales en el proceso penal. Un punto de tensión entre la libertad individual y el interés en la averiguación de la verdad", Doctrina Penal, año 14, nums. 53/4, enero-junio 1991, Edit. Depalma, p. 183.

¹⁴ Voto del Dr. Leopoldo Schifffrin en la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, causa 16.635 "Valdez, Francisco Andres s/ inf. art. 292 y 33 inc. c) ley 20.974". 13-6-96. En esa ocasión recurrió a la cita de Norberto Spolansky quien hacía la distinción entre aquello que decimos que hacemos y aquello que afirmamos que nos pasa o por lo menos, que otros hacen. La declaración que presta un imputado es un acto que este hace, ya que se trata de un acto voluntario. El ser fotografiados, o reconocidos, es algo que otros hacen, o quizás algo que nos pasa (el estar registrados en una placa, el estar identificados). No es esto algo que nosotros hacemos, ni que se nos compela a hacer, ya que el reconocimiento es algo que hace una tercera persona, con prescindencia de nuestra decisión... medidas que incluyen algunas en las que la presencia del procesado es necesaria. Pero en esos actos el sospechoso no hace algo sino que otros lo hacen. En ese conjunto de actos el Estado puede valerse de la coacción con el objeto de practicar medidas. Un límite señala la barrera infranqueable para el uso de la fuerza: no se puede compeler a nadie a declarar; esto es, no se puede coaccionar para que el imputado haga algo. El otro límite está dado por el respeto a la dignidad personal: el uso de la fuerza no puede estar dirigido a lesionar el cuerpo de la persona (Spolansky: "Nadie está obligado a declarar contra si mismo, falso testimonio y culpabilidad", La Ley T. 140, p. 701/7).

Cita la crítica de Carrió: considera que es una distinción trabajosa. ¿En qué categoría está el requerimiento de que el imputado se coloque junto a otros individuos para un reconocimiento en rueda de presos? No se le pide allí acaso que se pare de determinada manera, para posibilitar su comparación con otros? Y para extraer sangre o tomar huellas dactilares, no necesitamos al menos del imputado un mínimo de colaboración? Al mismo tiempo, cuál es la diferencia entre pedirle al imputado que haga un cuerpo de escritura, y requerirle que integre una rueda de presos o permita se le extraigan huellas? Paralelamente, es claro que es muy importante distinguir entre lo que cae bajo la órbita de la garantía contra la autoincriminación y lo que no. Así, mientras que en el primer caso es notoriamente ilegítimo forzar a un imputado para que hable, parece mayoritaria la opinión de que es lícito extraerle sangre para un dosaje o tomarle huellas digitales, aun contra su voluntad. Vemos pues, que aunque esta distinción para Carrió sea criticable, no por eso acepta que no pueda aplicarse la fuerza para obtener huellas digitales u otras intervenciones graves. Empero, su crítica lo lleva a excluir por completo que quepa coaccionar al imputado para prestarse a una reconstrucción del hecho, pues su resistencia no puede ser vencida si no es a costa de groseros vejámenes... Y añade que es claro que para el imputado que se niega a intervenir en un reconocimiento, lo sensato sería poder compelerlo mediante un mecanismo civilizado, tal como penarlo por considerarlo incurso en una obstrucción a la justicia. A ese fin sería menester crear por ley una figura penal que cubra esa hipótesis. (Carrió, Alejandro. "Garantías Constitucionales del Proceso Penal", Edit. Hammurabi, Bs.As. 1994, pag. 319/320).

Continúa Schifffrin, quien dice: encuentro realmente inadmisibles que el cuerpo humano sea considerado como una cosa equiparable a una construcción. Tal grado de dualismo, superior al neoplatónico, me asombra. El requisito mínimo de una concepción humanista y personalista se halla en otorgar al cuerpo humano su carácter de dimensión espacial de la persona, que hace que ese cuerpo sea tan sacrosanto como el espíritu que lo impulsa. Toda consideración, pues, en que el cuerpo sea degradado a objeto de investigación, debe desecharse, so pena de contravenir en forma irreparable de la primacía de la dignidad humana que es el fundamento del orden constitucional (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Considerandos-Preámbulo; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales, Preámbulo; Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, Preámbulo; Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo, primer párrafo). Por otra parte, la crítica de Carrió a la distinción entre el imputado como sujeto activo de adquisición probatoria y sujeto pasivo de la misma, resulta válida en cuanto actos como tomar fotografías, imprimir huellas digitales, practicar la reconstrucción del hecho, aparecer en el reconocimiento en rueda de presos, efectuar extracciones de sangre, y otras intervenciones corporales, requieren, en mayor o menor grado, la cooperación del imputado cuya resistencia

Sin embargo, esta posición conduce a la deslegitimación de cualquier medida de coerción personal (detención, prisión preventiva, cualquier intimación que implique sometimiento al proceso), pues todas ellas también constituyen un modo de colaborar o cooperar con la contraparte en la elaboración de un cuadro cargoso, en tanto y en cuanto permiten la marcha de proceso en su contra; o bien, justifican una suerte de proceso en ausencia del imputado, lo cual puede conducir a consecuencias mucho más graves que las que se pretenden evitar. No parece que la cláusula de la no autoincriminación pretenda tal desarmonía respecto de otros derechos y principios constitucionales y de jerarquía internacional, sino solamente un límite infranqueable para la persecución penal del Estado que impide tratar al inculpaado como si no fuese un ser humano. El mismo Schiffrin se da

sólo puede vencerse con aplicación de medios coactivos que, -y en esto critico a Carrió- en todos los caos pueden llegar a groseros vejámenes. Pone de ejemplo el atar a un preso para sacarle huellas dactilares.

En realidad, Carrió -sigue Schiffrin- lleva el razonamiento a sus consecuencias últimas, cuando termina admitiendo una obligación del imputado a someterse a los actos de prueba que se le requieran bajo sanción penal. Por cierto que esta idea no es novedosa, por el Código Josefino que, al promediar el siglo XVIII, suprimió la tortura en Austria, para vencer la resistencia del imputado prescribió la fustigación y el ayuno; la primera se aplicaba de tres en tres días, comenzaba con diez golpes de vara y podía subir hasta treinta (Manzini).

Con esto quiero señalar -continúa Schiffrin- que es de la esencia del derecho procesal penal liberal y humanista excluir toda obligación jurídica de cooperación del imputado en la adquisición de la prueba de cargo. En el proceso formativo de la garantía contra la autoincriminación en el derecho anglo-americano, precipitó en la idea que expresa la máxima "nemo tenetur se ipsum prodere" y que la Declaración de Derechos de Virginia en su sección 8va., estableció en los términos de que nadie puede ser compelido a proporcionar evidencia contra sí mismo. Si la enmienda V de la CN EEUU que parte de la declaración de Virginia, solo manifiesta que nadie puede ser compelido a ser testigo contra sí mismo, ello obedeció a una redacción no tradicional adoptada por James Madison y sometida a discusión en otros aspectos, pero sin que nadie manifestara representaciones distintas a las que se encontraban en la fuente virginiana. El art. 18 CN es una versión de la V Enmienda, pero no debe entenderse en un estrecho sentido literal, y tampoco lo hacen así los autores argentinos que antes hemos examinado. Aquello que no comparto en sus posiciones consiste en que admiten la coerción física y psíquica para obtener prueba de la esfera corporal del imputado, otorgando prevalecencia al interés en la averiguación de los delitos sobre exigencias elementales de respeto a la dignidad de la persona y a la presunción de inocencia. La coerción para extraer prueba mediante la manipulación corporal del imputado no es admitida por los autores citados de manera general, sino con atenuaciones y matices que, como surge de sus propias manifestaciones y se advierte en los avatares de la jurisprudencia norteamericana, fácilmente ceden dando lugar a confusiones en cuyos vahos de disipa la garantía mínima que se buscaba preservar.

Lo ilustra bien el fragmento del autor alemán Walter Sax que incluyen en su trabajo García y Rojas (que cité en la nota anterior), concerniente a las intervenciones corporales coactivas. Sax expresa: "Prescindiendo del reproche espiritual, de lo desagradable y de los dolores que le son impuestos coactivamente al imputado, y que son considerados con temor incluso por un enfermo que se somete voluntariamente para su curación, el afectado tiene que experimentar ese tratamiento coactivo como humillación desconsiderada de su personalidad, como una suerte de moderna tortura, que ahora, como antes, le exprime elementos de prueba mediante la actuación dolorosa sobre su cuerpo, de hecho el art. 81a. está no solo en llamativa desproporción con la cuidadosa protección de su libertad de formación de su voluntad y decisión, sino también en desproporción con las intervenciones coactivas ya tratadas. El imputado que ha puesto a seguro el secuestro de un elemento de prueba en hábil escondite, está cuidadosamente protegido contra los actos de coerción para que revele el escondite, pues no son admisibles contra el ni el arresto de multas procesales para obligarlo a declarar. Sin embargo, si el elemento de prueba se halla en o dentro de su cuerpo, entonces se lo puede extraer coactivamente, según el art. 81a, por medio de intervenciones corporales de los mas incisivas. La privación de la libertad está sujeta a la exigencia de la manifestación externa del hecho (aprehensión provisional) o de la grave sospecha del delito (detenciones). Los exámenes corporales humillantes, y las intervenciones en la integridad corporal más desagradables y dolorosas son admisibles, al contrario, ante una mínima sospecha; más aún, a menudo sirven para fundamentar con seguridad la sospecha (muestra de sangre)".

Reconoce que es la jurisprudencia de la Corte de EEUU con la fuerte disidencia de que como titular de la acción pública (persecutor) el Estado no tiene derecho de cometer ningún acto de violencia sobre la persona o utilizar los resultados de tal entuerto.Queda por señalar la diferencia que media entre la coerción aplicada para manipular la corporeidad del procesado a los fines probatorios de aquella destinada a asegurar su comparencia, que no es distinta a la que se aplica a los testigos tanto en el enjuiciamiento penal como en el civil. Tal coerción es el correlato del deber de presentarse que pesa sobre todo llamado por la administración de justicia, obligación que, como vemos, no es específica del imputado y no lo diferencia de cualquier otro sujeto a los requerimientos judiciales. La celosa delimitación de la posibilidad de violencia estatal en el campo de la persecución penal, responde al valor de no privilegiar el ius puniendi -ideal muy abstracto-, cuyo ejercicio práctico está tan lejano al tratamiento igual de todos los infractores, y de la efectiva y generalizada aplicación de las penas, enmarcada en una selectividad espuria, por arriba del concreto padecimiento que el enjuiciamiento penal significan para el sujeto de carne y hueso que es aprehendido en su maquinaria y que siempre se encontrará en desventaja respecto del órgano acusador (Baumann)

En consecuencia, estimo que en ningún caso puede obtenerse prueba en contra del imputado que exija la utilización de la dimensión corpórea de este, sin decisión judicial que repose en su consentimiento libremente manifestado, lo cual supone la información previa acerca de las finalidades del acto y de su facultad de abstenerse de producirlo.

Para más información sobre la historia de la cláusula contra la autoincriminación, imperdible, el voto del Dr. Schiffrin en la causa "Ramos, Horacio Daniel s/ infrac. Artes. 213 bis, 80 y 91 del CP", del 22 de mayo de 1997, donde el juez Dugo asume la posición contraria.

cuenta de ello al final de la nota cuando justifica medidas de coerción para la comparecencia de testigos e imputados al proceso, porque entender que tal deber de presentarse ante cualquier requerimiento de la administración de justicia comprende también al imputado y no sólo a los demás habitantes en general, conduce al mismo problema: ¿acaso es un *deber* del imputado presentarse a cualquier medida procesal en una causa en su contra?

De todos modos, la posición de Leopoldo Schiffrin debe ser atendida como una hipótesis de máxima a alcanzar. Los avances científicos también deben ser empleados en el proceso penal y con ello, será cada vez menos necesaria la presencia y el cuerpo del imputado. Es evidente que este asunto no está contemplado dentro de los criterios con que se asignan los recursos económicos en la mayoría de las sociedades y, en consecuencia, el que soporta los costos ante serios anacronismos es el sospechoso sometido a proceso. Es viable y no utópico un proceso penal donde el imputado no sea requerido más que para ejercitar su defensa, aunque la realidad cotidiana nos muestre que la política del “cachetazo” en una oscura celda es la solución “práctica y económica” para el descubrimiento de los delitos. En realidad, a esta altura de los avances tecnológicos, tales técnicas son un “cachetazo” a la inteligencia de los miembros de la sociedad toda.

4. La garantía persigue evitar que mediante su violación se llegue a un resultado incriminante para el imputado y que su negativa a manifestarse genere **una presunción de culpabilidad**. Al respecto la Comisión Europea de Derechos Humanos en relación con situaciones similares a la extracción de sangre, las pruebas alcoholométricas, ha dicho que consisten en un medio, "una posibilidad ofrecida al acusado de probar un elemento que le disculpa y ello no equivale a establecer una presunción de culpabilidad... un examen de sangre, si el resultado es positivo, puede abocar a una condena..., sin embargo, este mismo examen, si es negativo, puede disculpar al imputado...". Es decir, no se trata de un acto de inculpación, sino de "un método de prueba que puede ser tanto favorable como desfavorable"¹⁵. No comparto este criterio. Es posible sancionar al conductor de un vehículo que se niega a prestarse a un control de aliento, como también a un contribuyente que no exhibe su documentación fiscal a los inspectores de la Dirección General Impositiva (ver ley 11.683), o al conductor de rodados que no exhibe la documentación para circular (ver art. 22 Decreto-ley 6582/58, ratificado por ley 14.467 y modificaciones de la ley 22.977). Pero otra muy distinta, es que de esas negativas se pueda trazar una presunción en su contra de que ha conducido alcoholizado, que el contribuyente está evadiendo impuestos, o que el automóvil es robado. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre este punto, es decepcionante¹⁶.

5. Para que las medidas de coerción personal tengan legitimidad, es necesario exigir lo que la doctrina norteamericana llama **causa probable**, y la argentina, fundamentación, indicios vehementes, estado de sospecha basados en datos objetivos, que constituyen exigencias derivadas de la **presunción de inocencia**. Se trata de un estado previo, conformado por la existencia de pruebas y/o indicios bastantes, en que debe encontrarse el inculpado, del cual se desprende con bastante seriedad y gravedad que ha tenido algún tipo de intervención en el hecho que se investiga. Este estado de cosas debe ser anterior y es el que justifica *ex-ante* la realización de las medidas de coerción personal, pero no a la inversa, es decir, el resultado exitoso, no legitima ni permite considerar cumplido el requisito de causa probable. También es el que da la medida, la pauta a seguir, respecto de la prueba a realizar, es decir, la proporcionalidad y su necesidad. Porque evidentemente, si a alguien se le ocurriese disponer la realización de pruebas de sangre para establecer la ilegitimidad de las relaciones de parentesco registradas por toda la población, se descubrirían gran cantidad de delitos, pero esta actitud propia de un "derecho penal de autor" o Estado de Policía acarrearía un costo muy alto: la supresión del estado de libertad del que deben gozar todos los ciudadanos.

Respecto de la recepción legislativa de este principio, conviene destacar que en la Argentina, a diferencia de Estados Unidos de América (Enmienda IV de la Constitución), no tiene recepción constitucional expresa, sino legal -p.ej. los códigos procesales exigen fundamentación previa para librar una orden de allanamiento-, por lo que su exigencia según los casos ha sido variable, haciéndosela derivar de otras garantías como la de inocencia o el principio de legalidad¹⁷.

¹⁵ Comisión Europea de Derechos Humanos, Decisión 8239/1978, del 4 de diciembre. Citada por José María Asencio Mellado, en "Prueba prohibida y prueba preconstituida", edit. Trivium, Madrid.

¹⁶ Ruiz, Victoria. *Acerca del Derecho a No Autoincriminarse en los Fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos* (inédito, a publicarse en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. Ad-Hoc, año 2001).

¹⁷ Ver, entre muchos otros, Fallos: 315:1985 "Daray"; Fallos: 321:2947 "Fernández Prieto".

6. La medida debe guardar **relación directa e inmediata** con el objeto procesal de una causa concreta y ser conducente para el esclarecimiento de los hechos que en ella se investigan; porque puede haber estado de sospecha verosímil pero la medida no ser pertinente para descubrir hechos atinentes al objeto procesal, lo cual conduce a la ya mencionada **proporcionalidad, razonabilidad o adecuación de medios a fines**. No parece que deba darse el mismo tratamiento a la obtención de evidencia de un modo brutal y ofensivo a cuando ello es realizado de acuerdo a técnicas corrientes, adecuadas a los avances de las ciencias -médicas en el caso- y bajo supervisión de profesionales. El art. 81 a. de la Ordenanza Procesal Alemana prescribe que el examen corporal del imputado puede ser ordenado para la determinación de hechos que tengan importancia en el proceso, y que a ese efecto están permitidas las extracciones de sangre y otras intervenciones corporales practicadas por un médico según las reglas del arte de curar a los fines del reconocimiento, sin consentimiento del imputado cuando no sea de temer un perjuicio para su salud.

7. En cuanto a **la intimidad y la dignidad**, resulta interesante el tratamiento dado en España por el Tribunal Constitucional, al sostener que "el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el secreto corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante las que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona". Agregó además que la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos ante exigencias públicas, pues no es un derecho de carácter absoluto. Tal afectación sólo es posible por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva de trato degradante alguno. La decisión judicial debe ser motivada en una previsión legislativa y razonable en función de los fines que persiga la prueba en el caso concreto¹⁸.

De la intimidad, y de la zona de reserva del individuo, surge el derecho a disponer del propio cuerpo, pero cabe tener en cuenta que ello será así en la medida que no se afecte de algún modo el orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero (art. 19 CN). Una persona puede negarse a recibir asistencia médica, está facultada a dejarse morir, porque la garantía está dirigida al respeto de aquélla y no hay ley ni magistrado que se lo pueda impedir, pero no juega en favor de quien pretenda obstaculizar una investigación criminal tendiente a esclarecer los derechos de terceros y en la que él no es parte ajena sino sospechosa¹⁹.

Fuertes objeciones, como las desarrolladas por Schiffrin en la nota citada, pueden partir de postulados filosóficos que indican que una persona no puede ser tratada como un objeto, ni servir de medio para algún fin, y que el cuerpo no puede ser escindido de la mente. Se razona que la Constitución protege a la persona o sujeto íntegramente y que no ha trazado distinción alguna por la cual se autoricen intromisiones corporales pero no coacciones mentales.

Sin embargo, estos principios no tienen aplicación en el caso en estudiado. La comprobación de lesiones, la compulsión a integrar una rueda de personas, la toma de fotografías, la impronta de la huella digital, entre otras, son actividades que no implican tratar como un objeto al ser humano, por más que se utilice la expresión "objeto de prueba", pues no implican que se pueda hacer cualquier cosa sobre él.

Los pactos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional no proscriben cualquier clase de injerencia en los seres humanos, sino aquellas que son arbitrarias, para cuya determinación debemos remitirnos a lo dicho sobre proporcionalidad.

8. En cuanto a **la integridad corporal** resulta claro que se producen, al menos formalmente, lesiones²⁰. Un pinchazo y la extracción de fluido sanguíneo producen, por leve que sea, una modificación en el cuerpo y dolor físico. Es en definitiva, una violencia sobre el sujeto. No se trata de consecuencias psíquicas porque éstas se derivan de otras causas y no de la extracción de sangre en sí misma. La falta del consentimiento del sujeto

¹⁸ Tribunal Constitucional Español, Sentencia 37/1989, de 15 de febrero de 1989. Ver también José María Asencio Mellado, ob.cit.

¹⁹ Puede verse un desarrollo de este principio en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa B.605 -XXII- "Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar", resuelta el 6 de abril de 1993.

²⁰ Utilizamos la expresión "formalmente" porque podría argumentarse que no existe imputación objetiva porque se trata de un riesgo permitido por la esfera de protección de la norma, o porque a esta altura del desarrollo social con una extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, no se verifica una afectación o puesta en peligro al bien jurídico protegido por la norma "no lesionarás" contenida en el tipo.

impiden para la mayoría sostener una causal de atipicidad²¹. Es aquí donde entra en consideración la preponderancia de intereses para justificar la acción y la proporcionalidad y racionalidad del medio elegido para lograr el fin superior con el mínimo riesgo y daño. La pauta utilizada es la ya mencionada en la Ordenanza Procesal Alemana y seguida por la jurisprudencia: la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, realizada por medios ordinarios de la ciencia médica y por profesionales.

9. Se sostiene que toda intromisión en la intimidad debe provenir de la ley. Si esto es así cabe preguntarse si la ley argentina 23.511 es esa ley. El **artículo 4º de la ley 23.511** dispone que "Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia. La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente". Esta ley creó el Banco Nacional de datos Genéticos, con el fin de obtener y almacenar información genética que facilite la determinación y esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación, aunque su origen concernía a los niños desaparecidos o presuntamente nacidos en cautiverio en el último gobierno de facto.

Ahora bien, más allá de la problemática en el campo del Derecho Civil, y el conflicto que esa norma puede presentar con el art. 253 del Código Civil²², en alguna ocasión se ha considerado que los imputados a quienes se reclama una extracción de sangre para pruebas genéticas de filiación, pueden negarse a su realización amparándose en esta ley y, por necesaria implicación, la imposibilidad de proceder compulsivamente con ese propósito²³, lo cual en todo caso generará la presunción allí mencionada.

Es cierto que se ha considerado constitucionalmente válido que el legislador establezca presunciones legales en materia criminal²⁴, pero ello es así porque la necesidad de que el Estado pruebe por los medios establecidos en las normas rituales todas las circunstancias que determinan que una acción sea un delito no lleva a que deba hacerse cargo de cualquier excusa alegada por los imputados, sino sólo de aquéllas que resulten verosímiles.

Esta presunción en su contra no puede jugar en materia penal porque ningún habitante podría ser condenado sobre la base de su negativa a someterse a una prueba de esta naturaleza²⁵ por virtud del principio de inocencia. Una solución semejante llevaría a una paradoja: si se trata de una norma que juega en favor del imputado, en cuanto puede negarse a la prueba, no se explica que la misma norma genere el riesgo de que se presuma su culpabilidad. Es evidente que esta norma no rige para el proceso penal, como que ninguna negativa a pruebas de todo tipo genera presunciones en contra de los imputados (a declarar, a formar cuerpo de escritura, a no franquear el acceso a un domicilio, a formar una rueda de reconocimiento, a no comparecer a la indagatoria, entre muchas otras) sino que, en todo caso, el Estado deberá ingeniárselas para conseguir elementos por otros medios legítimos²⁶. La negativa a una prueba de esta naturaleza en un proceso civil de

²¹ Según la concepción de Zaffaroni-Slokar-Alagia (Derecho Penal, Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2000), podría tratarse como una causal de atipicidad conglobante, toda vez que podría entenderse que el juez está dando una orden en cumplimiento de un deber, el de averiguar la verdad jurídica-objetiva en el proceso penal.

²² Art. 253 CC : "En las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte". Existe muchísima bibliografía y jurisprudencia que puede consultarse en las revistas jurídicas sobre las pruebas hematológicas en materia civil, en juicios de filiación, y en especial sobre el problema de esta presunción legal en contra de la parte renuente.

²³ Fallos: 313:1113 "Muller", consid. 22 y 23, voto mayoría, ya citado.

²⁴ Fallos: 254:301; 296:22; 302:1600; 305:1299; 306:1347; 310:937 y 1012; 312:111.

²⁵ Tribunal Constitucional Español, Sentencia 37/1989, de 15 de febrero de 1989, punto II, num. 2.

²⁶ La interpretación histórica -método inseguro de hermenéutica- de esta ley no dejaría lugar a dudas acerca de lo que estamos diciendo: su finalidad ya expuesta en el texto fue contemplada "con vistas a evitar la negativa de presuntos padres a someterse a las pruebas de histocompatibilidad -únicas posibles para la determinación de filiación natural-, se establece la presunción de falsedad de la paternidad alegada en caso de tal negativa", lo cual no regiría para los menores, respecto de quienes los análisis serían obligatorios de conformidad con lo dispuesto en el art. 14 de la ley 10.903 (Proyecto del P.E.N., 22 de abril de 1986, Mensaje y art. 7º, diario de Sesiones de Cámara de Diputados, ps. 3615/17). Esta última disposición guardaba coherencia con la finalidad de la ley, en cuanto los análisis tenderían a establecer un vínculo entre los menores y los abuelos u otros reclamantes (porque los padres habían desaparecido durante el Proceso de Reorganización Nacional, en la llamada "lucha contra la subversión" emprendida por el gobierno de facto) con prescindencia de los padres adoptantes o que los habían inscripto como propios (que generalmente, consciente o inconscientemente los habían adquirido de los captores de alguna madre detenida en esas circunstancias). En el Senado se hizo extensivo el proyecto a otros casos, teniéndose en cuenta que "en los servicios de maternidad más de una vez tuvimos inconvenientes en materia de filiación, y no se trataba necesariamente de chicos desaparecidos, hijos de madres torturadas o desaparecidas, cuyos partos fueran

filiación jugará sólo en contra del renuente a quien se podrá declarar progenitor con las consecuencias que ello genera en ese ámbito del derecho, mas en un proceso criminal la negativa también perjudicaría al menor cuyo derecho a conocer su identidad, de jerarquía constitucional, se vería totalmente conculcado, y de la sociedad toda en su interés en el descubrimiento del delito.

Quede claro entonces que la negativa del imputado no puede ser empleada en su contra, como no puede hacerse con su silencio (art. 18 CN), pero de ello no se deriva que deba dársele cabida o alguna relevancia jurídica a esa negativa. Así, por ejemplo, el acusado puede negarse a que se inspeccione su domicilio y el juez librará una orden de allanamiento que le franqueará el acceso; porque de esa negativa no se deriva que al juez le esté impedido allanar el domicilio, pero tampoco que la falta de consentimiento del imputado autorice a extraer una presunción o indicio en su contra. En estos casos, se prescinde de su voluntad (consentimiento o negativa) para la realización de la medida.

La Constitución de la Nación Argentina, establece en el art. 75, inc. 22. que diversos tratados y convenciones tienen jerarquía constitucional y son complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la primera parte de ella. En el inciso 23 del mismo artículo ordena al Congreso Nacional a legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Entre estos tratados, la Argentina ha incorporado la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su art. 7 dispone que el niño será inscripto 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 a ser cuidado por ellos. En el art. 8 establece 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 sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiada y con miras a restablecer rápidamente su identidad. En el art. 9 dispone que los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos. El informe del grupo de trabajo abierto por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas para la elaboración de un proyecto de Convención sobre los derechos del Niño, aprobado en su 45º período de sesiones por resolución 1989/57 del 8-3-89. La Asamblea general por conducto del Consejo Económico (Resolución 1989/79, del 24-5-89. Consejo Económico y Social E/CM.4/1989/48 del 2-3-89) señaló: "Algunas delegaciones preguntaron si el interés superior del niño debía ser la consideración primordial en todas las medidas. En general se observó que hay situaciones en que los intereses competitivos, entre otros, de la justicia y de la sociedad en general, debían tener por lo menos la misma importancia que los intereses del niño, o una importancia aún mayor...". Por eso uno de los observadores sugirió modificar la redacción del art. 3 en discusión así: que los intereses del niño debían ser una consideración primordial y no la consideración primordial. El representante de la Argentina adoptó esta posición, finalmente consagrada en el texto.

Si en una investigación criminal no se tiene en cuenta el derecho del niño a conocer su identidad, el Estado donde ello ocurra es responsable internacionalmente. Mas ello también ocurrirá si el Estado le da preeminencia a la voluntad del niño a *no* conocer su real identidad, con lo cual quedaría impune el hecho del que fueron víctimas no sólo él, sino también sus padres biológicos y sus abuelos²⁷.

En consecuencia, el derecho a conocer el origen o la identidad no es un concepto que pueda tratarse como el derecho de propiedad o análogos, y si bien constituye una obligación reconocerlo ampliamente en su faz positiva, debe tenerse mucho cuidado en su faceta negativa (derecho a no conocer la identidad), porque en definitiva, dar cabida a su negativa, perjudica a los padres y abuelos biológicos, a la sociedad toda²⁸ y, finalmente, al

atendidos en cárceles, sino por otros argumentos y antecedentes, por ejemplo, madres que dejaron a sus hijos en las salas de maternidad, tornándose muy difícil reconocer la filiación por medio de la justicia" (Cámara de Senadores, intervención del senador Gass, diario de sesiones, ps. 4349/96), ocasión en la que la segunda parte del art. 4º quedó redactada como ahora figura en el texto de la ley (Diario de sesiones de Diputados, ps. 438/9 y 502/3).

²⁷ Ver Fallos 319:3370 "Guarino" ya citada, donde la Corte desestimó la posición de la defensora oficial que en representación del menor víctima del delito se oponía a su análisis de sangre.

²⁸ Es muy importante el efecto de prevención general que han producido estas investigaciones sobre la paternidad, con o sin restituciones, además de encontrarse involucrados los tradicionales principios de descubrimiento de los delitos y de que éstos no rindan beneficios.

propio niño que vivirá en una constante mentira. A mi modo de ver, la voluntad del menor (aunque ahora sea adulto), no cuenta en estos casos, y si no quiere en lo personal conocer su verdadero origen, simplemente podrá adoptar la actitud de no enterarse; pero esa actitud renuente no puede perjudicar a terceros (escapa al art. 19 CN).

VI. La jurisprudencia sobre la extracción compulsiva de sangre.

a] La Cámara de Acusación de Córdoba, el 30-4-1980, en la causa "Peralta de Santos"²⁹ hizo lugar a la negativa de los encausados a la extracción sanguínea porque la falta de voluntad de los prevenidos tornaría imprescindible la cancelación física de aquellos, es decir, privarles de su autonomía corporal; pues se trataría de constreñir a los prevenidos para que decidan facilitar la realización de un medio de prueba que podría contener un factor probatorio en su contra, en contra del principio de que nadie puede ser compulsado a proveer prueba en su contra, y repugnan ese tipo de violencias investigativas que desconocen la pertenencia personalísima e intangible del cuerpo y producen un mal mayor que aquel que se pretende reparar. Esos apotegmas constitucionales que declaran la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos y, como consecuencia, que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo atienden a que la defensa es instintiva en el hombre. Todas las fuerzas de su espíritu y de su cuerpo tienden espontáneamente a ello, para asegurar la propia conservación y alejar cualquier mal que la amenace. La sociedad debe respetar esas direcciones necesarias de la naturaleza humana, atendiendo a sus propios elementos de coerción al establecer la culpabilidad, sin abusar de la fuerza de que dispone para obligar a un individuo, por tortura física o coacción moral, a ser el causante directo de su condena, contra su voluntad, dominado únicamente por el sufrimiento o el terror.

Como puede apreciarse, los argumentos ya expuestos contradicen esta postura y la refutan, porque no se trata de violentar la voluntad del sujeto para hacerlo consentir la prueba, sino de prescindir de ella. Con el criterio de la cámara no sería posible ninguna medida de coerción personal porque todas van en contra del instinto de defensa del ser humano y atacan bienes personalísimos del individuo.

El comentario de Núñez a este fallo explica estas razones y agrega: "Una cosa es que un medio probatorio sea inadmisibles por contrariar garantías constitucionales, y otra es que no se pueda practicar coercitivamente en forma legalmente prohibida. Una extracción de sangre con arreglo al método médicamente aceptado, no implica en sí misma violencia o vejación legalmente prohibidas... También es cierto que esa libertad debe ceder cuando en el asunto están comprometidos el orden y la moral pública o perjudicados los derechos de un tercero, cosa que no sería razonable negar en el caso de la búsqueda de la "verdad real" en una causa penal".

b] El Juzgado Correccional de Segunda Nominación, de la provincia de Córdoba, por sentencia del Dr. Roberto E. Spinka, en la causa "Virga" del 6-6-90, resolvió positivamente la cuestión al rechazar la nulidad de una prueba de extracción de sangre a un automovilista alcoholizado que había ocasionado lesiones, siguiendo el comentario de Núñez ya mencionado.

c] La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal se expidió respecto en un planteo de nulidad de un dosaje de sangre no consentido por el procesado. Consideró que la medida no violaba garantías constitucionales porque el procesado estaba sujeto a la revisión corporal de modo no sólo pasivo, sino también activo, porque en esa situación aparece como objeto del proceso, aún en contra de su voluntad y cuando el examen médico, realizado por persona idónea, no conlleva un peligro para su salud³⁰.

En Latinoamérica también se van abriendo paso estos problemas.

d] En la República Oriental del Uruguay³¹, se planteó la discusión en un proceso de familia; el matrimonio Gatti-Méndez solicitó la prueba de histocompatibilidad para comprobar si un menor -en 1990 de quince años de edad- que estaba adoptado por otro matrimonio, era hijo biológico de los peticionantes. Los adoptantes se negaron a la prueba de sangre, lo cual fue ratificado por el juez penal en tanto consideró que era conducente para acreditar o excluir la identidad y filiación, pero no para probar el objeto del proceso

²⁹ Semanario Jurídico, Córdoba, 13-IV-81, p. 87, con comentario de Ricardo C. Núñez.

³⁰ Causa "Aranguren", del 21-12-90, en Jurisprudencia Argentina, 1992-III-24, voto del Dr. Edgardo Donna, con cita de K.Heinz Gossel, Claus Roxin y Julio B.J. Maier.

³¹ Agradezco a la Dra. Mariana Malet Vázquez el material remitido desde la República Oriental del Uruguay.

penal cual es la existencia de una actividad delictiva. Se trataba de un niño comprendido en los casos de secuestros de las fuerzas armadas, realizado en Buenos Aires, en 1976, y los delitos que dieron origen a la sustracción habrían quedado comprendidos dentro de una ley uruguaya que dispuso la caducidad de la pretensión punitiva del Estado para esos hechos. La ley, remitía a la justicia civil para dilucidar la paternidad y tenencia del menor. La familia adoptante tendría vinculación con uno de los jefe militares al tanto o con intervención mediata o inmediata en el secuestro del menor.

El juzgado de primera instancia, el 14 de agosto de 1990, resolvió, en lo que al propósito de este trabajo interesa que: "La prueba que se solicita es lícita y en nada vulnera el respeto de la persona humana (principio de la naturalidad o espontaneidad y licitud de la prueba respecto de la persona humana). El principio antedicho no debe confundirse con el de la obtención coactiva de los medios de prueba en virtud del cual las cosas y, en ocasiones, la persona humana cuando es objeto de prueba (para exámenes médicos por ejemplo), deben ponerse a disposición del juez cuando se relacionen con los hechos del proceso (Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial, T.I, pag. 134/135). La extracción de sangre (hecho cotidiano para cualquiera), efectuada en una dependencia del Hospital de Clínicas, altamente especializado como es el Banco de Organos, no pone en riesgo alguno la salud del menor, ni su integridad física, ni es susceptible de producirle menoscabo".

En segunda instancia, el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2do. Turno, el 15 de mayo de 1991, revocó la medida por considerar que no era conducente en esa etapa del proceso, porque no obstaba a que los reclamantes iniciaran el proceso de nulidad de la adopción, y que la medida se podría llevar a cabo en la etapa de prueba de ser necesaria.

Sin embargo, el 25 de mayo de 1991 se celebra una audiencia, el juez de familia resuelve admitir la prueba de histocompatibilidad y ADN en la forma solicitada por la actora. Impugnada esa medida, el 3 de agosto de 1992, el juzgado de primera instancia la mantuvo.

El 6 de octubre de 1993, en segunda instancia se hizo lugar a la medida, pero quitándole el carácter compulsivo, debiéndose atender la voluntad del menor.

Es decir, niega que en el ámbito del derecho de familia pueda realizarse la prueba compulsivamente, lo que equivale a resolver negativamente el punto discutido, con un resultado social cuestionable, en la medida que la parte tampoco podrá demostrar el nexo biológico en sede penal porque las acciones por esos delitos han quedado incluidas en la mencionada ley que impide su prosecución.

Como era obvio, el caso volvió a primera instancia y el juzgado, el 10 de diciembre de 1993, dispuso que atento la negativa del menor, debía prescindirse de esa prueba.

e] En el Brasil³², el tema fue tratado en un proceso de familia. El Supremo Tribunal Federal, en un Habeas Corpus interpuesto por José Antonio Gómes Pinheiro Machado, el 10 de noviembre de 1994 resolvió no permitir la prueba de DNA en un proceso por reclamo de paternidad. El nombrado se había rehusado pero los tribunales de las instancias anteriores habían decidido que debía someterse a ella compulsivamente.

Transcribiré algunos argumentos de los magistrados, en favor y en contra de la prueba, con la reserva de que se trata, al igual que el caso anterior, de un proceso civil donde la discusión se mueve entre otros parámetros:

Ministro Marco Aurelio: que el juez competente de la investigación de la paternidad debería dar a la renuencia del reo el efecto procesal más adecuado en el ámbito de la distribución de la prueba, pero esa prueba no correspondía por ser inconstitucional. La inspección del cuerpo sólo es posible con el consentimiento del interesado, aunque que no haya otras pruebas, pues la inspección corporal no puede hacerse coactivamente. Ello, además de invertir la carga de la prueba conlleva a una presunción de paternidad. La prueba violaría el principio de legalidad, porque nadie esta obligado a hacer o dejar de hacer una cosa sino en virtud de ley. Aunque hubiese ley, estaría viciada -en este proceso de contenido personal y patrimonial- de inconstitucionalidad por violación a la intimidad, a la vida privada, a la honra y a las imágenes de las personas. Es irrecusable el derecho del paciente a no ser conducido a un laboratorio y a que se le extraiga sangre. Esto es así porque la hipótesis del caso no es de aquellas en que el interés público se sobrepone al individual, como en las vacunaciones obligatorias en épocas de epidemias, o la búsqueda de la preservación de la vida humana en aquellos conocidos casos en que convicciones religiosas arraigadas acaban por conducir a la pérdida de la racionalidad .

³² Agradezco al Dr. Dyrceu A. D. Cintra Jr. y al IBCCrim, la remisión del material y la información proporcionada sobre la situación en el Brasil.

Ministro Francisco Rezek: La no comparecencia de la parte puede acarrear sanciones específicas, mas no autoriza que ella sea conducida por la fuerza pública (art. 5 de la Constitución Brasileña). Se pregunta que derecho debe prevalecer: el del niño a su real identidad o el de la intangibilidad física.

El derecho al propio cuerpo no es absoluto e ilimitado. La incolumidad corporal debe ceder a veces en aras de un interés preponderante, como en la vacunación en casos de salud pública.

Ese principio debe ceder ante el derecho a la identidad, que salvaguarda en última instancia el interés también público. Es contundente la relación de pertinencia entre la prueba pretendida y el objeto de la acción donde se discute la paternidad.

Ministro Carlos Velloso: en autos se encuentra involucrado el derecho del niño a conocer a su padre biológico. Este proceso no finca en un mero interés patrimonial. La consecuencia de la sumisión sería impregnar a esa resistencia el carácter de una confesión ficta. Pero eso, si tiene importancia para la satisfacción de meros intereses patrimoniales, no resuelve ni es suficiente frente a intereses morales, como el derecho a la dignidad que la constitución asegura al niño y al adolescente, y uno mayor que todos ellos: el hijo tiene derecho a conocer o saber quien es su padre biológico. El examen de DNA tiene un grado de error diminuto.

No presta servicio a la dignidad de una persona, que ésta sea sustentada por otro, como si fuera su padre, simplemente porque ese otro no quiso someterse al examen, quedando sujeto a la pena procesal de confesión ficta. Esto resuelve la cuestión patrimonial. Pero el derecho de familia no contiene disposiciones solamente privatistas, sino que es mucho más público que privado. Con el desarrollo actual del derecho de familia y de las ciencias biológicas, la resistencia al examen evoca o recuerda la resistencia que fue puesta en el siglo pasado a la obligatoriedad de la vacunación. Hoy en día ese desenvolvimiento impide el fetichismo que se acostumbra prestar a ciertos medios de prueba.

Ministro Sydney Sanches: No le parece posible conducir a alguien a juicio y someterlo contra su voluntad, incluso por la fuerza, a la extracción de sangre, como tampoco le parecería para una extracción de esperma, o forzar a alguien a realizar elementos gráficos, con el propio puño. En el proceso penal, aunque se admita que el reo pueda ser conducido coactivamente, ¿no se puede callar?. Repugna la naturaleza humana y de las cosas compeler a alguien contra su voluntad a servir como objeto de prueba, con violación de la intimidad de su cuerpo. La renuencia podrá repercutir negativamente contra aquel de que de ella se vale, pudiéndose hasta considerar probado lo que se quería probar con el examen. Además, en la situación de autos, la renuencia del paciente puede facilitar aún más el éxito de la acción investigatoria de la paternidad, de suerte que no hay perjuicio para la parte contraria.

El derecho al reconocimiento de la paternidad no es indisponible y por eso no se justifica la compulsividad. Tal derecho (el reconocimiento de la paternidad) es personalísimo. Puede ser ejercitado o no.

Ministro Ilmar Galvao: La renuencia a aportar el material necesario para el examen pericial de DNA, en cuanto puede configurar un indicio de paternidad, puede satisfacer por entero al actor de la acción. Primeramente porque se trata de un mero indicio insuficiente para autorizar una presunción de paternidad para el dictado de una sentencia contraria al paciente, como ocurre en acciones meramente obligacionales.

En segundo lugar, porque no se busca con la investigación, la satisfacción de un interés meramente patrimonial, mas sobretudo, la consecución de intereses morales, que solo encontraran respuesta en la revelación de la verdad real acerca del origen biológico del hijo pretense, puesta en duda por el propio paciente o por otro.

Se trata de un interés que sobrepasa los límites patrimoniales estrictos, poseyendo nítida connotación de orden público, aspecto suficiente para suplantar en favor del pretense hijo, el egoísta derecho del paciente, fundado en la incolumidad física, en el caso, afectada en proporción ridícula.

No es por otra razón que en acciones de esta especie, que son acciones de estado (de familia) la intervención del ministerio público es obligatoria. En la confrontación de los dos valores, no tiene dudas en posicionarse en favor del hijo.

Ministro Octavio Gallotti: Está de acuerdo en que no es meramente patrimonial el derecho, pero también que no es un derecho indisponible. Es un derecho individual, no corresponde a los intereses colectivos, como sucedería si se tratase de un proceso criminal, o en la hipótesis de la vacunación, que responde a la protección de la salud pública.

De la renuencia del paciente deviene en el proceso civil, una presunción favorable a las alegaciones de la parte contraria. La parte actora conoce o pretende conocer la verdad, y si a tal convicción propia del actor se junta la declaración del juez fundada en una presunción por la renuencia del paciente, se ha establecido la verdad.

Ministro Sepúlveda Pertence: Es risible el sacrificio impuesto a la inviolabilidad corporal ante la eminencia de los intereses constitucionalmente tutelados en la investigación de paternidad.

f] El Tribunal Constitucional Español ha reiterado su posición convalidante de las extracciones compulsivas de sangre, en relación con una prueba de alcoholemia, en la Sentencia 252/1994, de 19 de septiembre de 1994, Sala Primera. En otra importante sentencia, pero en cuanto al proceso civil de reclamo de paternidad (Sentencia 7/1994, de 17 de enero de 1994; que puede leerse extractada en El Derecho, Tomo 157, p.255 con comentario de Bidart Campos) el Tribunal Constitucional expuso los requisitos que debía reunir la realización de esta prueba: 1) el examen hematológico debe ser practicado por un profesional de la medicina, en circunstancias adecuadas para que no sea considerado degradante o indigno; 2) debe existir una causa prevista por la ley que justifique la medida judicial; 3) solo se justifican esas pruebas biológicas cuando son indispensables para alcanzar fines constitucionalmente protegidos, es decir, que no sean obtenibles por otros medios menos lesivos; 4) no se pueden realizar si implica un grave riesgo o quebranto para la salud; 5) la medida debe guardar adecuada proporción entre la intromisión que conlleva en la intimidad y la integridad física o moral del afectado por ellas, y la finalidad a la que sirve; 6) esta ponderación debe plasmarse en la motivación de la necesidad de la medida.

g] Finalmente, la posición que aquí se defiende ha sido recibida en la Argentina en el ya citado caso registrado en Fallos: 318:2518 (1995)

VII. Conclusiones.

Las pruebas sobre el cuerpo del imputado, por ejemplo la extracción compulsiva de sangre, con fines de estudios posteriores para una investigación penal, no viola garantías constitucionales si es realizada cumpliendo los siguientes requisitos:

- 1) 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.
- 2) Relación entre la extracción de sangre, el estudio que se pretende realizar, y el objeto de la investigación.
- 3) Proporcionalidad entre esa intrusión en el cuerpo y lo que se pretende demostrar.
- 4) 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.
- 5) Orden judicial fundada.
- 6) Realizada por personal idóneo de acuerdo con las técnicas corrientes en medicina, no humillantes ni degradantes.
- 7) No debe implicar un riesgo para la salud del imputado.
- 8) El 2do. enunciado del primer párrafo del art. 4º la ley 23.511 de creación del Banco de Datos Genéticos, no es aplicable en materia penal.
- 9) En los casos penales donde se investiga la identidad de un menor de padres desaparecidos, la negativa de menor a conocer su origen (aunque ahora sea adulto), no cuenta.

Javier Augusto De Luca