

# **EL PAPEL DEL SISTEMA DE JUSTICIA FRENTE A VIOLACIONES MASIVAS A LOS DERECHOS HUMANOS PROBLEMÁTICAS ACTUALES**



Abuelas de Plaza de Mayo



**EL PAPEL DEL SISTEMA DE JUSTICIA  
FRENTE A VIOLACIONES MASIVAS  
A LOS DERECHOS HUMANOS  
PROBLEMÁTICAS ACTUALES**

ABUELAS DE PLAZA DE MAYO  
Virrey Cevallos 592 PB1 (CP 1097)  
Tel. 4384-0983  
abuelas@abuelas.org.ar  
www.abuelas.org.ar  
www.redxlaidentidad.org.ar

ARCHIVO BIOGRÁFICO FAMILIAR DE  
ABUELAS DE PLAZA DE MAYO  
Corrientes 3284 4° H  
Tel. 4864-3475 / 4867-1212  
archivo@abuelas.org.ar

CENTRO DE ATENCIÓN POR  
EL DERECHO A LA IDENTIDAD  
Gurruchaga 1079  
Tel. 4899-2223 / 4899-2228  
identidadpsi@abuelas.org.ar

CONADI  
25 de Mayo 552, 2° piso  
Tel. 4312-6648  
conadi@jus.gov.ar  
www.conadi.jus.gov.ar

FILIAL DE ABUELAS LA PLATA  
Calle 8 N° 835, Galería Williams,  
Piso 6 Oficina 1 (CP.1900)  
Tel. (0221) 425-7907  
laplata@abuelas.org.ar

FILIAL DE ABUELAS MAR DEL PLATA  
Bolívar 3053 7° D, edificio "Tango"  
Tel. (0223) 496-3029  
abuelmardel@abuelas.org.ar

FILIAL DE ABUELAS ROSARIO  
Calle Moreno 248  
Tel. (0341) 472-1466/472-1467  
int. 114  
rosario@abuelas.org.ar

FILIAL DE ABUELAS CÓRDOBA  
Duarte Quirós 545, piso 3, dpto. C,  
Edificio "El Foro" (CP 5000)  
Tel.Fax. (0351) 421-4408  
abuelascordoba@gmail.com

FILIAL DE ABUELAS AYACUCHO  
Almirante Brown 514

EDITOR RESPONSABLE

Abel Madariaga

COMPILACIÓN

Equipo Jurídico de Abuelas de Plaza de Mayo:

Luciano Hazan (coordinador)

María Inés Bedia

Agustín Chit

Mariano Gaitán

Alan Iud

CORRECCIÓN

Guillermo Wulff

DISEÑO INTERIOR

Diego Gorzalczany

DISEÑO DE TAPA

Bárbara Linares



# Índice

## PRESENTACIÓN

Equipo jurídico de Abuelas de Plaza de Mayo .....	11
---	----

## PRÓLOGO

### **Un marco ético de diferencia.**

Joseba Azkarraga Rodero .....	15
-------------------------------	----

## PRÓLOGO

### **La humanidad tiene que existir también en la Justicia.**

Estela Barnes de Carlotto .....	19
---------------------------------	----

### **I- Las reparaciones a las víctimas en el sistema interamericano de derechos humanos.**

Exposición de Carlos Beristain .....	23
--------------------------------------	----

### **II- Cómo garantizar la publicidad de los juicios penales en casos de amplia repercusión.**

Exposición de Alberto Bovino .....	39
------------------------------------	----

Exposición de Gabriel Ignacio Anitua .....	45
--	----

### **III- Cómo garantizar la eficacia de la investigación penal en delitos de lesa humanidad y otros delitos complejos.**

Exposición de Alberto Binder .....	65
------------------------------------	----

### **IV- Probar y documentar 30 años después.**

Exposición de Pablo Llonto .....	89
----------------------------------	----

Exposición de Emanuel Lovelli .....	97
-------------------------------------	----

## **V- Buscando ADN. Cuestiones procesales en torno a las nuevas medidas de prueba.**

Exposición de Julio Maier .....	103
Exposición de Gabriela Córdoba .....	111
Exposición de Fabricio Guariglia .....	129

## **VI- El circuito institucional de la apropiación: procedimientos, sentidos y narrativas acerca de la adopción de niños.**

Exposición de Carla Villalta .....	157
------------------------------------	-----

### **ANEXO**

Acordada N° 29/08 (22/10/2008) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación .....	195
---	-----

Proyecto de reforma del Código Procesal Penal de la Nación impulsado por Abuelas de Plaza de Mayo. ....	199
---	-----

Dictamen del Procurador General de la Nación en la causa “Gualtieri Rugnone de Prieto”. ....	211
--	-----

Resolución de la Cámara Federal de la Capital Federal en la causa 26.976, “Cabandié Alfonsín, Juan s/ recusación”. ....	225
---	-----

Resolución de la Cámara Federal de La Plata en la causa 4758, “Legajo de apelación de Alonso Omar s/ presunta infracción de los arts. 139, 146 y 293 CP”. ....	233
--	-----



# Presentación

## Equipo Jurídico de Abuelas de Plaza de Mayo

El presente libro contiene las exposiciones del seminario “El papel de la justicia frente a violaciones masivas a los derechos humanos. Problemáticas actuales”, organizado durante la segunda parte de 2008 por el Equipo Jurídico de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo con el apoyo del País Vasco y el auspicio del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, donde se realizaron las sesiones.

El objetivo del seminario fue discutir y estudiar desde el punto de vista académico los problemas particulares que se presentan en el marco del sistema de justicia penal en la persecución de los delitos de lesa humanidad, teniendo especialmente en cuenta su dimensión política, las tensiones que necesariamente se plantean cada vez que el Estado interviene para castigar, y las características propias de delitos cometidos desde ese mismo Estado que fue muy eficiente para garantizar impunidad.

Con estas ideas el seminario estuvo orientado a jóvenes abogados o estudiantes avanzados de abogacía, partiendo desde el presupuesto de que la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires –así como el resto de las universidades del país– no contempla este tipo de miradas en sus programas de estudio, más allá de los brillantes y valiosos aportes que de manera aislada hacen muchos profesores.

Esta publicación tiene como primera meta la multiplicación de las exposiciones de primer nivel que formaron parte del seminario y las ricas discusiones que se generaron luego. Pero cuenta además con una segun-

da y una tercera meta. La segunda, siguiendo con una práctica que afortunadamente se repite y tuvo sus precedentes en los anteriores libros jurídicos editados por Abuelas de Plaza de Mayo, busca incidir en el mundo de lo judicial, campo en el que se dirimen muchos de los intereses de la Asociación, centrados primordialmente en la búsqueda de niños –hoy adultos jóvenes– secuestrados por el Estado terrorista y que permanecen aún hoy en condición de desaparecidos con su identidad alterada.

La tercera meta está relacionada con muchos de los temas de fondo que se trataron en el seminario y muestra a las claras que el litigio judicial es insuficiente para alcanzar los objetivos institucionales mencionados contando con una gran limitación, que es el tiempo. Se trata de la pretensión de incidir políticamente para lograr cambios estructurales en el sistema de justicia penal, orientados a alcanzar un sistema más eficaz a la hora de resolver los graves problemas que se le presentan, y que pueda hacerlo garantizando los derechos de todos aquéllos que de alguna u otra manera están involucrados en estos procesos judiciales. Buscamos además un proceso de cambio que permita una racionalización de la persecución penal estatal, que oriente sus recursos a los graves delitos cometidos desde el Estado, a la criminalidad económica y todos aquellos delitos que generan enormes daños sociales, y que no se ensañe con su violencia con las clases desaventajadas.

Por eso es nuestra intención que esta publicación llegue masivamente al Poder Legislativo y que se puedan poner sobre la mesa muchos de los problemas que han salido a la luz pública con la reapertura de las causas contra los criminales de la dictadura, pero que se presentan más tímidamente en casi todos los procesos penales.

Pasaron precisamente cinco años desde que se anularon las leyes que garantizaban impunidad, y nos encontramos con un sistema judicial incapaz de llevar a juicio a los represores acusados, poco acostumbrado a lidiar con problemas públicos y con las publicidad de los problemas, y por lo tanto incómodo en el trato con las personas de carne hueso que aparecen casi mágicamente en los juicios orales.

Fueron materia de abordaje en el seminario las reparaciones a las víc-

timas de graves violaciones a los derechos humanos y el trabajo con ellas de los operadores jurídicos, la publicidad de los juicios penales a través de medios masivos de comunicación, las formas de alcanzar ciertos niveles de eficacia en la investigación penal en delitos de lesa humanidad y otros delitos complejos, estrategias de prueba y documentación, las nuevas cuestiones procesales que se presentan en la búsqueda de ADN de jóvenes que pueden ser hijos de desaparecidos, y las prácticas judiciales en torno a las adopciones que aportaron cierto marco jurídico al secuestro masivo de hijos de disidentes políticos.

El seminario contó con expositores de primer nivel, que abrieron el camino a la discusión con el resto de los participantes. Se publican en el libro los aportes de Julio Maier, Alberto Binder, Carlos Beristain, Alberto Bovino, Gabriel Ignacio Anitua, Pablo Llonto, Emanuel Lovelli, Gabriela Córdoba, Fabricio Guariglia y Carla Villalta, a quienes estamos eternamente agradecidos por su generosidad. Así como a cada uno de los participantes en el seminario, sin cuyos aportes no se hubiesen dado las interesantes discusiones que también se publican.

En el anexo decidimos incorporar algunos materiales que complementan las discusiones así como algunas decisiones judiciales importantes que son el resultado del trabajo de litigio de Abuelas en las causas, y que muestran que es posible avanzar en el camino de verdad y justicia.

Agradecemos especialmente al gobierno del País Vasco por su apoyo en el seminario y en esta publicación. Y al Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la UBA que nos abrió sus puertas y nos prestó sus aulas.



# Prólogo

## Un marco ético de referencia

**Joseba Azkarraga Rodero**

Consejero de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco

No es suficiente terminar con las violaciones de derechos humanos allá donde se produzcan; no basta poner fin a los abusos que se cometen sobre las personas. Lo que se precisa es desvelar toda la verdad sobre esas violaciones y abusos y poner los medios para que jamás vuelvan a repetirse. Y creo que eso es precisamente lo que hace una organización como Abuelas de Plaza de Mayo con la que el Gobierno Vasco, a través del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social, decidió iniciar una colaboración permanente.

Este libro es fruto de esos lazos que estrechamos con la concesión en 2006 del premio René Cassin de Derechos Humanos. Se trata de un título concebido para reconocer a quienes con su actuación y trayectoria contribuyen de manera destacada a la promoción de los valores de los derechos humanos. Además, el Gobierno Vasco ha entendido siempre que al concederlo contribuye a universalizar esos derechos. Si algo cabe reconocer a una asociación civil como Abuelas es precisamente haber ayudado como nadie a la universalización de lo que hoy sigue siendo un ideal común.

No se puede hablar del sentido de esta obra sin recordar que el objetivo inicial con el que nació Abuelas, localizar y restituir a sus legítimas familias a los niños robados y secuestrados por la última dictadura militar de Argentina, se ha visto ampliamente superado. Y es que mediante su determinación y su coraje han conseguido crear condiciones para que

nunca más se pueda producir impunemente una aberración semejante.

Su denuncia, que arrancó hace más de 30 años, ha sido escuchada por el mundo. Y aunque todavía sean limitados los casos de niños robados que se han resuelto de entre las denuncias documentadas por las Abuelas, su labor ha sido y es muy fecunda porque la tarea no acaba en ellas mismas. Su lucha por el derecho a la identidad afecta y compromete a toda la sociedad. Todo ser humano tiene derecho a esa identidad y la usurpación que se produjo en el robo de menores por razones políticas puso sobre el tapete la necesidad de que se garantice ese derecho.

Esa es una aportación inigualable para el avance de la humanidad. Igualmente, tenemos que reconocer el tesón de las Abuelas en los avances científicos que permiten determinar la filiación de un niño en ausencia de sus padres y subrayar que su labor ha jugado un determinante papel en la creación, en Argentina, de un Banco Nacional de Datos Genéticos de familiares de niños desaparecidos.

La inagotable búsqueda de la verdad en la brutal represión que sufrió una sociedad víctima del golpe de sus fuerzas armadas, se ha traducido además en una notable aportación en la reforma de distintas leyes, para evitar que hechos semejantes a los padecidos por ellas y por muchos de sus conciudadanos puedan volver a repetirse.

Fueron también las Abuelas de la Plaza de Mayo las que pelearon para que la Convención Internacional por los Derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas en 1989, incluyera tres artículos específicos en torno al derecho a la identidad.

Según dice el informe de la Comisión Nacional de Desaparecidos, las víctimas del terrorismo de Estado en Argentina desde 1976 a 1983 fueron cerca de nueve mil personas. Sin embargo, grupos activistas en defensa de los derechos humanos establecen esa cifra en cerca de 30 mil personas y cifran en 500 los bebés robados.

Las Abuelas han enseñado que no puede haber olvido ni amnesia. Sólo la verdad y la memoria permiten hacer sitio a la justicia. Por eso su contribución ha sido universal y su modelo se ha extendido a otras organizaciones en todo el Cono Sur de América.

Y es que una cultura sólida de derechos humanos precisa de algo más que declaraciones. Es cierto que estas fueron imprescindibles en una determinada etapa histórica, pero incorporado el reconocimiento de estos derechos a los ordenamientos jurídicos, lo que toca ahora es crear mecanismos y estrategias adecuadas para lograr su efectiva aplicación y respeto.

Porque una cosa es que los Estados dispongan de normas que garanticen el respeto a los derechos humanos y otra que los gobiernos mantengan unas prácticas acordes a esas garantías. Por eso, el trabajo de los movimientos por los derechos humanos a la hora de estar alerta, investigar y denunciar allá donde las violaciones se producen resulta imprescindible. Y en este sentido, la labor desarrollada por Abuelas nos remite a un marco ético de referencia que da sentido a este libro.





# Prólogo

## La humanidad tiene que existir también en la Justicia

### **Estela Carlotto**

Presidenta de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo

Nuestra asociación nació hace 31 años cuando la dictadura militar secuestró a nuestros hijos y a nuestros nietos. Esa tragedia provocó en nosotras, mujeres sobre todo pero algunos hombres también, esta lucha que no tiene fin, que no termina. Abuelas surgió con la idea de dar respuesta a dónde estaban nuestros hijos pero además dónde estaban naciendo nuestros nietos. Ese objetivo fundamental continúa aún hoy.

Sin embargo, no olvidamos la necesidad de visualizar, de entender y de colaborar en la defensa contra tantas otras violaciones a los derechos humanos que persisten en nuestro país que ya son producto de las consecuencias de un Estado terrorista. En la medida que fuimos aprendiendo a hacer este camino y a observar que había otras actividades necesarias, fuimos profundizando las nuestras propias, en los tres pilares fundamentales de la institución Abuelas de Plaza de Mayo: el área psicológica, la genética y la jurídica.

Con respecto al área psicológica, si nos remontamos años atrás, nosotras mismas éramos las que nos dábamos fuerzas, quizás una abuela más débil, más frágil, era apoyada por la más fuerte, las más fuertes nos llevaban a la Plaza de Mayo, del brazo, diciendo “caminá que no va a pasar nada”. Pero lo complejo en esta área, vino cuando no éramos nosotras las que teníamos que ser fuertes sino los nietos que estábamos

encontrando, chiquitos criados algunos por los asesinos de sus padres, y ya entonces fue evidente la necesidad del profesional para acudir en la ayuda de estos pequeños. Y los psicólogos, con su generosidad –y tantos de ellos víctimas de la dictadura–, se fueron acercando a colaborar espontáneamente con Abuelas y acompañándonos en el aprendizaje de la atención de niños robados por razones políticas, separados violentamente de sus padres o nacidos en centros clandestinos de detención, y ellos y nosotras fuimos abriendo este camino que hoy ya constituye una sabiduría propia y ajena, porque la convicción de Abuelas es no encapsularnos, al contrario, socializar lo que hacemos de manera tal que sirva para las agresiones que hoy puedan seguir cometiéndose en el mundo entero.

El otro puntal, apasionante, necesario y en movimiento –no sabemos hasta cuándo la ciencia va a seguir con sus descubrimientos en ese sentido– es la genética, para identificar nuestros nietos, para contar con un banco de datos único en el mundo, donde está nuestra sangre, presente, hasta siempre, y que nos da la seguridad absoluta de que el nieto restituido es el nieto y no otro.

Y con respecto al área jurídica, recuerdo con los hábeas corpus cuando íbamos a llorar ante los jueces que nos miraban con desprecio, los hacíamos nosotras, nos enseñaban algunos abogados, porque ellos desaparecían por hacer estos hábeas corpus, y nos enseñaban la letra que debíamos poner en ese pedido, en ese clamor por nuestro hijo y por nuestro nieto, nos explicaban cómo presentar hábeas corpus de niños por nacer, como en el caso de una niña de pocos meses secuestrada, y recuerdo tener por respuesta de la Justicia “no se encuentra detenida, se desconoce su paradero”. Eso era aprender con el dolor y preguntarse, a cada momento, qué más había que hacer.

Allí entra el aporte de los abogados que se fueron sumando y formando lo que es hoy un equipo apto y preparado para responder a todas las demandas emergentes, muchas de las cuales exceden al ámbito de nuestra institución, y de allí que este libro y el seminario que le dio origen, sean fundamentales. La formación de los futuros abogados, de los que ya son abogados y también de los jueces, de los miembros de la Justicia en

general, debe promover la idea de que cumplir con el derecho pleno a través de una lectura clara, interpretar la letra de la ley con justicia plena, porque se trata de víctimas del horror y víctimas que aún en la actualidad, siendo hombres y mujeres de 30 años, son esclavos del alma y rehenes de una historia, y eso se tiene que terminar lo antes posible.

Seminarios de este nivel contribuyen a que los abogados que se están formando comprendan que la humanidad tiene que existir también en la justicia. Y los que ya están formados y ejercen la justicia, jueces, camaristas, comprendan que son hombres y que los hombres tienen corazón y sentimiento, que no solamente se trata de la interpretación fría de una letra. El objetivo debe ser formar a la sociedad para dar respuesta a algo que todavía tiene un camino enorme por delante para recorrer, más si pensamos que son más de 400 los nietos secuestrados que no conocen su identidad. Tenemos graves problemas con la Justicia, por eso es necesario formar en este tema a toda la juventud y los no tan jóvenes que quieran aprender y cambiar en su dinámica de trabajo.

Por último, ¿qué decir acerca de la solidaridad del País Vasco? Es una ayuda y un cariño de viejísima data, porque es un país al que hemos ido muchas veces las Abuelas, invitadas, agasajadas, reconocidas, con premios con los que nos han honrado, y donde la mano siempre estuvo tendida. El País Vasco y la Argentina tenemos historias en común, muchas de nuestras Abuelas son de origen vasco, muchos chiquitos que estamos buscando, por sus apellidos, vienen arrastrando la historia de los inmigrantes. Toda esta generosidad, pues, no nos asombra, porque ya la conocíamos, pero nos hace bien, nos acompaña, nos reconforta y nos sentimos infinitamente agradecidas por ella. ¿Qué mejor que unir a través del océano nuestras culturas, este lenguaje común con el que nos entendemos? Y reconforta también trabajar por la paz, por la unidad de los pueblos, sin armas, ¿cuánto dinero podría usarse para la vida? Nuestros nietos son vida, y por ellos y por la vida nosotras seguiremos entregando lo mejor.



# I- Las reparaciones a las víctimas en el sistema interamericano de derechos humanos

Exposición de Carlos Beristain

## **Carlos Beristain**

Médico y doctor en psicología y especialista en educación para la salud. Desde 1989 ha trabajado en escenarios de conflicto armado como El Salvador, Guatemala y Colombia, en programas de atención a personas y comunidades afectadas por la violencia y apoyo a los grupos de derechos humanos. Fue asesor de salud mental del Proyecto de Reconstrucción de la Memoria Histórica y coordinador del informe *Guatemala Nunca Más*. También intervino como perito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Profesor del Diploma Universitario Europeo en Ayuda Humanitaria Internacional. Universidad de Deusto. Red NOHA (ECHO). Es autor de varios libros sobre esta temática: *Afirmación y Resistencia. La comunidad como apoyo; Reconstruir el tejido social. Un enfoque crítico de la ayuda humanitaria, y Violencia, Apoyo a las víctimas y reconstrucción social. Experiencias internacionales y el desafío vasco*. Beristain acaba de concluir una investigación sobre el impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en las víctimas. Su trabajo pretende evaluar no sólo el impacto del qué sino del cómo se cumplen o no, y los criterios para hacer de las medidas y del proceso algo reparador, para lo cual entrevistó a 208 personas, entre jueces, abogados de las víctimas y del Estado, peticionarios, víctimas.

Mi investigación tiene que ver con un tema que nos preocupa a todos desde hace tiempo: qué hacemos con las violaciones a los derechos

humanos, qué sucede con el impacto de esto en un país, en una familia, en una víctima, en una comunidad.

Puede resultar paradójico que alguien que no es jurista como yo inicie un seminario jurídico como éste. Sucede que, desde el punto de vista jurídico, la historia de la gente muchas veces se reduce a un caso, y una violación es la violación al artículo 1 ó 5 y 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Creo que debemos aprender a ver los casos desde una perspectiva antropológica, psicosocial, personal y humana diferente, porque esto es lo que otorga dimensión y sentido a nuestro trabajo y a lo que entendemos por reparación, como parte de que consideramos que deben ser políticas de reconstrucción del tejido social.

El sistema interamericano nace bajo el amparo de la Convención Interamericana y sus órganos son la Comisión Interamericana, como espacio donde se presentan y analizan los casos, posibles negociaciones, etc., y la Corte Interamericana, como tribunal de derechos humanos. Se trata de un espacio de lucha y de esperanza pero en donde se da también la ambivalencia, respecto a los resultados, la aceptación de los casos, el compromiso o los resultados de las demandas porque a veces es la última esperanza de las víctimas. Lo que sigue lo dice un líder indígena enxet de Sawhoyamaya, una comunidad del Paraguay que llevó su caso a la Corte Interamericana, un caso de problema de tierras: “Uno de los motivos por los que ha llegado el caso a la Corte es porque vimos que todavía nos quedaban fuerzas para luchar”.

Es fundamental, para quienes desempeñamos el trabajo de acompañamiento, asesoría, o demandas jurídicas ante organismos nacionales e internacionales, no perder de vista la perspectiva de las víctimas. Tenemos que considerarlas desde una postura activa, tener en cuenta que el “caso”, es su vida. No perder de vista la realidad de las violaciones y la realidad de la lucha ante esas violaciones son aspectos básicos para no quedarnos sólo en lo jurídico, en los avances de la jurisprudencia, que son instrumentos importantes pero por sí solos insuficientes.

Estas ideas generales provienen de una experiencia personal y de una experiencia colectiva. Por un lado, trabajé muchos años en contextos en

donde acompañaba a distintas comunidades afectadas por la violencia, en diferentes países, y también fui perito ante la Corte Interamericana, tratando de usar los elementos de la psicología o la medicina para evaluar el impacto de las violaciones y cómo convertir este impacto, estas consecuencias, en parte de una agenda de reconstrucción.

Para que los casos lleguen al sistema interamericano tienen que haberse agotado primero los recursos internos en el país. Por esta razón llegan la mayoría ocho, diez o veinte años después de que se han cometido las violaciones. La mayor parte de los casos están vinculados al legado de las dictaduras, conflictos armados o formas de represión política en América latina, ejecuciones extrajudiciales, masacres, desaparición forzada, tortura, detención ilegal, violación sexual y otras.

## LA DISCUSIÓN DE LA REPARACIÓN

Hay que evitar pensar en la reparación como una falacia. Sabemos que nada puede reemplazar a los familiares muertos o reparar el dolor de las víctimas, ni recuperar los años de vida perdidos, en esencia la reparación habla de un problema sin solución. Estamos hablando más bien de cómo mitigamos el daño y cuál es el compromiso para que haya una restitución de los derechos de las víctimas, cuáles son las políticas que tienen que ayudar a enfrentar las consecuencias de las violaciones, y cómo ayudamos a que las víctimas, que han sido las marginadas de una historia, puedan reintegrarse desde una postura activa y tengan un reconocimiento social por parte del Estado que ha violado sus derechos y de la sociedad.

Si nos basamos en la última década, hay una serie de criterios en el derecho internacional con respecto a la reparación relacionados con la restitución, con intentar volver a una situación de partida previa. Aunque sabemos que la restitución en muchos casos es imposible (lo que en derecho se considera *restitutio ad integrum*), pero también que hay que hacer el esfuerzo por dicha restitución en lo posible. Por otra parte las compensaciones o la indemnización monetaria por daños y perjuicios

que tiene una larga evolución de la jurisprudencia, con la evaluación del daño físico, material, moral, lucro cesante, etc. La rehabilitación, que hace referencia a las medidas de atención médica, psicológica o legal que pueda hacer que las víctimas se reestablezcan en las mejores condiciones. Las medidas de satisfacción de las víctimas, esto es, el conocimiento de la verdad, la conmemoración y el tributo a las víctimas y las sanciones a los perpetradores y las garantías de no repetición. Es fundamental incorporar la prevención como parte de la reparación, no solamente enfrentar las consecuencias sino prevenir las situaciones que están dando lugar a las violaciones.

El sistema interamericano es de lejos el más avanzado en la consideración de las reparaciones del mundo, más que el europeo. El sistema europeo se centra principalmente en una reparación de tipo económico y considera pocos aspectos que en conjunto se refieran a una dimensión más global de las violaciones.

Brandom Hamber, un amigo psicólogo sudafricano, plantea que lo que es reparador no es solamente la medida, el objeto, sino el proceso alrededor de la medida, del objeto. Es decir, el objeto “pensión”, el objeto “indemnización”, el objeto “monumento”, pueden carecer de sentido si no se contempla el proceso alrededor del mismo. Hay veces que los monumentos existentes no son lugares o símbolos en los que la gente se sienta reconocida, porque no son un lugar de memoria, ni de luto, ni de recuerdo, son medidas simbólicas hechas al margen de la gente y muy poco reparadoras. Para que un monumento sea “reparador” es necesario que forme parte de un proceso, que la gente se lo apropie, que responda a las necesidades de reconocimiento de las víctimas, que les ayuden a tener un reconocimiento que les fue negado, que convoque iniciativas culturales o sociales con un sentido de derechos humanos. La reparación incluye la participación de la gente.

Me gustaría compartir otros testimonios. El primero es el de una hija de un desaparecido en 1981 en Guatemala, un escritor muy conocido, Luis De Lion, que habla del proceso personal en relación con el proceso jurídico: “Uno tiene dos opciones, o te sientas a llorar tu desgracia o



sigues adelante sin pensar en ella, y entonces es un problema porque no asimilas el hecho”. En la frase se advierte la paradoja: te puedes sentar a llorar pero también tienes que pensar cómo asimilas esa desgracia para convivir con ella sin que te haga tanto daño. “Mi mamá está en ese proceso, recién ahora ella lo ve diferente, de otra manera, a ella le ha ayudado mucho este proceso de la demanda judicial. Ahora ya no se enferma a cada rato como antes, y el médico nos decía que no tenía nada”.

Es importante considerar la reparación no sólo como un resultado final de determinadas medidas, sino como parte del proceso. De lo que yo me he dado cuenta en esta investigación de casos del sistema interamericano, y en base a las más de 200 personas que he entrevistado de diferentes países de América Latina, es que mucha gente se prepara para un proceso en el que cuando se gana el caso se va a lograr todo, y va a ser la felicidad total. Abogados, amigos y compañeros con los que trabajo tienen muchas veces esta perspectiva: “Hemos ganado el caso, tenemos una sentencia buenísima”. Pero puede pasar que ganemos un caso y perdamos un proceso, puede ser que lo que venga después sea una reparación poco reparadora, que en vez de tener efectos positivos tenga un impacto negativo si no se prepara ese proceso y no se tienen algunas cosas en cuenta.

El caso no termina con la sentencia o con el acuerdo. Todos nos preparamos para la audiencia en la Corte y cuando salimos de la audiencia o cuando tenemos la sentencia en la mano, empieza otro proceso para el que muchas veces la gente no se ha preparado. Muchas víctimas y familiares piensan que al día siguiente van a descansar psicológicamente, “por fin se acabó”, “por fin voy a pasar una página de mi vida y voy a poder empezar otra historia”... pero recién entonces empieza un proceso diferente.

El proceso tiene que ser reparador para la víctima. El proceso de testimoniar puede contribuir a asimilar el dolor, a dar sentido, a reconstruir los pedacitos que nunca se habían podido juntar en muchos casos. Una dimensión no sólo jurídica sino más psicosocial de la perspectiva de la víctima, es importante para que se genere un proceso personal, familiar o colectivo alrededor de esa demanda judicial.

El siguiente es el caso de un hombre colombiano que fue detenido, torturado, sufrió violación sexual por una patrulla del DAS de Colombia: “Lo que más me interesaba a mí era que mi mamá, mi papá y mi hijo me creyeran, porque la imagen que se encargan de crear desde el Estado es en contra tuya, cuando lo dice el Estado es verdad, y cuando lo dice la víctima es mentira. Por muchos años fue bien difícil probar la verdad, pero ya a los doce años se probó, si lo gané fue por resistencia, no gané por derechos, no gané en los derechos, gané en la resistencia, pero mi familia sigue sufriendo las consecuencias, porque el problema es la reputación y el nombre de mi familia que fueron dañados”.

Una propuesta de reparación, en un caso como éste, implica una reconstrucción de un marco social de reconocimiento a la experiencia de la víctima, en la que el dolor deje de ser privado, deje de estar guardado como algo vergonzoso, de lo cual se siente culpable o le hacen sentir culpable. Así se obtiene una dimensión de reconocimiento público, en la cual su historia forma parte de una historia colectiva y puede convertirse en una forma de denuncia y prevención. Las víctimas de violaciones de derechos humanos viven durante mucho tiempo esa privatización del daño. Además de que les han asesinado a sus familiares o les han desaparecido a sus hijos, les han quitado el derecho a la palabra. El proceso judicial tiene que devolver esa palabra y tiene que devolver un espacio con garantías que permita el reconocimiento de una verdad escondida o de una dignidad de las víctimas que ha sido tratada de eliminar.

En Guatemala, cuando la gente se acercó para el informe *Guatemala Nunca Más*, nos decían: “Nos hicieron más que a los animales”, y en esa frase hay una demanda implícita de dignificación de la víctima, de reconocimiento de su experiencia. No solamente los mataron sino que los despreciaron, y los criminalizaron a todos.

Otro aspecto importante es el que refiere una mujer colombiana, la primera en encontrar los restos de su hijo desaparecido en un caso ante el sistema interamericano. Y fue gracias a la persistencia de esta mujer que se llama Fabiola Lalinde. “Este es un dolor que no sana. Yo lo llamo aprender a manejar. Yo lo aprendí a manejar como se maneja a una en-

fermedad crónica, como la diabetes. Yo aprendí a manejar ese dolor que fue muy violento, tuve épocas en las que estuve muy enferma, se me iba la voz, me dolían los riñones, el colon, me salía úlcera, hasta acabé somatizando en la piel. Pero a la vez eso me daba como el coraje y el desafío, ‘cómo que lo quieren dejar a Luis Fernando, mi hijo, como un NN’, me preguntaba, ‘pues yo les voy a probar que no, que no es así, que no lo van a poder dejar como un NN’, y eso se convirtió en un reto y en un desafío”.

Para muchas víctimas, esta lucha por el reconocimiento es también una forma de ejercer su dignidad y de enfrentar las consecuencias. Por eso hay que tener cuidado en considerar a las víctimas desde una perspectiva victimista. Esta mujer, Fabiola Lalinde, es como muchas de las Abuelas, un ejemplo de resistencia frente a ese impacto traumático. Aprender de este reto y de esa fortaleza es muy importante en procesos de reparación.

El siguiente es un caso de Surinam, una realidad casi desconocida en América latina, de una comunidad que se llama Moiwana, que sufrió una masacre de los años 80, y es un ejemplo de las dificultades que se encuentran en países como Colombia, Surinam, Guatemala, aunque también podría pensarse en la Argentina, donde parte de los problemas, vistos desde afuera, parecían superados, pero hemos presenciado en los últimos años la desaparición de testigos que habían declarado en contra de perpetradores de la dictadura. En este caso ante la Corte Interamericana, las comunicaciones con los de Moiwana (Surinam) debieron hacerse en secreto, tal era el grado de miedo que existía entre los que estaban refugiados en la Guayana francesa, y los del lado de Surinam. Tarde o temprano, decían, pensaban volver a su país, y por eso se negaban a asociarse a un grupo que trataba de agrupar a los sobrevivientes, por miedo también a la represalia en contra de los familiares que aún vivían en Surinam. Muchas de las discusiones sobre la reparación se dan en un contexto en el que las violaciones siguen estando presentes. En Colombia la reparación también se da en un contexto de violencia, de guerra, de precariedad y miedo.

Este caso de Surinam también tiene que ver con los casos colectivos, muchos de los casos que han llegado al sistema interamericano son colec-

tivos, masacres, derechos colectivos que han sido violados, y tienen una dimensión mucho más amplia, que necesita, de parte de los abogados, una perspectiva más global. El derecho en general tiene una visión del caso y del caso individual. Y una buena parte de lo que intentamos hacer quienes hemos hecho peritajes en el sistema interamericano en este tipo de casos es visualizar el impacto colectivo. Los casos colectivos suponen desafíos enormes en términos de los beneficiarios, de la identificación de la gente, de generar una cohesión. Visualizar el impacto colectivo va mucho más allá de valorar la suma de los impactos individuales.

La siguiente es una reflexión de una abogada, que habla de los desafíos que se nos plantean en el trabajo con las víctimas y con los casos en el sistema interamericano. “En todos los casos lo que más exploramos es el tema de la reparación, cómo cree la víctima que se debería reparar ese sufrimiento, no solamente individual sino colectivo, muchas veces la gente responde ‘queremos justicia’, y es un poco mi labor explorar con la víctima qué es justicia, porque cada persona puede tener una perspectiva diferente. Otra de las cosas que hemos tratado de hacer es incluir peritos, psicólogos, porque nosotros estamos muy influidos por las consideraciones más jurídicas”. En reiteradas ocasiones, los juristas, los psicólogos, los médicos, le decimos a la gente lo que tiene que hacer pero estamos menos dispuestos a escuchar lo que para ellos significa la reparación. La reparación no puede ser un catálogo de las cosas que yo creo que son reparadoras y que están conquistadas en la jurisprudencia. La reparación no debería ser un elemento externo, sino que debe sintonizar con las demandas y necesidades. La jurisprudencia es un logro en el sistema interamericano que abre las puertas a un reconocimiento de los derechos violados y las posibilidades de reparación, pero no un esquema de aplicación automática de la reparación sin tener en cuenta el proceso personal o colectivo.

Helen Mack se convirtió en un referente de la defensa de los derechos humanos en Guatemala en la última década. Su hermana, Myrna Mack, fue asesinada por su trabajo con desplazados, por un comando del Estado Mayor Presidencial, y fue durante muchos años el único caso, de los

de 200 mil casos de desapariciones y asesinatos en Guatemala, que tuvo una cierta justicia, por lo menos frente al perpetrador directo, y después se trató de buscar justicia con respecto a los autores intelectuales. Helen reflexiona así sobre su proceso personal en relación a la demanda interna y ante la Corte Interamericana: “Pasó la verdad, supimos lo que le pasó a Myrna; pasó la justicia, tuvimos en la cárcel al perpetrador, y luego el tema de las reparaciones... Y ahora que viene todo el proceso de reconciliación, es ahí donde comienzas con las contradicciones, qué significa esto, cuáles son los niveles hacia fuera, los niveles de la reconciliación política hacia adentro”. Es un ejemplo de que los procesos de reparación no son lineales, no son escaleras con peldaños sucesivos.

Hay que tener cuidado con las expectativas que muchas víctimas se hacen para procesos lineales. Me he encontrado con casos en los que la gente, después del juicio, se encuentra ante un vacío: “La pelea ha sido la manera de mantener viva la memoria de mis familiares, pero ¿ahora qué hago?”. Es indispensable ver estos procesos con sus etapas y también desde una perspectiva de cambio, de transformación en la que los aspectos jurídicos y psicosociales tienen una enorme relación. La flexibilidad de las víctimas y la comprensión de quienes apoyan estos procesos son básicas para que haya una reparación más real.

Con respecto a las expectativas y esperanzas –qué es lo que la gente espera del sistema interamericano–, las víctimas quieren conocer la verdad, cuáles fueron los hechos y quiénes fueron los responsables. Muchas quieren que haya una sanción pública por parte de la Corte de que esto sucedió, de que esto fue verdad, de que el Estado es responsable y de que aquellos fueron los autores de los hechos. Este es el marco social, de reconocimiento público, al cual me referí antes. Muchas víctimas esperan del proceso una dimensión de la verdad y de la dignidad. No se trata de reconocer fríamente los hechos, no estamos frente a una verdad aséptica, sino una verdad que debe ir asociada a una dignificación. Caso contrario, el reconocimiento de la verdad puede ser una instancia muy poco reparadora.

Muchas víctimas lo que quieren es la no repetición. Me he encontrado sobre todo con casos de Venezuela, las víctimas del “Caracazo” o de la

masacre en la cárcel retén de Catia, en los que las víctimas, los familiares, las mamás, lo que quieren es que eso nunca vuelva a pasarle a nadie más. Y quieren que los presos sean tratados como personas, no como animales. Hay que tener cuidado, por lo tanto, con la idea de que las víctimas suelen llevar sus casos adelante sólo por un interés personal, también hay una dimensión colectiva, y la no repetición es un elemento clave en ese sentido.

Muchos familiares quieren que haya justicia para con los perpetradores y que se acabe la impunidad. En esto las Abuelas de Plaza de Mayo han sido maestras para todos nosotros, ellas le han buscado las rendijas a un sistema basado en la impunidad. La justicia, por otra parte, es uno de los aspectos de la reparación que menos se cumplen, lo cual es un grave problema de los estados que son los responsables del cumplimiento y del propio funcionamiento del sistema interamericano. Otro deseo de las víctimas es cambiar su situación vital para mitigar el impacto de las violaciones, recuperar parte de los años o las posibilidades que han perdido, para lo cual van a necesitar apoyo económico y médico que ayuden en su recuperación.

En otros casos las expectativas tienen que ver con el tipo de violación. Para los familiares de desaparecidos, lo más importante es saber la verdad y saber dónde están los restos de sus seres queridos. Esto es fundamental, lo otro es secundario. Esto ha hecho que mucha gente siga llevando durante años los casos ante el sistema, a pesar de las presiones y las amenazas. Para la gente que estaba en la cárcel en Perú, acusada de pertenecer a Sendero Luminoso bajo la legislación antiterrorista que propició prácticas de tortura contra los detenidos, lo central era conseguir la libertad. Por eso digo que muchas de las demandas de reparación también se relacionan con el tipo de violación de que se trate.

Un par de ideas transversales que surgen de mi investigación. Existe un conjunto de medidas en relación a los derechos violados, si se quiere, la forma más aséptica de considerar a la reparación. No obstante, para que haya realmente una reparación debe haber una coherencia interna. Por ejemplo, para Luis Cantoral, un muchacho peruano, ex detenido, acusado de ser de Sendero Luminoso, lo fundamental era que hubiera

un reconocimiento de su inocencia. Él fue torturado, apareció en la televisión con el pijama a rayas y encadenado. Este muchacho quería salir en el mismo número de televisores en los que salió aquella vez. En el caso de Jennifer Harbury, una mujer cuyo compañero Efraín Bámaca, miembro de la guerrilla guatemalteca, fue detenido, asesinado y posteriormente hecho desaparecer, el acto de reconocimiento llegó seis años después de la sentencia de la Corte Interamericana. Un acto de reconocimiento seis años después reduce claramente su sentido como reparación.

No podemos acostumbrarnos a considerar a la reparación como una agenda de medidas, como una sumatoria de acciones, sino que debe tener una coherencia interna y se trata de un proceso que hay que poner en marcha. Sin esas dos condiciones las medidas pueden dejar de ser reparadoras o cuestionarse, más tarde, su sentido.

La Corte Interamericana es uno de los espacios donde se percibe una mayor evolución en una dirección progresista de la jurisprudencia, donde ha habido mayor reconocimiento de los derechos de las víctimas y construcción de criterios jurídicos que luego han sido utilizados en otros países. Pero uno de los desafíos que tiene el sistema interamericano en la actualidad tiene que ver con el cumplimiento, porque la Corte no posee un mecanismo ejecutivo –como sí tiene el sistema europeo–, y ésta es una debilidad del sistema interamericano, que hace que años después, algunas de las medidas sigan sin cumplirse. Esta situación representa una amenaza para el sentido que la reparación puede tener en las víctimas y para el respeto que deben guardar los estados al sistema interamericano.

La reparación, asimismo, debería llevar a un cambio en el trato del Estado con las víctimas. Esta no puede ser vista sólo como un vademécum de acciones a concretar, como una serie de medidas aisladas –un programa de salud, una determinada indemnización, un monumento, un acto de reconocimiento. Tiene que haber un cambio de trato con el Estado, porque si el Estado sigue golpeando a la víctima después de la sentencia, por mucho que le vaya a dar un dinero, no va a ser reparador. Me he encontrado con muchos estados que luego de la sentencia no convocan a la víctima para decirle “estamos aquí, ustedes han ganado su

caso, queremos reconocer lo que ha sucedido, empezar un proceso de colaboración, nos ponemos a su disposición”. Esto, la mayor parte de las veces, no se da. Y la reparación, así, se convierte en un nuevo territorio de disputa, las víctimas tienen que seguir una pelea por el cumplimiento, y esta pelea, para la cual hay que estar preparado, representa también un cuestionamiento al propio sentido de la reparación. En este nivel lo que percibimos es falta de voluntad política.

Otra dificultad está vinculada a los mecanismos operativos. A veces las secretarías de derechos humanos, las unidades de coordinación para la reparación, la comisión puesta en marcha para un determinado caso en cierto país, no son comisiones efectivas, la gente que trabaja en ellas no tiene poder para llevar a cabo las acciones, la operatoria se hace con el Ministerio de Hacienda que es el que tiene la facultad de poner el dinero para llevar adelante la reparación, y los estados en general no tienen mecanismos de coordinación eficaces. Se necesita, por consiguiente, un mayor énfasis en estos aspectos que hagan de la reparación algo más eficaz, para evitar que los problemas de la burocracia cuestionen su sentido, impidan su cumplimiento o se conviertan en una fuente de nuevos problemas.

En el caso de las hermanitas Serrano Cruz, dos niñas desaparecidas en El Salvador, en junio de 1982, en medio de un operativo militar de persecución en la montaña, la Corte determinó la atención en salud a los familiares, a las otras hermanas Serrano Cruz, porque la madre ya había muerto... En el caso del muchacho peruano que les contaba antes, Luis Cantoral Benavides, también la Corte determinó que la mamá, que había quedado bastante mal psicológicamente, recibiera un tratamiento médico y psicológico. Esta mujer, como el sistema de salud peruano no tiene mecanismos específicos para la reparación a las víctimas de violaciones a los derechos humanos, tuvo que pasarse al mecanismo habitual. Entonces le dieron un carné para tener acceso a la atención médica. Cuando iba a un centro de salud, debía mostrar su carné. Para empezar ninguno de los médicos con los que se entrevistaba sabían qué era la Corte Interamericana ni tampoco qué significaba ese carné que ella les mostraba, con lo cual la reparación le reportaba a esta mujer nuevos problemas por dificult-



tades de accesibilidad al sistema de salud. Además, en aquel carné, arriba, decía “indigente”, es decir que cada vez que hacía una gestión para acceder a la salud, la mujer debía vivir una ceremonia de degradación. Ella pedía que le quiten eso de “indigente”. “¿No se puede poner ‘caso especial’ o algo así?”, preguntaba. “No se puede”, era la respuesta, “porque no tenemos un programa que se refiera a casos especiales. La atención que no cobramos es para indigentes, por eso usted tiene el carné de indigente”. Éste es un ejemplo de una medida que se supone debe ser reparadora, pero que está concebida desde la lógica de la burocracia y de la insensibilidad frente a las víctimas. Cuando yo entrevisté al director de Derechos Humanos del Gobierno peruano, él dijo que no sabía esto. Entrevisté a abogados que llevaban el caso ante el sistema interamericano, no sabían esto. ¿Quién era la única persona que lo sabía? La señora Gladys Benavides.

Quiero plantear con esto que en estos “detalles” se juega el sentido de la reparación, por lo tanto creo que es un desafío para la Corte y la Comisión no sólo el nivel de cumplimiento sino establecer los criterios para que la reparación sea reparadora. En el caso de las hermanitas Serrano Cruz se determinó un acto de reconocimiento público, es decir que el Estado debía reconocer que había desaparecido a estas niñas y comprometerse en la búsqueda de la verdad, y dónde se encuentran en la actualidad. Sin embargo el acto de reconocimiento fue visto por los familiares como una burla, se trató de un acto en el cual el Estado no centró el acto de reconocimiento en las víctimas sino que realizó una ceremonia de reencuentro de otros familiares, y en este marco, el ministro presente, dijo más o menos lo siguiente: “Reconocemos la responsabilidad del Estado en el caso de las hermanitas Serrano Cruz en los términos referidos por la Corte Interamericana”. Nada más. Lógicamente, los familiares de las hermanitas sintieron una nueva burla frente a su situación.

El “cómo se haga” depende mucho de “qué impacto tenga” y “qué tan reparador sea”. Introducir los elementos para que este proceso sea reparador es importante tanto en las demandas de los peticionarios, de quienes llevan los casos, de los que acompañamos, como por parte de la Corte y del sistema interamericano. Por supuesto que se requieren cam-

bios estructurales, pero también hay que incorporar mecanismos específicos que tengan en cuenta el impacto de las violaciones. En el caso de los 19 comerciantes asesinados en Colombia, el primero en el cual fui perito de la Corte, una de las disposiciones acordadas, después del peritaje, era proporcionar atención psicológica a las víctimas. El Estado propuso inicialmente que fueran al psiquiátrico de Bucaramanga, en absoluto preparado para atender a víctimas de violaciones de derechos humanos, y por supuesto los familiares no fueron.

Quiero mencionar otros elementos importantes. Uno, tener en cuenta que hay que prevenir la victimización secundaria. Un ejemplo extremo de esto son los casos de violencia sexual, en los cuales el proceso termina convirtiéndose en una culpabilización de la víctima, se somete a la víctima a la vergüenza pública, o se la retraumatiza pidiéndole que brinde detalles escabrosos y terribles sobre las violaciones de que fue objeto. Debe haber claridad y presión por parte de las organizaciones de derechos humanos y por parte de los abogados que llevan las querellas para que los jueces muestren sensibilidad y establezcan criterios específicos en estos casos. La Corte Interamericana es un espacio favorable a las víctimas pero sigue habiendo mecanismos de revictimización, por la falta de respuestas del Estado, porque hay un litigio poco respetuoso de su parte, etc. Por ejemplo, en el caso de las hermanitas Serrano Cruz, el Estado salvadoreño llegó a decir que las hermanitas no existían, que las había inventado la mamá, y presentaron a una testigo comprada que había sido amiga de la madre. El funcionario encargado al inicio de llevar a cabo la reparación era el mismo que había negado la existencia de las hermanas. Este tipo de situaciones no deberían permitirse en un litigio de derechos humanos.

Otro de los desafíos que se nos plantean en la actualidad es pasar de la jurisprudencia al cumplimiento. Hay muchos avances en términos de jurisprudencia y esto ha sido muy importante para los abogados porque ahora tienen herramientas potentes para exigir cambios legales, garantías de no repetición, etc. y contar así con un reconocimiento más amplio, dando impulso a las agendas de transformación de la sociedad civil y todo esto, ojalá, con aliados en el Estado.

Las ONG tienen que aprender a litigar estableciendo alianzas con otros sectores de la sociedad civil. Es básico, en este sentido, llevar adelante una agenda colectiva. Menciono el caso de Paraguay, donde ha habido dos sentencias de indígenas por problemas de tierras, pero aún sigue faltando en el movimiento de derechos humanos una estrategia que incluya estos casos para impulsar una agenda diferente respecto del tema de la tierra en la actualidad, es decir cómo pasar de los casos individuales a estrategias más colectivas de transformación de la sociedad.

Otro aspecto relevante está vinculado a los derechos económicos y sociales y las nuevas perspectivas que éstos van a suponer en el sistema interamericano. Estamos presenciando casos de derecho a tierras, laborales, algunos vinculados al derecho a tratamiento de enfermos de sida, y estos casos generan nuevos desafíos y nos llevan a preguntarnos cómo se conceptualizan estos derechos y cómo se los integra a una agenda más abarcadora, que no contemple a los derechos humanos como algo centrado sólo en las violaciones del pasado sino que contemple los problemas del presente.

Un detalle más, que tiene que ver con un enfoque de género. Los casos que yo analicé en este tema son ante la Comisión Interamericana, todavía no ha llegado ante la Corte un caso de violación sexual o violencia sexual específicamente, debido a los problemas que tienen estos casos en la investigación y la sobrecarga que suponen para las mujeres. Tampoco hay una perspectiva sobre el impacto específico de las violaciones en las mujeres y de las consecuencias que esto tiene en la reparación. También se necesita una visión de proceso, de acompañamiento y de seguimiento.

La construcción del caso desde una perspectiva más amplia, no sólo jurídica, según pude evaluar en mi investigación, ha producido mejores resultados en términos de reparación, una adecuación mayor de la reparación a las necesidades de las víctimas y una apropiación de la gente de sus casos. Estamos frente a procesos que requieren acompañamiento y debemos diseñar estos procesos de acompañamiento. Por ejemplo, siempre nos preocupamos por preparar al testigo antes de ir a la audiencia,

pero también es importante preparar a la gente que no va a la audiencia, pero que se sienta frente a la computadora para dar su testimonio, y que va a llegar tal vez a lugares a los cuales nunca ha llegado en su memoria, tratando de rescatar todos los elementos de su propia historia. Esto significa confrontarse con recuerdos que nadie le ha enseñado a enfrentar. Con esto no quiero decir que haya que psicologizar a las víctimas, psiquiatrizarlas, convertirlas en pacientes, sino tener en cuenta sus necesidades psicosociales desde una perspectiva amplia en el contexto de una estrategia jurídica de reparación. No podemos ver a la reparación como el punto final, y en este sentido debemos prepararnos para procesos más largos, en los cuales el seguimiento es clave para que la reparación sea más reparadora y clave también para introducir un sentido más amplio a la perspectiva del litigio jurídico en los casos de violaciones a los derechos humanos.

# II- Cómo garantizar la publicidad de los juicios penales en casos de amplia repercusión

Exposición de Alberto Bovino

## **Alberto Bovino**

Abogado, Universidad de Buenos Aires. Master en Derecho, Columbia University School of Law. Fundador y miembro del equipo de redacción de las revistas *No Hay Derecho* (1990-1995) y *Nueva Doctrina Penal*. Profesor de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal de grado y de posgrado de la Universidad de Buenos Aires. Socio y Consultor Externo del Centro de Estudio Legales y Sociales (CELS).

Para discutir este tema es necesario, en primer lugar, tener en cuenta el movimiento de reforma de América latina, y así veremos que el código de Costa Rica de 1988 tiene dos reglas que hablan de la publicidad, y especialmente del tema de la TV. Pero llama la atención que todos los códigos posteriores parecieran redactados por jueces y reformistas que no tienen televisión en su casa. Ni siquiera estoy pensando en Internet, tan sólo me refiero a la TV.

¿Cómo hacemos realidad esta publicidad en el mundo actual? Quiero leer una cita de Nils Christie que habla de la publicidad en un contexto distinto, para pensar qué se puede hacer para buscar algún sucedáneo que nos permita controlar lo que hace la justicia penal. Consideremos que la Justicia es el más oscuro de los poderes, en el sentido de que tiene muchos mecanismos para ocultar sus prácticas. La cita dice:

“Busquemos otro punto de partida lejos de aquí. Vayamos a Tanzania. Enfoquemos nuestro problema en una solitaria ladera de la provincia de Aruya. Allí, dentro de una casa relativamente grande, en un pueblo muy pequeño, una suerte de acontecimiento tuvo lugar. La casa estaba colmada de gente, la mayoría de las personas adultas del pueblo y varias del pueblo cercano estaban allí. Era un acontecimiento político. Se escuchaban charlas, se hacían bromas, se veían sonrisas. La atención era entusiasta, no había que perderse ni una sola frase. Era un circo, era un drama: era un juicio”.

Éste es el principio de publicidad al que se hace referencia en asuntos que le dan relevancia a un proceso penal. En casos de violaciones de los derechos humanos, hay que buscar la manera de que la sociedad pueda tener acceso a esos procedimientos en los que se busca la discusión, la identificación de la verdad y la imposición de una sanción penal.

¿Qué pasa hoy? Las prácticas de la justicia conllevan diversos mecanismos para oscurecer lo que sucede en los tribunales. La etapa de instrucción, la primera de la investigación, está diseñada para ser cerrada a cualquier participación ciudadana en el control de los funcionarios y las partes que intervienen en el procedimiento. Pero incluso en la etapa supuestamente pública del debate, tampoco hay forma de implementar control alguno. Hay que comunicarse por escrito al tribunal que interviene y así seguimos mandando papelitos y engordando expedientes.

La radio y la TV son los medios de comunicación que más han discutido este problema. Son métodos de registro más precisos para transmitir lo que sucede dentro de una sala de audiencias. Que a los jueces no les guste la televisión, me hace pensar que algo bueno debe tener la TV. La arquitectura de los tribunales, el “dialecto” que allí se habla, las tarimas de las mesas de entradas que impiden ver a los empleados públicos trabajando son, todos ellos, mecanismos para oscurecer las prácticas de la justicia, que es un poder claramente refractario a todo tipo de control ciudadano. El lenguaje que se utiliza nos permite encontrar casos de juicios que, aún televisados, no nos permiten entender nada de lo que allí está sucediendo.

Si uno analiza el derecho comparado, se encuentran legislaciones de lo más diversas. Pero se destaca una regla clara del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando habla de la publicidad del proceso, en el juicio, dice que se va a garantizar el acceso del público y de la prensa. En la medida en que el juicio sea a puertas abiertas, se garantiza la entrada de los medios de prensa. El problema es cómo hacer para permitir grabar y reproducir audio e imágenes que, a mi entender, es la manera más efectiva de adquirir conocimientos sobre lo que sucede en la sala.

Las pautas para la televisación son aplicables a cualquier otro medio de prensa. Es difícil atacar la libertad de expresión pero no es tan difícil pagarle a la TV. Una de las críticas habituales que se realizan consiste en el hecho de que la presencia de las cámaras televisivas en la sala de audiencias puede modificar el evento en sí mismo. La idea es, precisamente, que cualquier tipo de control genere alguna modificación en el acto que se controla. Si la sola presencia del público no modifica nada, como mecanismo de control de la justicia penal, entonces no es muy efectivo. Esa crítica no tiene nada de negativo, en todo caso hay que ver qué modificaciones se producen. Si tales modificaciones afectaran derechos fundamentales de alguna de las partes intervinientes, ahí habría un motivo legítimo para discutir qué valor debe prevalecer para decidir si hay publicidad o no.

Otra crítica que apunta a la difusión periodística es que los medios de comunicación tienen fin de lucro. Un diario como *La Nación* tiene fin de lucro y a nadie se le ocurriría cuestionar la difusión de los casos judiciales que realiza la prensa escrita. En realidad, lo único que importa es el poder multiplicador que tiene la TV para informar, y no si tiene fin de lucro o no. Lo que importa es lo que hace y no por qué lo hace. Si porque tiene fin de lucro actúa de alguna manera que genera un perjuicio, es ese perjuicio, y no el fin de lucro, lo que hay que evitar.

Actualmente, cualquiera de las partes o presentes en la sala de audiencias, con sólo llevar su *notebook*, puede tener una cámara y subir a la red en diez minutos lo que allí dentro sucede, sin ningún equipo de televisión, sin ningún reportero ni periodista. Y no hay fin de lucro.

Otra crítica dice que la TV no puede reemplazar la publicidad inmediata. Nadie afirma algo semejante, así que no comprendemos ese cuestionamiento. Otros hablan de la deformación que produce la TV. Pero esa deformación se le atribuye a que recorta la realidad y los hechos que narra. El derecho tampoco reproduce todo el acontecimiento, sino sólo aquello que resulta relevante para las reglas y las prácticas jurídicas. El ramo jurídico produce recortes, del mismo modo que el periodismo produce la historia. Si el periodismo informara todos los detalles de un acontecimiento, no alcanzaría el papel para escribir la nota que será impresa. Todo proceso de información implica seleccionar, recortar y transmitir aquello en un tiempo y espacio determinado. Eso pasa con la prensa escrita, pero también con la información que dan los testigos para reconstruir, a través de la actividad procesal, aquellos hechos que son relevantes. Las reglas de distorsión son diferentes, pero hay que ver si esa distorsión causa un perjuicio. No creo que las personas asumamos que lo que trasmite la TV es la misma mirada de la justicia. Son dos miradas diferentes y todos lo tenemos claro.

En cuanto a los implicados en el juicio, algunos dicen que la presencia de la TV produce efectos en el comportamiento de estas personas. Específicamente, hablan de los testigos. En países donde se han hecho investigaciones serias sobre este tema no se ha registrado ningún efecto negativo en particular, más allá de que se pueda dar, considerando ciertas circunstancias, alguna irregularidad. Esto tiene que ver más con cómo se hace la transmisión, antes con que si se hace o no. Un sistema con dos o tres cámaras fijas lleva a que a los diez o quince minutos todos se olviden de que están las cámaras. Es distinto a un testigo al que le ponen cinco camarógrafos enfrente, ahí sí tendríamos un problema. Un caso así en Estados Unidos se anuló por los efectos negativos que tuvo la presencia de la prensa, pero en ese caso había más medios que actores judiciales. Pero hubo otro caso, ya en nuestro país, donde se utilizaron cámaras fijas y una de ellas registró a uno de los jueces haciendo dibujitos mientras uno de los testigos declaraba. Que se pueda ver eso es, precisamente, el objeto de la publicidad. A los jueces podrá no gustarles, pero deben



someterse al control ciudadano. En el caso María Soledad, se eliminó la TV porque aparentemente se registró a un juez haciendo una seña que adelantaba opinión sobre el planteo que las partes habían discutido con los miembros del tribunal. Esto lo cuento de oídas porque no lo vi. Pero en esos casos, la publicidad fue efectiva y cumplió su finalidad, que consiste en lograr exponer la manera en que se imparte justicia.

¿Qué pasa con un testigo? En general nadie lo prepara, nadie le explica qué es lo que va a pasar. Se sienta y le preguntan. Y cuando no responde le pega un grito uno de los abogados o un miembro del tribunal. Cuando se sienta le dicen que si miente le van a meter tantos años de pena, y que si llega a mentir en perjuicio del imputado, la pena será mucho más grave. Es una situación incómoda y poco espontánea para el testigo. Así que mal puede argumentarse que la presencia de la prensa en la sala de audiencias afecta la inexistente “espontaneidad” de los testigos.

Todo eso implica una simbología, una arquitectura del poder, unida a un lenguaje que oscurece. Pensemos si hoy televisáramos por completo un juicio en el cual se da por leída el 60 por ciento de la prueba documental, y se termina discutiendo un error normativo al revés sobre un elemento del tipo objetivo. El imputado, en este caso, no va a tener idea de por qué fue absuelto o condenado. La presencia del jurado, en mayor medida, pero también la de la TV y los medios, sólo van a ser reales si el juicio se realiza en condiciones que garanticen ese tipo de publicidad, por la manera en que se desarrolle la actividad procesal. Si la gente habla en castellano y no en “legalese” (término acuñado por Gustavo Arballo), si el juez le pregunta claramente al testigo si está vinculado de algún modo o si tiene algún interés en el resultado del proceso y no si “le comprenden las generales de la ley”... Para ello debería darse una confrontación mucho más efectiva de las partes, las partes deberían hacer su trabajo y no el tribunal. Deberían preocuparse por organizar el relato porque tienen que convencer al tribunal. Armar bien el relato sobre los hechos es algo que se descuida de manera recurrente.

El derecho procesal es más que eso. Para garantizar la publicidad del procedimiento, tenemos que organizarlo para que pueda ser televisado. La

televisación va a tener sentido si la organización de la actividad, sobre todo la probatoria y la de los alegatos, es comprensible para las personas que están en la sala de audiencia y que no son juristas. A ellos está destinado el principio de publicidad y no a nosotros que, se supone, entendemos “legalese”, el idioma que hablamos los abogados litigantes y los judiciales.

En la mayoría de los estados de Estados Unidos se permite el ingreso de la televisión durante los juicios, y esa decisión depende de cada estado. En el derecho federal, sin embargo, no se permite. La última junta general de jueces sugirió que se permitiera televisar las audiencias en las cortes federales, pero tomaron la decisión de no hacerlo repitiendo prejuicios que esa investigación había demostrado como falsos. De todos modos, en Estados Unidos existe *Court TV* y el tema de los juicios está en las series de TV y las películas. Los estadounidenses tienen en claro cómo es el procedimiento, mientras que nosotros pensamos que un juicio es con un jurado, tipo serie estadounidense.

La primera regla, en un caso común, es pensar por qué impedir la presencia de la TV. El juez y el tribunal tienen que dar buenas razones para que no ingrese un medio de prensa. Sólo pueden acceder 40 personas a un juicio como mucho, y ¿quién decide quién entra y quién no entra? Y lo mismo pasaría al decidir a cuántos periodistas dejamos entrar, si sólo va a ser prensa escrita, etcétera. Si se ponen las cámaras fijas, el periodismo toma lo que necesita, pero ahí está la transmisión en directo desde los tres o cuatro ángulos fijos. Cualquier medio o particular puede tener acceso a eso. Todo esto ni siquiera se ha discutido aún. Los jueces tienen poder para seguir escondiendo el momento del juicio. Es mentira que la etapa del juicio sea pública. Y mucho menos pública va a ser en la medida en que no se considere a la pantalla de televisión a la hora de pensar cómo organizar el juicio penal.

# II- Cómo garantizar la publicidad de los juicios penales en casos de amplia repercusión

Exposición de Gabriel Ignacio Anitua

## **Gabriel Ignacio Anitua**

Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona, Master “Sistema penal y problemas sociales” de la Universidad de Barcelona, Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Penal en la Universidad del País Vasco, Abogado por la Universidad de Buenos Aires y Licenciado en Sociología por la misma Universidad. Becario predoctoral del Gobierno Vasco, en la UPV de San Sebastián (1997-1999), y postdoctoral de la Fundación Humboldt, en la Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt (2004-2005). Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación.

Muchas gracias por la invitación y por la posibilidad de discutir con ustedes sobre el tema convocado. Por la posibilidad de entablar una comunicación. Considero que la comunicación, y para lograrla en forma amplia, las modernas tecnologías son herramientas maravillosas, es la clave en esta cuestión. No me cabe duda que quienes convocan el seminario comparten los ideales ilustrados que imponían la publicidad de los juicios penales como garantía, pero también como forma de transparencia y como mecanismo de comunicación, y que es por ello que a partir de esa asunción de ideales nos obligan a pensar en cómo hacer posible actualmente la publicidad de los juicios penales.

Antes de ello voy a recordar la acepción amplia de la publicidad, que tiene que ver con principios políticos y necesidades sociales, reconocidos

antes de los cambios tecnológicos y las transformaciones de las sociedades de la comunicación. Hoy en día resulta ridículo pensar que la publicidad de un juicio penal queda satisfecha con su reducción a los mismos expertos, sean abogados, fiscales o jueces, que estén en la sala y los pocos que puedan asistir, aunque sean periodistas. La publicidad, para que cumpla esos principios y satisfaga esas necesidades, tiene que ser una publicidad efectiva, que sea real, que llegue a todos los interesados y afectados por ese conflicto que origina el juicio penal. E incluso me atrevería a indicar que resulta necesario que llegue incluso a aquellos que no estén interesados ni en el conflicto originario ni en su posible respuesta estatal.

Esta ausencia de interés, muchas veces provocada por el mismo secretismo y el uso de lenguajes extraños, se puede vincular con la actual crisis de la Justicia, que es una crisis de los propios sistemas democráticos y una crisis de la participación política, y que por tanto excede el sistema judicial. Pero que el sistema de justicia penal también debe asumir, en tanto aumenta la lógica de la expropiación e impide la participación, entre otras cosas con la no vigencia de la publicidad (aquella real, efectiva, la que logra que los juicios sean vistos y conocidos por todos) en los casos en los que la misma se demanda.

Los efectivos inconvenientes que acarrea el no cumplimiento del principio de publicidad están evidenciados cuando en la actualidad los casos más trascendentes para la opinión pública, más allá de los vinculados a los derechos humanos, son los que de alguna forma tienen presencia en los medios de comunicación. Por ejemplo, el caso “Grassi” o el caso “Cromañón” aparecen en los medios, los ciudadanos y ciudadanas los conocen, pero no se sabe verdaderamente qué pasa en esos juicios. Eso tiene que ver con que no son juicios públicos, porque son juicios donde no se ha dejado entrar a la televisión. Son juicios que a la gran mayoría de los argentinos, por el motivo que fuese, le interesaría ver por televisión, pero se tienen que contentar con lo que cuenta un periodista en forma escrita o verbal, o incluso a través de una representación con actores como la que se hizo en forma muy interesante, paródica pero interesante, frente al edificio de la avenida Comodoro Py, que por supuesto no

reflejan en la forma más fiel esa realidad. Esta última actuación, hecha por militantes, es una forma de reclamar que dejen ver lo que sucede en la sala de audiencias. Y creo que de esa forma debe interpretarse, y no como algo útil en sí mismo.

Ese hecho, como este seminario, tiene relación con las causas sobre delitos cometidos por el Estado durante la última dictadura. Sobre la discusión de estos delitos, de lesa humanidad o con la denominación que reciban, es que es importante hablar de una función esencial cual es la de transmitir simbólicamente el recuerdo de determinados hechos, su explicación y su rechazo. Creo que esta función es a la que debemos prestar atención en este seminario, más allá de las otras funciones relativas al principio de publicidad, como la de garantizar los derechos de los acusados, la imparcialidad del tribunal, la posibilidad de expresarse las víctimas, de controlar a los distintos actores y transmitir el mensaje que el Estado quiere transmitir al seleccionar determinadas conductas para su enjuiciamiento y castigo. Esta última función es la que se relaciona con el simbolismo, pero todo ello podría tener alguna constatación, o no, cuando ese principio de publicidad efectivamente se cumpla, cuando sea ampliado por los medios técnicos y logre llegar a una audiencia expresada en grandes sectores de la población.

Todo ello es especialmente importante en los casos de juicios por violaciones masivas a los derechos humanos. Es esa función simbólica la que actúa en la fijación de la memoria histórica (un concepto que no me convence mucho porque es tautológico, pero se habla de esto, de la memoria histórica, de recuperar, de recrear con innumerables funciones no sólo históricas, sino políticas de cara al presente, al futuro). En este sentido, históricamente, ha tenido una función muy importante la ceremonia del juicio penal. El primero de estos sucesos, que da lugar a una reflexión crítica acerca de la justicia y los derechos humanos, tiene que ver con el primer juicio de Núremberg, el que se formuló contra los jerarcas del régimen nazi. Y luego también en los otros juicios de Núremberg, que fueron conocidos porque se difundieron públicamente con los medios técnicos de la época. Y en un caso particular, el de los juicios a los juris-

tas y jueces nazis, particularmente porque, también con medios técnicos, se realizó en forma muy fiel una reproducción cinematográfica en una película llamada *El juicio de Nüremberg*, dirigida por Stanley Kramer.

Esos juicios fueron fundamentales porque fue allí donde por primera vez se vieron algunos de los efectos de los campos de concentración, a través de fotografías y demás registros que se utilizaron como prueba. La fiscalía presentaba como prueba las primeras imágenes tomadas en campos de concentración, fotografías que los mismos nazis tomaban dentro de los campos. Con todo ello se pudo mostrar el terrible efecto del genocidio, la gravedad del delito. Una verdad vinculada con un mal jurídicamente impuesto, algo que reforzaba por entonces esta forma de hacer memoria. La verdad, un elemento central de este juicio, se reforzó con la “espectacularización” que permite varias visiones, algo más ricas que la verdad de los procedimientos escritos. Este caso concreto corroboró para siempre el hecho de que algunas personas habían llevado a cabo unos hechos aberrantes que no deberían repetirse nunca más en la historia de la humanidad. Y esa conclusión no la sacaron uno o tres expertos sino ese público ampliado por la posibilidad de que el juicio sea conocido por todos. Había especial interés, sobre todo de las autoridades de las potencias aliadas que impusieron el tipo de juicio anglosajón, en que estos juicios fuesen conocidos por los ciudadanos alemanes. Que los propios ciudadanos alemanes que en gran medida eran hipócritas o negacionistas de lo que ellos mismos habían contribuido a hacer, se enteraran de lo que había sucedido; que no pudiesen decir “no, no sabemos” o “no fue tan así”. El juicio era lo que tenía que ser esencialmente conocido, lo trascendental. Incluso fue más importante que los castigos, que de por sí fueron bastante “espectaculares” por la dureza de los mismos. Pero transmitía más y mejor sentido, “enseñaba” más el juicio que el castigo. Eso podía producirse porque lo que pasaba en el juicio era conocido públicamente. La importancia de ese conocimiento público en el momento puede imaginarse, e incluso la tiene todavía, cuando se pueden comprar como documento histórico los videos de este juicio penal.

Esto es tan importante que cuando se crean las declaraciones interna-

cionales de derechos humanos y se logran crear tribunales que pueden dar garantías de esas declaraciones, para que no sean sólo un mero pedazo de papel, uno de los objetivos principales es la realización de juicios públicos ante dichos tribunales penales internacionales. Está el caso de los tribunales para la ex Yugoslavia, que fue donde más se discutió la cuestión de la grabación y luego difusión televisada de sus juicios. Una de las principales preocupaciones de los que redactaban esta potestad era cómo iban a ser esos juicios y su discusión pública. Se sigue el formato anglosajón con algunos préstamos de los sistemas de enjuiciamiento continentales. Pero lo importante era filmar estas audiencias y pasarlas a los países que formaban la ex república yugoslava, en Bosnia, en Serbia, en Croacia, especialmente. Se intentó que en todos esos sitios la verdad que surgiera de los juicios tuviese un efecto. Hubo diferencias técnicas que llevaron a preguntarse sobre cómo iba a ser posible la aplicación de esta publicidad ampliada. En este caso había cinco minutos de espera entre el momento en que se grababa y el momento en que se difundía, pero la idea era transmitirlo en directo.

Finalmente, y con este antecedente, cuando se impone el Tribunal Penal Internacional también se prevé una sala de edición de lo filmado directamente en las audiencias. Y luego el material es distribuido entre aquellas compañías de medios de comunicación que están interesadas en difundirlo.

También en Argentina la experiencia originaria en cuanto a publicidad efectiva, de acuerdo a los requerimientos de las sociedades del siglo XX y principios del siglo XXI, el primer contacto entre televisión y juicios penales, tiene que ver con causas de derechos humanos. Fue la famosa causa contra las Juntas Militares. Se hizo la filmación de todas las audiencias y se difundieron por el canal público, *Canal 7*. Un dato curioso: se difundió sin sonido. No sé cuál fue la presión para que se hiciera de esta forma, pero se difundían imágenes y los periodistas comentaban qué era lo que había sucedido. Pero está grabado y se puede acceder a estas grabaciones, que son un documento histórico, en imágenes y también en sonido. Cuando se les preguntaba a los jueces por qué habían decidido grabar las

audiencias, cuando no había antecedentes del tipo en Argentina –que tenía todavía códigos inquisitivos de tipo escrito–, explicaban que fue una forma de protegerse y demostrar que estaban haciendo un juicio justo, en un momento donde la corporación militar tenía muchísimo peso y no se sabía cómo podía reaccionar la misma sociedad. La sociedad argentina no tenía la claridad que tuvo a partir de los noventa y actualmente acerca de los alcances de estas violaciones masivas a los derechos humanos, entre otras cosas porque no se había desarrollado aún el juicio que menciono. Entiendo que el Juicio a las Juntas Militares tuvo un efecto fundamental para que en la Argentina no existan más que unos pocos resabios, algunos locos, que sigan reivindicando a la dictadura militar.

Comparen esto con otros países donde no se hicieron juicios penales en los cuales se elaboraron críticamente los crímenes de su historia. En Chile o en España sigue habiendo grupos importantes que apoyan a Pinochet o a Franco, mucho mayores que en Argentina. Para lograr esto fue muy importante el Juicio a las Juntas. Pero el juicio en sí mismo antes que los castigos que allí se impusieron. La existencia de algún que otro castigo no logra satisfacer a quienes creen que así se impone la justicia. Con los indultos se acabó de demostrar que ese castigo no satisfizo a ninguno que haya depositado en ello sus expectativas, pero incluso antes de ello esos castigos nunca pueden ser efectivamente proporcionales, además de manifiestamente no poder cumplir ninguna de las finalidades que se le atribuyen. Pero, en este caso, sirvió la misma existencia del juicio, un juicio que fue difundido por muchos medios de comunicación. Además de la transmisión televisiva había incluso un *Diario del Juicio* dedicado al juicio y sus audiencias día a día durante todos los meses que duró. Había por cierto un interés social por lo que pasaba allí, algo lógico para esa época por la importancia de las personas juzgadas y la gravedad de los hechos imputados. Creo que el gran acierto de esa política de derechos humanos y de esa etapa, con todas las críticas que podemos hacerle a las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, el gran éxito tiene que ver con que haya sido un juicio con las características de publicidad propias de un sistema de enjuiciamiento de tradición decimonóni-



ca que terminaría por imponerse recién a principios de la década siguiente. Estamos hablando de una época en que los juicios a nivel general en la Argentina eran totalmente escritos, un sistema anterior al modelo mixto francés. Tuvimos la fortuna de que estos procesos empezasen en la jurisdicción militar y luego se tomaran por la Cámara Federal. Esto desembocó en que se hicieran juicios con estas características del tipo acusatorio y estas características importantes de la publicidad. ¿Cómo se logró esta publicidad? Se logró por la decisión política de una política de derechos humanos con base especialmente legal y jurídica, se logró por una decisión del estrato judicial de difundir, por el motivo que fuese, el juicio, y se logró por una demanda social respetada por los diversos medios de comunicación por conocer lo que allí sucedía.

El juicio tiene algunas funciones que muchos penalistas que teorizan acerca del castigo predicán de este último. Yo soy más bien escéptico con respecto al cumplimiento de finalidades por la mera violencia, como lo es el castigo. Todas las teorías de la pena no resisten alguna prueba de constatación empírica en cuanto al cumplimiento de sus efectos manifiestos. Sabemos que el castigo no resocializa, sabemos que el castigo no sirve para intimidar ni para transmitir sentido y así unir a la población y mucho menos para aplicar justicia o venganza como retribuciones. ¿Qué puede compararse con treinta mil desaparecidos, violaciones, torturas, muertes, robos de identidad? Ninguna pena puede equiparar eso. Y, en rigor, tampoco parece legítimo, ni ético, hablar de una función meramente retributiva. De hecho, la venganza podría tener un efecto disolvente de la unión en torno a determinados valores que es lo que se pretende con la prevención general positiva.

Tampoco el castigo sirve para instalar aquella prevención general positiva que reafirmaría esos valores. Esto tampoco se logra, pero la “ventaja” que tiene para quienes quieren justificar el castigo es que es muy difícil de probarlo. Es por ello que la mayoría de los penalistas sigue tomando esta teoría justificadora en la actualidad. Émile Durkheim, teórico de esta prevención general positiva, también está hablando de los juicios de reproche cuando explica la funcionalidad, y normalidad, de los delitos y castigos.

Durkheim tenía una formación como jurista antes de ser sociólogo. Su tesis doctoral compara el derecho penal como una solidaridad mecánica con el derecho civil como una idea de solidaridad orgánica, pensando en la organización del futuro. Una forma donde el castigo no tenía una gran función pero si tenían una función estas instituciones estrictamente simbólicas, transmisoras de sentido. El juicio tiene un potencial mucho mayor que el castigo, en tanto transmisor de sentido, por lo que es importante que ese juicio sea conocido. Yo estoy de acuerdo en esto e insisto en es mucho más probable que “funcione” tal mecanismo en ceremonias con reglas y no violentas como un juicio, antes que en el castigo.

Si para Durkheim los delitos eran necesarios para poder imponer castigos y así transmitir ese sentido, creo que acierta más Edmundo Hendler, un gran maestro de nuestra generación, de Alberto [Bovino] y mío en particular, para quien “el castigo sólo puede justificarse como una excusa para poder desarrollar el juicio”. El juicio penal es lo más importante. Esta Facultad de Derecho, y otras de la Argentina aún peor, tienen una gran culpa de que esto no sea así visto. Se estudia muchísimo la teoría del delito o la teoría de la pena, pero lo procesal es como algo experimental pero sin “teoría”, algo meramente adjetivo y no sustantivo. Algo que no merece atención en cuanto a sus fundamentos filosóficos y políticos. Sin embargo creo que el juicio se instala como lo más trascendente de toda la complejidad de la cuestión penal. Y maestros como Hendler, Maier, Binder, han venido a señalarnos la necesaria importancia del momento ceremonial judicial.

He reprochado a la Facultad, pero en verdad son los mismos operadores judiciales los que reniegan de esa importancia al intentar ocultar lo que parecen ser reglas solamente para “ellos”, para entendidos. Igualmente me quedo con el reproche a la educación, recordando mi época de estudiante de finales de los ochenta, en que se estudiaba la resolución judicial del Juicio a las Juntas Militares mientras que a ningún profesor se le ocurrió mostrarnos las grabaciones de ese juicio.

Insisto en que el juicio es lo que está previsto que sea conocido porque es la mejor plataforma para transmitir sentido a la comunidad. Si se con-

sideran las tres grandes partes de la cuestión penal: delito, juicio y castigo, es evidente que el juicio es la parte más jurídica y por ello menos violenta. Todo, incluso el juicio, tiene algo de violencia, como citar compulsivamente a un testigo o al acusado, etcétera. Pero es muchísimo menor si la comparamos con la pena, que es violencia por definición porque priva coactivamente de derechos; o con los delitos, que también deberían de serlo por imposición constitucional. En efecto, aquellos conflictos que deberían ser seleccionados como delitos tendrían que tener alguna carga mayor de violencia, como homicidios, robos, violaciones. El tema de las violaciones masivas de los derechos humanos tendría que estar dentro de esta selección criminalizante.

El juicio no se realiza en estas situaciones de violencia y, por lo tanto, tiene una carga profundamente importante de derecho. El delito es precisamente no derecho y el castigo es un tema, y un lugar (en nuestro momento cultural, algo parecido a jaulas) donde siempre resulta muy difícil la entrada del derecho. El juicio, por el contrario, tiene que estar ordenado por reglas y esas reglas son reglas del derecho. Por tanto, esta es la mejor plataforma para emitir mensajes desde el propio Estado hacia la comunidad. Esa es una de las funciones más importantes, y sobre todo cuando se la vincula con la memoria, de la efectiva publicidad del juicio penal.

Como ya les dije, la publicidad también tiene otras funciones y que no son para el Estado: es importante para el propio acusado ver allí garantizado el cumplimiento de las otras garantías; también para los eternos excluidos de la cuestión penal, que son las víctimas (en Francia, por ejemplo, hablan del “derecho al grito”, que es la posibilidad de la víctima de hacer una especie de catarsis ante el procedimiento); y también para los ciudadanos que de esta forma pueden controlar lo que, en su nombre, hacen los funcionarios estatales.

Los grandes penalistas de la Ilustración tienen libros dedicados a la publicidad de los juicios penales, cosa que tampoco se estudia mucho en esta Facultad más allá de algunas cosas de Jeremy Bentham. Este autor es importante porque sus ideas también pueden servir para construir una plataforma para emitir sentidos desde el juicio. Pero cuando él (y Filangie-

ri, Feuerbach, etcétera) hablan de la publicidad del juicio están más bien pensando en una función inversa a la de transmitir valores: están pensando en la posibilidad de controlar a los funcionarios judiciales. Dentro del reclamo de transparencia de la Ilustración, la publicidad es lo que hace posible que los ciudadanos que hemos delegado las facultades de gobierno en las autoridades podamos confirmar que la hagan debidamente. Bentham no sólo hablaba de la transparencia y la publicidad de los juicios, algo que es muy importante, sino que también hablaba de la publicidad de las funciones parlamentarias y de los actos ejecutivos (algo que también se ve en el juicio, por ejemplo, si la ley penal es absurda, si el procedimiento de las agencias administrativas fue irregular, etc.).

Pero, en fin, para la filosofía política de Bentham todo funcionario debe estar visto. Su gestión va a ser buena si actúa desde un lugar de transparencia. Bentham cita al respecto una frase de un satírico romano del siglo II, llamado Juvenal. Un hombre le comenta que, a raíz de sus celos, había contratado dos guardias para vigilar la puerta de la casa de su esposa. Entonces Juvenal, con bastante inteligencia, le responde “*Quis custodiet ipsos custodios?*”, o sea “¿Quién custodia a los custodios?”. Efectivamente, a aquellos que con más razón debemos controlar es a quien tiene facultad para controlarnos. Controlar a los jueces es la función más importante que los ilustrados encuentran en la publicidad de los juicios penales. Todo lo que están pensando ellos tiene que ver con ese principio republicano del control de los actos de gobierno. Eso se satisfacía con la apertura de las puertas y la presencia de terceros en las sociedades de esa época, del siglo XVIII, cuando no había televisión y las ciudades eran mucho más pequeñas y por tanto no había casi anonimato y las personas podían estar en un juicio si lo deseaban. Las personas podían entrar a las salas cuando se desarrollaban los juicios más trascendentes, que eran los penales. En algunos casos de Estados Unidos, está descrito cómo todo un pueblo iba a presenciar un juicio ante un caso grave para participar de este espectáculo en el que pensaban los ilustrados al diseñar el juicio penal.

Esto ha ido cambiando a lo largo del siglo XIX y sobre todo el siglo XX con las llamadas sociedades de masas. Seríamos un poco ilusos si no

tenemos en cuenta cuáles son los canales a través de los cuales se realizan o actualizan estos principios republicanos en la actualidad. Seríamos ilusos si creyéramos que podemos controlar las acciones de gobierno con el Boletín Oficial o con el diario de sesiones del Parlamento. Recurrimos a otros medios para enterarnos qué está haciendo el Ejecutivo, qué se está debatiendo en el Parlamento. Creo que lo mejor es actualizar esos instrumentos para que lo que conozcamos se acerque a lo que realmente sucede en dichos ámbitos. Es importante ver qué pasa en la actualidad en el derecho comparado. En Brasil crearon un canal de televisión del Parlamento. Es un poco aburrido, pero si usted quiere puede ver lo que está sucediendo en ese momento, y es lo que sucede de verdad (incluso algunas veces se pone divertido). También tienen un canal donde la Corte Suprema da cuenta de sus acuerdos, también en directo. Así se logra cierta publicidad de lo que refiere a lo judicial. Y en ambos casos con decisiones de transparencia tomadas desde los propios órganos que se someten a control, y a la vez asumen su rol de transmitir mensajes a la comunidad.

Más allá de ello, algo que sucede en todo el mundo es la existencia de canales de TV dedicados exclusivamente a difundir juicios. Y no hablo de cualquier juicio, de alguien que tenía drogas para su consumo, cosa que a nadie le importa, sino de casos más trascendentes de violaciones u homicidios que son los que importan y que por ello deberían ser no sólo los únicos televisados, sino también los únicos juicios, los únicos seleccionadas por el poder público y, eventualmente, los únicos en que se imponga castigo.

En Estados Unidos existe una cadena privada que se llama *Court TV* que está pasando juicios en directo. Para eso recurre a las legislaciones de la mayoría de los estados de los Estados Unidos que permiten en forma diversa que las audiencias de juicio sean televisadas (no lo permite la legislación federal de ese país). Algo parecido pasa en otras partes del mundo, con mayores dificultades. Hay países, como Italia, que más ampliamente permiten esa difusión, y otros, como Francia, mucho más restrictivos. En Inglaterra, la cuna de Bentham y del principio de publi-

dad, no se permite al menos por ahora que el juicio sea registrado y televisado. No los voy a aburrir con estas experiencias, para lo que me remito a mi investigación publicada como “Justicia penal pública”.

Lo que sí quería indicarles como inicio de la discusión es por qué creo necesaria esta publicidad y por qué esta publicidad entiendo se hace efectiva con la ayuda de los medios técnicos más modernos. Al pensar en cómo hacer posible esta publicidad tenemos que asumir la existencia de los medios técnicos, no sólo la televisión sino todo aquello que amplíe los públicos, como actualmente la Internet. Creo que no hay ningún obstáculo jurídico para poder presenciar aquello que es público y que nada puede impedir que yo cuente lo que vi, o muestre fotos o grabaciones que amplíen ese testimonio. Esto no sólo no está prohibido sino que debería de estar promovido, singularmente en los casos de especial importancia como los que convocan a los asistentes a este seminario. Me gustaría que asumido ello, podamos pensar conjuntamente cómo hacer posible esta difusión masiva sin vulnerar algunos derechos y garantías de acusados y de terceros. No me refiero a los jueces y fiscales, puesto que ellos no cuentan con esa posibilidad, lo que pueden hacer si no quieren aparecer en cámara es renunciar y dedicarse a trabajos que no tengan la exposición de la función pública.

# DEBATE

**Público:** Me gustaría hacer dos preguntas concretas. La primera: teniendo en cuenta la situación actual en el país, a los efectos de garantizar la publicidad en los juicios por delitos de lesa humanidad, ¿podría la Corte Suprema, en ejercicio de su poder de superintendencia, regular los aspectos prácticos de esta cuestión o impartir a directivas a los tribunales en este sentido? Mi otra duda es cómo manejar la publicidad de los juicios respecto a la protección de los testigos. ¿Hasta qué punto se puede permitir la discrecionalidad total de los medios y hasta dónde se los puede regular, teniendo en cuenta que hay personas sometidas al riesgo de amenazas o intimidaciones?

**Gabriel Ignacio Anitua:** Con respecto a la intervención de la Corte, entiendo que, en principio, los tribunales no deberían esperar a que los jueces que deben entender en vía recursiva les digan nada al respecto por una vía ajena a la del recurso. Por otro lado, la publicidad de los juicios penales está consagrada en la Constitución y los pactos internacionales: no se necesita una acordada para regularla, y tal vez ni siquiera una ley. Los jueces tendrían que dejar que la publicidad sea un hecho y punto. Finalmente, me parece mal que la Corte intervenga en estos temas ejerciendo la superintendencia porque recuerda y enfatiza aquella relación vertical de la organización judicial. En el derecho comparado, en los pocos casos donde se hizo algo internamente al poder judicial y “desde arriba”, fue para peor. En el caso español, por ejemplo, se actuó correctamente cuando se reconstruyó el edificio de la Audiencia de Madrid, modernizaron la sala y pusieron una cámara fija que puede grabar el juicio y compartir el video a todos los medios. Pero muy mal cuando el Tribunal Supremo decidió, mediante una especie de acordada, “regular” la publicidad de tal forma que prácticamente se derogó el principio constitucional y legal de la publicidad. Todo ello pasó porque se juzgaban casos políticos vinculados a la corrupción y crímenes de Estado del anterior gobierno socialista. Ante el interés de los medios dictaron unas ordenan-

zas generales restringiendo la entrada de las cámaras de televisión sólo a algunos actos ceremoniales de inicio del año y prohibiendo toda otra entrada al palacio de los tribunales. Así es que lo veo peligroso, creo mejor que la Corte no diga nada. En el ámbito legal y constitucional ya está resuelta la cuestión a favor de la publicidad, y en forma amplia, así que cualquier interpretación va a ser necesariamente restrictiva y eso es malo en forma general. En algún caso concreto, habría que justificar muy bien por qué no procedería la publicidad, y está claro que no puede ser porque el juez no quiera. Otra cosa sería si hay un testigo que cree que la publicidad pone en riesgo su vida, o los mismos imputados oponen algún derecho. Puedo pensar en muchos otros que pueden oponerse, pero nunca los jueces, no importa de qué instancia sean. El argumento más utilizado por los jueces, y que podría retomar la superintendencia de la Corte Suprema, es el del orden y la seguridad de la sala de audiencias. Pero ese es un argumento falaz. En los Estados Unidos hubo un caso interesante en el que se prohibió la entrada a las cámaras con el argumento de que podían molestar y provocar disturbios. Entonces periodistas de *Court TV* directamente entraron con una cámara de corbata, de esas que hay ahora que ni se ven, y filmaron el juicio. Cuando lo emitieron los jueces no pudieron censurarlo porque en Estados Unidos la libertad de prensa es sagrada, así que no hubo nada que hacer. Acá hubiesen hecho un desastre, pero allá, con eso se demostró que no hay ningún inconveniente en filmar un juicio, no se altera para nada la escenografía judicial.

En cuanto a la seguridad de los testigos, la mejor forma de garantizarla es mediante el uso de los medios técnicos: distorsionar la voz, distorsionar la imagen. Estas cosas hay que hacerlas con seriedad, es absurdo no dejar entrar las cámaras a la audiencia y que filmen al testigo cuando va saliendo o entrando a los tribunales. O que lo conozcan sólo los sospechosos y no el público en general que, en principio, podría defenderlo. En un Estado de derecho que funcione, la transparencia y la seguridad van de la mano. Y en todo caso, la protección tiene que ser para los particulares, pues está en juego la seguridad personal, el tema de la identidad y otros



derechos. Pero no para los funcionarios, los jueces o los fiscales. En un Estado de derecho los funcionarios no pueden decir “tengo miedo, no me filmen” o “distorsionen mi imagen”. Sería como si un futbolista dijera “no quiero que me filmen porque así juego peor”. La sala de audiencias es un lugar público y los jueces y fiscales son funcionarios públicos.

**Alberto Bovino:** Respecto de la superintendencia, algunas legislaciones dicen expresamente que queda a discreción del tribunal. Yo creo que lo último que hay que hacer es recurrir a la Corte Suprema porque la discreción se convierte en arbitrio puro. No puede quedar a discreción del controlado cuándo se lo controla y cuándo no. Igualmente, al estar garantizada la publicidad en distintos textos de jerarquía superior, la Corte sólo podría ejercer una superintendencia positiva, porque cualquier restricción tiene que ser por ley.

Por otra parte, no debemos olvidar que la Corte es el menos público de los tribunales. También hay que controlar a la Corte, porque cuando más creemos que no hay que controlarlos, más posibilidades hay de que hagan algo que no deben hacer. Creo que hay que desconfiar de todos los jueces sólo porque son jueces. Y como funcionarios que ejercen el poder del Estado, tienden a hacer cosas que no deben, como recibir atenciones especiales o no escribir las sentencias; con la audiencia oral y televisada los jueces tienen que hablar, no escribir, pero ir a la Corte no me parece la solución ideal.

En la provincia de Buenos Aires hay una serie de testigos semirreservados, pero que declaran frente al imputado, y al público presente, pero no se permite la reproducción de su imagen o su voz. Pero si hay un peligro es que lo vea el imputado, no las personas que no tienen que ver con el caso. No sé hasta qué punto puede ser una garantía para su seguridad el tema de prohibir la publicidad. Si no hay nada en peligro, no puede ser que el testigo no sea filmado sólo porque no le gusta. Él también es parte del acto público y así como lo ven las personas que están en la audiencia tienen derecho a verlo todos los demás. No hay mucho que pueda divulgar de nuevo la televisión. Muchos de estos argumentos utilizados van más allá de la simple protección, con la idea de ponerle una barrera a la televisión. Hay

una constante voluntad de los jueces por no ser controlados. Así como les molesta la televisión, les molesta cuando uno comenta un fallo.

**Público:** Yo trabajo en un medio de comunicación y lo que observo es que los periodistas no están capacitados ni formados para entender el lenguaje abogadil, como decimos nosotros. Entonces, si estamos hablando de garantizar la publicidad a través de los medios masivos de comunicación, ¿cómo es posible transmitir los mensajes al público masivo si éstos ni siquiera son comprendidos por los medios? Y si eso efectivamente sucede, ¿de quién es la culpa?

**Gabriel Ignacio Anitua:** Es importante lo que decís con respecto al lenguaje. Pero no creo que sea un problema de los periodistas, el problema está en el lenguaje que utiliza el sistema de justicia. Yo creo que, efectivamente, este sistema que es el juicio, tiene una intención educativa que se debería concretar a través de la transmisión de mensajes a la sociedad. Pero un juicio no es para que me enseñe el señor que está sentado ahí, sino para que yo pueda aprender de todo ese sistema creado por los constituyentes desde 1853 y regulado en los códigos procesales. Todo esto tiene una función pedagógica y educativa que no se cumple, entre otras cosas, por esta forma de no hablar claro, que sirve también para evitar los controles, que es una característica perseguida, intencionalmente o no, por los jueces y en general por todos los operadores del sistema. Una sentencia de 150 mil carillas es imposible de leer. Una decisión que ordena a alguien quedarse en prisión preventiva tiene que ser algo muy sencillo: “Creo que este señor se va a fugar por tal y tal motivo, por lo tanto tiene que estar preso”. Transformar esto en algo inentendible y farragoso es culpa del juez que no está usando bien el lenguaje para justificarse ante el imputado, las víctimas y la sociedad. Más que al periodista, entonces, al que hay que educar es al juez. ¿Cómo puede ser que se haga una fundamentación de una elevación a juicio de 500 páginas? ¡Que escriba un libro si tiene ganas! Pero que, en tanto juez, resuelva lo que se plantea por las partes y en forma en que todos los ciudadanos lo puedan entender.

**Alberto Bovino:** La mayor parte de la culpa es de los juristas, por la manera en que nos comunicamos. Pero ello no significa que los periodis-

tas especializados no deban realizar un esfuerzo menor para, por ejemplo, entender la diferencia entre libertad condicional y excarcelación. Sobre todo en ciudades grandes donde el periodista está más especializado. Yo tiendo a hablar en castellano y cuando presento algún escrito en tribunales lo miran como si fuese una cosa rara. Pero hay muchos textos que tampoco los entiendo, es un problema de las personas que hablan castellano. No es un problema de los periodistas, el poder judicial es una máquina de producir sentido que tiene unas reglas bastante incomprensibles. No tiene mucho que ver con el castellano, sino con la lógica del poder judicial, si es que eso es lógico. Se siguen usando esos formulismos horribles.

**Público:** Como periodista no puedo esperar los tiempos de la justicia para informar, no puedo esperar a que resuelvan un pedido mientras se realizan los juicios sin presencia de las cámaras. Entonces me pregunto, ¿cuál es la alternativa concreta de un periodista que tiene una cámara y no lo dejan entrar al juicio?

**Alberto Bovino:** Que vayan cincuenta periodistas a cincuenta juicios distintos y que sea una práctica regular. Hay un derecho constitucional que autoriza a la prensa a ingresar a las salas. El tema es que le tienen terror al valor de convicción de la imagen, porque la gente mira mucho más que lo que lee. Por eso la imagen tendría que tener un lugar privilegiado y, sin embargo, se la ataca con argumentos que, si se los aplicara a la prensa escrita, indignarían a todo el mundo pues serían percibidos como un atentado a la libertad de expresión. Decir que la TV distorsiona al seleccionar los hechos que difunde es irrelevante, porque lo mismo hace el periodista de *La Nación* que no puede contar lo que pasaba en el fondo de la sala de audiencia. Si hay un cartelito en la puerta que prohíbe entrar con cámara y grabador, pasen con la *notebook*. Lo graban con la camarita, lo suben a *YouTube* y que lo bajen si pueden.

Ellos nos quieren educar a nosotros, pero hay que educarlos a ellos. Podríamos ponernos de acuerdo, abogados y periodistas, para entender nuestro lenguaje y, en segundo lugar, armar una estrategia que nos permita la mayor difusión posible sobre todo de estos casos en que los tribunales son mucho más refractarios a aceptar el control.

**Público:** A mí me preocupa el efecto que puede tener la publicidad para los imputados en los juicios por delitos comunes, sobre todo cuando estamos hablando de la intervención de los medios masivos de comunicación, que pueden tener un interés en distorsionar o tergiversar ciertas informaciones sobre los casos para lograr mayor impacto en la audiencia. ¿En qué situación se encuentra, por ejemplo, una persona que está imputada por un delito contra la libertad sexual, cuyo juicio se divulga masivamente? El efecto estigmatizante que acarrea la publicidad para los imputados, o incluso el efecto que pueden acarrear los juicios paralelos que hemos visto en algunos programas televisivos, ¿no son un costo demasiado alto de la publicidad?

**Gabriel Ignacio Anitua:** Los juicios paralelos en programas de televisión no tienen que ver con la presencia de las cámaras en los juicios sino justamente con su ausencia. Cuando hay un verdadero interés social en el asunto, o cuando las víctimas –y a veces los sospechosos– quieren que su problema sea conocido y debatido por todos, esa persona irá a ver a “Chiche” Gelblung o a *Crónica TV*. Allí no existen ninguna de las regulaciones de escena que incluyen las garantías judiciales, no hay obligación de decir la verdad conminada con una amenaza de pena. Pasa cualquier cosa y puede ser un circo, con efectos nefastos no sólo para la justicia sino para la sociedad. Creo que la forma de evitar esto es con la difusión de la realidad de lo que sucede en el juicio penal. El juicio en vivo y en directo anula todas esas perversiones televisivas. Pero, claro, es imposible emitir todos los juicios. Entiendo que unos cambios importantes tienen que ver también con tomar para la esfera penal solamente aquello que tiene trascendencia. Hay cosas que no tendrían que estar en la esfera penal. Los conflictos que terminan con las *probation*, con los juicios abreviados, una gran mayoría de aquello que ocupa al sistema de justicia penal actual son cosas que a nadie le importa. Entonces la reflexión tendría que ser, ¿por qué, con lo costoso que es el sistema penal, están en su órbita y no se busca una solución civil, administrativa, lo que fuera? Reservemos la publicidad, pero también todo el proceso penal y, lógicamente, las penas, o las penas propiamente dichas, para estos casos graves de asesinatos, violaciones y delitos de lesa humanidad.

Por otra parte, yo creo que hay algo de hipocresía en ver el problema de la televisación y no ver los problemas que ocasiona el propio sistema judicial. Cuando se insiste tanto en el estigma de la difusión pública de la imagen suele no pensarse en qué puede ser más estigmatizante que una condena a 30 años de prisión. Esto es lo más estigmatizante que puede haber, lo más vulnerador de la dignidad de la persona. Y *Canal 9* no puede imponer esa pena. Eso lo impone el poder judicial. Los discursos antiprensa dicen que los medios vulneran el principio de inocencia. Pero que yo, como individuo, crea que Videla es culpable nadie me lo puede prohibir. Ni tampoco que lo crea *Canal 13*. El problema es que lo crea culpable el juez que es el que tiene la capacidad de encerrarlo provisional o definitivamente. Este tiene obligación de tratarlo como inocente hasta que una sentencia imponga su culpabilidad. Es allí donde tienen que operar las garantías porque son justamente limitaciones al poder de los jueces, o del Estado en su faz represiva.

El principio de publicidad implica sólo la posibilidad de ver, trata de poner luz donde no la hay. Y eso permite la reflexión sobre cosas que tal vez no se deben hacer, que están mal. Hay una máxima de Kant que dice que lo que no se puede ver no se puede hacer. No me parece lógico quejarnos porque se difunda que un tribunal impuso una pena de 30 años y quedarnos tranquilos si eso no se difunde, mientras los jueces siguen aplicando penas estigmatizantes e irracionales. Es el mismo caso que el de la pena de muerte en Estados Unidos. Algunos de los que quieren que se vea la ejecución son los que están en contra de la pena de muerte. Los que están a favor dicen “no queremos que se difunda porque es muy feo”. Si es muy feo no lo hagan, por favor. O el caso de Francia, donde llegaron a prohibir la difusión de imágenes de personas esposadas porque decían que viéndolas así se vulneraba el principio de inocencia. Pero los siguen esposando para detenerlos y realizando todas las ceremonias de degradación que demuestran que no se los trata como a inocentes. Lo que se consigue así es que haya menos personas que adviertan de ese trato incorrecto y lo critiquen. Lo que no se puede ver no se puede hacer. Y lo que se debe hacer, que se vea y discuta.



# III- Cómo garantizar la eficacia de la investigación penal en delitos de lesa humanidad y otros delitos complejos

Exposición de Alberto Binder

## **Alberto Binder**

Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor de posgrado e invitado en distintas casas de estudio. Ha prestado asesoramiento a parlamentarios, al Consejo de la Magistratura bonaerense, a la Procuración General de la Nación y al Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Asesor de los procesos de reforma penal en Argentina, Bolivia, Paraguay, Venezuela, El Salvador y otros países latinoamericanos. Vicepresidente del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) y miembro Titular del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Penal. Director del Centro de Políticas Públicas para el Socialismo (CEPPAS). Miembro del Consejo Consultivo Nacional del CELS. Algunas de sus publicaciones son: *Introducción al Derecho Procesal Penal; Iniciación al Proceso Penal acusatorio; El incumplimiento de las formas procesales; Justicia Penal y Estado de Derecho; Política Criminal: de la formulación a la praxis; Ideas y Materiales para la reforma de la justicia penal; Introducción al Derecho Penal y De las Repúblicas Aéreas al Estado de Derecho.*

En primer lugar, es importante tener claro el problema de la eficacia en general de la justicia penal y el escaso tratamiento que existe del problema de la eficacia en el problema penal. La ausencia de reflexión sobre el

problema de la eficacia tiene, desde lo político a lo teórico, muchas raíces. Últimamente trato de darle mayor relevancia a las razones que impiden construir un aparato conceptual que nos permita tomarnos en serio el problema de la eficacia.

Tal como venimos discutiendo y sosteniendo en muchos ámbitos, está instalada la idea de que cuando alguien se preocupa por las garantías se encuentra en el marco de un pensamiento liberal y democrático, lo cual es absolutamente cierto, porque esa es la tradición liberal del derecho penal y, al contrario, cuando alguien empieza a preguntarse o a preocuparse por el tema de la eficacia, cae de inmediato en el fascismo. Los liberales se ocuparían de las garantías y los fascistas de la eficacia. De hecho, cuando aparece la reflexión sobre la eficacia en el caso de los delitos de lesa humanidad o en el caso de criminalidad económica o corrupción, enseguida se dice, de quien se preocupa por la eficacia, “es un fascista”. Entonces uno se convierte en una especie de traidor que dejó de creer en las garantías.

Por otro lado, sobre todo en la Universidad de Buenos Aires, pero también en otras universidades, se ha instalado un discurso muy hipócrita por el cual en las aulas podemos ser ampliamente garantistas, lo que llamamos “garantismo de salón”, pero esto va a tener muy poca repercusión y no se refleja en las sentencias.

Esto es importante como telón de fondo, porque el esfuerzo, precisamente, consiste en construir una reflexión y una consideración técnica del problema de la eficacia que tenga bases democráticas. Mis críticas a muchas de las formas que piensan la eficacia, es porque no han hecho el esfuerzo de pensarla en términos de una eficacia admisible para los valores y principios de una república democrática y, sin quererlo, caen en cuestiones fascistas. Pareciera que la clave es violar garantías y sostener ciertas crueldades de la pena.

La construcción de una nueva visión técnico-teórica alrededor de la eficacia plantea una innumerable cantidad de problemas aún para los casos de criminalidad común. Hoy estamos demostrando que el trabajo que se está haciendo –trabajo de casos y personas que se perciben de modo aislado–, no es una forma natural de trabajar. Está presentado como una



forma natural de trabajar pero es una entrada posible entre otras, incluso en lo que se refiere a la criminalidad común.

Todas estas tensiones, naturales dentro de la justicia penal, adquieren mayor relevancia cuando uno se enfrenta a áreas difíciles de resolver por los valores que están en juego y por la notoriedad y la publicidad, como ocurre con los delitos vinculados al terrorismo de Estado y a la dictadura. Estas grandes tensiones son las que tenemos hoy entre manos y que generan grandes discusiones, y todo esto en un escenario muy público. Frente a este escenario, los problemas de eficacia se vuelven más tensos.

No obstante, si se toma teóricamente el problema de las investigaciones complejas, estamos muy lejos de los problemas reales. Buena parte de los problemas de eficacia no tienen que ver con el carácter complejo de las investigaciones sino con ineficacias tradicionales y comunes que existen en el sistema.

Vamos a comenzar por lo primero y más fundamental: contamos con un sistema federal donde los fiscales no tienen a su cargo la investigación. Tener un sistema en el cual los acusadores públicos deben hacer requerimientos ante un juez que va investigar, con criterios disímiles, ya en sí mismo genera un serio problema de eficacia. Alguien podría decir: “Pero esto habrá que reformarlo”. Lo sintomático es que se está tratando de reformar hace exactamente 22 años. La última oleada de reformas incluyó, por lo menos, tres o cuatro proyectos. Se inventó luego la delegación del trámite de la instrucción en el ministerio público como una salida transitoria que ni siquiera es la salida transitoria que se venía trabajando desde el año 1940, y lo único que se logró fue que el fiscal tenga que hacer el mismo trámite que el juez, generándose así una gran confusión.

¿Es posible plantearse de un modo serio el problema de la eficacia en un sistema que no tiene siquiera esto? No, de ninguna manera. Discutir el problema de la eficacia cuando el juez está investigando es equivalente a decir: “Venimos dentro de 15 años, cuando resuelvan esto, y seguimos hablando”. Llega un punto en el cual no se puede discutir más, o las discusiones se plantean en la jerga de los jueces federales, que hablan como los policías en las radios de sus patrulleros: “Tengo el 340, el 220 y el 215,

y la sala 1 y la 3”. Y nos preguntamos: “¿De qué nos están hablando?”.

Sigamos un poco más. Alguien dirá: “Como se trata de casos de mucha magnitud y de prueba concentrada, vamos poner a trabajar a los fiscales juntos”. No, imposible, no sé por qué interpretación de la ley –porque no existe esa interpretación de la ley en ningún lugar más que en la exudación burocrática del ministerio público–, los fiscales no tienen que hacer eso. Entonces no sólo tenemos un juez que investiga sino además a un fiscal que se va a preocupar por el control de la investigación pero después, cuando todo esté listo, y se lo va a pasar a otro para que lo lleve a juicio. ¿Esto tiene alguna lógica, una lógica en el sentido más elemental? Le encargo a una persona que no va a sostener la acusación que investigue, en diálogo con otra persona que tampoco va a ser la que irá a juicio. ¿Qué sentido tiene hablar de eficacia en todo esto? Por eso, como decía más arriba, hay que decirles: “Vengo dentro de 15 años a ver si resolvieron esto. Mientras tanto, quédense con este sistema primitivo y obsoleto”, y nosotros nos vamos a trabajar a otras provincias, a otros países, donde esto ya no existe hace rato, lo cual no quiere decir que tengan todos los problemas resueltos.

Se podría decir, asimismo, que se pongan a trabajar en conjunto fiscal de instrucción y fiscal de juicio, pero tampoco, porque son fiscales naturales, tienen lógicas distintas y además está instalada la idea de que cualquiera que conoce el abecé del trabajo de presentación de una causa, una demanda o lo que fuera, sabe que debe ubicarse hipotéticamente en la situación de juicio, pensar el caso que va a presentar y de allí retroceder en el análisis de lo hay y lo que falta. El mejor ejercicio para hacer esto sería redactar los hechos que quiera que el juez dicte. Luego voy viendo cada una de estas preposiciones fácticas, cómo las voy a probar y qué tengo y qué no tengo. Estamos hablando del abecé, pero ¿ustedes creen que los fiscales hacen esto? No, en lo más mínimo. Lo que empieza como investigación es una pesquisa en la cual se comienza de cero y se van acumulando cosas. Por lo cual, hay dos grandes mecanismos que los abogados –los más o menos hábiles– conocen. Uno, introducir cualquier tipo de hipótesis, por lo que llega un momento en el cual la causa es un

conjunto de hipótesis raras y nadie tiene claro cuál se está investigando. Como cuando se dice “el fiscal está trabajando intensamente en esto”.

En la mayoría de las investigaciones complejas, no es el fiscal quien está detrás de esto, ni siquiera el juez, es un prosecretario, que a su vez, cuando falta, se ocupa otro. Cada tanto citan a un testigo o un imputado o alguien viene y nadie sabe nada. Dejemos los casos de derechos humanos, tomemos los casos de corrupción o de responsabilidad económica, causas que han costado cientos si no miles de millones de dólares, que las lleva un empleado más o menos eficiente, un prosecretario, y el juez, al mismo tiempo, tiene otras causas, y el tribunal sigue dando rodeos. Algunas causas, por ejemplo, están hace dos o tres años en un juzgado que no tiene juez, sino subrogantes, y por lo tanto hay un secretario que las lleva. Alguien podría decir que en este contexto un grupo de empleados optimistas podría reunirse e investigar, interrogar, llamar por teléfono, etc. Pero tampoco. Lo que hacen es una “investigación por oficios”. Es decir, cada tanto a alguno se le ocurre una prueba y manda un oficio.

A este cuadro se suma que la habilidad del abogado reside en lo que llamamos “pruebas bobas”. Catorce años después nadie sabe qué pericias se están haciendo en el caso IBM-Banco Nación. En el caso de la valija de Antonini Wilson se envía un oficio para que hagan un arqueo y un peritaje contable a ver si en algún lugar faltan 800.000 dólares. ¿Cuántos meses se gana en esto? Es todo un desatino de pruebas bobas. Otros podrían decir: “Investigamos por oficio, hacemos esto, hacemos aquello, pero por lo menos trabajamos en conjunto con la policía”. Pero, ¿a alguien se le ocurre que la policía se va a preocupar por investigar algo, que van a charlar, van a conversar, van a decir “andá, fijate, mirá, interrogá”? En el mejor de los casos, van a seguir recibiendo oficios y oficios.

La investigación por oficios es un resabio arqueológico de una vieja institución: la rogatoria de la policía. Hay sistemas que funcionan así en términos modernos. Lo que hacía el ministerio público era, al menos según el modelo francés, decidir si existía un caso que valía la pena investigar o no. Y cuando decidían que valía la pena, mandaban una nota a la policía diciendo “nos interesa que este caso se investigue”. Y después

venía la policía y respondía “logramos esto” o “no logramos nada”. Hoy permanece algo que tiene un eco lejanísimo de esto y es la investigación por oficios, que se mandan, la policía contesta el oficio, y nada más. Así, si pedimos la captura de alguien a la persona equivocada, no la vamos a conseguir jamás.

En este marco, causas como las de violaciones a los derechos humanos, tema sobre el cual existe una larga literatura, una experiencia acumulada desde el regreso de la democracia, en donde se advierte el nivel de información –determinante– que tienen las víctimas y querellantes, podría pensarse: “Ahora vamos buscar a los querellantes y les decimos ‘estamos en el mismo barco, vamos a trabajar’”. Pero esto no se hace porque existe la mentalidad de que el querellante es, finalmente, una suerte de bárbaro que quiere la venganza, o que molesta, o que no entiende el ritmo, con lo cual se lo va a expulsar, o se lo va a poner en contra, o no se van a entender sus necesidades.

Discutir sobre la eficacia de las investigaciones no complejas, entonces, se transforma en algo risueño, es una hipótesis sin sentido. Un enorme daño que produce esto es el que genera la ineficacia en sí misma: impunidad, frustración, malversación de bienes y de energías sociales en los distintos campos. Pero además hay un daño adicional: la única posibilidad de ganar es violar las garantías, que los juicios sean más o menos “mañados”, que los jueces estén más o menos con la sentencia en el bolsillo, con lo cual, de un modo u otro, pierde el estado de derecho y, en el largo plazo, perdemos todos –por más que haya una ganancia circunstancial en el corto plazo.

Este es el contexto de la investigación en el ámbito federal en la Argentina y esto vale para las causas medianamente complejas como las de derechos humanos. Digo “medianamente” porque en las causas de la dictadura hay un montón de pruebas establecidas que podemos considerar hechos notorios. Tenemos la metodología probada, el esquema de participación altamente formalizado, resuelta buena parte de los problemas de autoría con decisiones judiciales y, en realidad, si se quiere, el único punto central de prueba es que determinada persona fue detenida

y no apareció más en el ámbito de dominio de una cierta persona con poder de mando. Y también hay mucha información sobre esto. Si se organizara claramente, en vez de este fraccionamiento que tenemos, si se diera lugar a lo que se viene pidiendo hace años –que se enjuicie por comando, por cuerpo de ejército, por ámbito de dominio real y funcional–, la prueba se haría más fácilmente aún.

Desde ese punto de vista, y no aplicándonos a delitos de la dictadura –la expresión “lesa humanidad” todavía me hace ruido–, tenemos dos situaciones. Un tema es cómo resolver la complejidad de hecho. Pero, luego, en el derecho procesal moderno existe jurídica y técnicamente un estatuto normativo para causas complejas. ¿Cómo resolver los problemas de hecho? Revirtiendo algunos de los aspectos más desventajosos. Si, ahora, hiciéramos al revés, la complejidad nos indicaría fiscales que estén investigando, trabajando en conjunto con la policía, con las víctimas, fiscales con una claridad acerca de cómo organizar la información.

El proceso penal no es más que un gran sistema de recopilación de información para ser presentada en determinado momento. Las causas complejas, en este sentido, son causas de organización de información múltiple y variada por un lado, y, por otro, de gestión de intereses, área para la cual también existen normas que se podrían utilizar. Me refiero al caso, por ejemplo, en el que hay ocho imputados y cuarenta querellantes, que al mismo tribunal le presenta un escenario de complejidad difícil de manejar. La gestión de intereses tiene un nombre clásico en el derecho procesal: litisconsorcio. En este litisconsorcio existen reglas procesales para administrar racionalmente los distintos intereses, tratando de que se vuelvan manejables y, además, que no se afecte el derecho del imputado a una sola acusación.

No veo grandes problemas de implementación. Aún con nuestra legislación vigente se podría haber llevado adelante un modelo de persecución penal en estos casos totalmente distinto al actual. El caso de los comandantes tenía un modelo de retracción del caso que, con una legislación inclusive más restrictiva que la actual, con una cultura en ese momento más reacia, era un tipo de trabajo total y diametralmente dis-

tinto a éste. No hay misterio en la resolución de la complejidad de hecho en este caso. Con organización del discurso el volumen de información se volvería manejable, y con gestión de intereses se lograría la unificación de querellantes y de casos.

A mí me gustaría un juicio donde estén todos los responsables y todos los casos de la ESMA. Hoy, por el modo en que se están llevando los casos, se está desgranando el valor simbólico de las condenas, con lo cual podemos advertir que hay una gestión influyente de los intereses en juego desde el punto de vista de la sociedad. Esto respecto de la complejidad de hecho. En los casos de criminalidad económica pasa exactamente lo mismo. Lo único que uno quisiera es que el Estado, si ha perdido mil millones, 500 millones, 700 millones, ponga un fiscal y un ayudante de fiscal que estén todo el día trabajando con esto y con quienes se pudiera colaborar.

Yo formo parte de la comisión directiva del Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (CIPCE), donde nos dedicamos al tema de recuperación de activos, no de persecución penal, sino que por lo menos se vaya para adelante con los embargos, algo elemental pero de lo que nadie se preocupa. Ha llegado a venir incluso una persona, como en el caso IBM, que nos dijo: “El dinero que me dieron es dinero de coima y está en tal lugar”, y está ahí. Está también el dinero de María Julia. “Yo me arrepentí porque me quedé con los dineros de las cuentas de los sobresueldos”, dice María Julia, y le dicen: “Después vemos si hay responsabilidad penal pero tráigame el dinero que usted misma dice que se quedó”. Y así estamos años y años. Como con el caso del Banco Italia –hace veinte años–, donde las mismas personas que se quedaron con 300 millones fueron a pedir que les devolvieran garantías por 6 millones prescriptas.

En cierto momento pedimos –y el Procurador General colaboró con nosotros con esto–, que nos mandaran información de las causas más importantes de la justicia penal federal, que hicieran una valuación más o menos aproximada. A nosotros nos importaba el detalle del monto de dinero comprometido: miles y miles de millones de dólares. La expecta-

tiva, después de sistematizar esto en una base de datos, era que alguien lo tomara, pero hemos recibido contestaciones del estilo “no, pero no tenemos una computadora” –cuando estaban en el medio del proceso de informatización–, o “no sé, acá no se puede trabajar”. Pero, ¿notaron que hoy está instalado que los funcionarios son como periodistas de la ineficacia del Estado? Entonces muchos te dicen que “no funciona”. Pero ellos están adentro, no pueden hablar de la ineficacia del Estado cuando son parte de la cosa, a nadie se le ocurre recordar ese acto tan digno de la república que es la renuncia. “El sistema penal no sirve para nada”, te dicen. “¿Y vos de qué trabajás?”, preguntaría yo.

–Soy juez penal.

–¿Y mañana qué vas a hacer?

–Meter un tipo en cana.

–¿Por qué?

–Y... por nada.

Se acepta socialmente que esto se puede decir sin ningún tipo de costos. Decir “la prisión preventiva es ilegítima y hay que abolir el sistema penal”, y al día siguiente meter en cana a un tipo que se robó dos pizzas, ¿cómo puede ser? Esto está aceptado colectivamente, lo mismo pasa con la ineficacia de las investigaciones, en última instancia nos alimenta la retórica que está instalada y no se producen efectos sobre la realidad. Sumado a que, según mi opinión, es un gran negocio político que esto siga así, y sumado a otra cosa importante, lo que llamamos “hábitos”. Se trataría, pues, de una especie de formateo, una suerte de adicción por la cual los funcionarios judiciales y todos los fiscales tienden a pensar todo en términos de trámite.

Independientemente de estas reflexiones, que son de carácter abierto, los códigos modernos (Bolivia, Paraguay, Costa Rica, Chubut y el proyecto del Poder Ejecutivo del año pasado) tienen un conjunto de reglas para los procedimientos complejos. Sean casos de criminalidad compleja, sean casos donde hay pluralidad de víctimas o de autores. ¿Qué es lo que los procedimientos complejos buscan realizar en términos normativos? En primer lugar incluyen un tratamiento distinto del plazo, aspecto que

no tiene mucho sentido ampliar porque el tratamiento del plazo, el estatuto normativo de los casos complejos establece ampliaciones de investigación así como una trama para que el ministerio público pueda incorporar gente de los intereses vinculados o también de derechos humanos: fiscales ad-hoc y específicos, colaboraciones y convenios con querellantes que permiten en algunos casos el uso de financiamiento. Hoy sería mucho más interesante estar trabajando en una oficina común querellantes y ministerio público y los mismos organismos de derechos humanos podrían aportar financiamiento para estos casos. Esta idea de que una investigación cuesta plata la tenemos pocos, pero si uno quiere trabajar en serio perfectamente se puede plantear “todo esto cuesta tanto dinero, alguien lo tiene que poner”. También existe esta forma de construir acuerdos inter-partes para hacer un trabajo en común.

Por otra parte, además del aumento de plazos y las posibilidades de construir de un modo distinto el team acusador, se establecen algunas facultades específicas en relación a la investigación. Una es el problema del “colaboracionismo”. En realidad en buena parte de las investigaciones verdaderamente complejas en las cuales es muy difícil contar con testimonios, ya sea por los compromisos que existen o por la trama larga de la organización, el testimonio, la colaboración y el premio a la colaboración de algunos segmentos de la organización menores se convierten en un elemento importante. Aún en el caso de los delitos de derechos humanos de la dictadura, perfectamente yo abriría un caso de colaboración en un segmento menor de gente que ya tiene información difícil que permitiría avanzar sobre ciertos casos de localización de cadáveres o prácticas muy concretas, situaciones en las cuales uno puede decir que la información que me da esta gente es mucho más valiosa que su condena.

Hay una segunda facultad vinculada a la investigación que tiene que ver con lo que se llama la producción de prueba masiva. Una de las formas de arruinar todos los juicios, sobre todo los complejos, es la producción de prueba por 600 testigos. Nosotros tenemos un tratamiento muy burdo de todo esto porque nuestro juicio oral es una especie de ritual,



una especie de estudio donde en realidad no interesa mucho la información que se está dando sino su reproducción. Entonces, a pesar de que tengamos muchos hechos comprobados y no haya hechos controvertidos, es muy común en el proceso civil que tengamos que probar absolutamente todo. Esto no brinda ninguna solidez porque, en el fondo, no interesa el litigio y el acuerdo entre las partes, sino que el juez parece ser una especie de persona que tiene que reconstruir toda la verdad en su cabeza en un proceso autónomo de las condiciones de litigio... pero esto es un mito inquisitorial, nunca ocurrió así.

Para evitar la prueba masiva se autoriza al ministerio público a hacer interrogatorios masivos y una presentación en común. Esta mecánica se utiliza en casos de delitos ambientales. No es necesario convocar a 700 personas para que digan que les hace daño el Riachuelo contaminado. Si queremos esa prueba, le encargamos al fiscal que interroge a los pobladores y que traiga un video. Y siempre se da al imputado la facultad de decir “esto no es cierto, tráigame a este testigo, tráigame a este otro”. Y está también la posibilidad, que se utiliza en casos de delitos ambientales o de criminalidad económica, que es realizar las investigaciones bajo reserva o con algún tipo de agente de información encubierto, que las puede manejar el ministerio público con custodia.

La ampliación de los plazos no solamente tiene que ver con la investigación sino con los plazos de realización del juicio, con los plazos de liberación, con la producción fraccionada de la sentencia. Existe una cantidad de mecanismos que hoy van preparando al derecho procesal para dar cuenta de este tipo de delitos e investigaciones complejas. Y el derecho procesal penal tiene respuestas para dar en este sentido. Ahora bien, estamos muy lejos de estar discutiendo los casos normativos de las investigaciones complejas. En realidad, ni siquiera podemos hacer que se unifiquen los juicios o que el ministerio público diga “vamos a investigar esto, vamos a armar el litigio en este caso”. Estos son los principales problemas que derivan de las investigaciones complejas.



# DEBATE

**Público:** ¿Cómo se lleva a la práctica la eficacia en la investigación garantizando en su totalidad las garantías del proceso?

**Alberto Binder:** Esto tiene mucho que ver con tomarse en serio el programa liberal de las garantías. A mí me parece muy bien extremar el pensamiento de las garantías. Ahora, lo que no acepto, porque esto le hace un daño terrible a la enseñanza, es que se instale como un estándar admisible la existencia de un doble estándar respecto de lo que digo y de lo que estoy dispuesto a hacer cuando está en juego la vida de una persona. Todos en nuestra vida tenemos una discordancia entre nuestros principios y lo que hacemos y lo que después malamente podemos hacer en la vida. No es ponerse en un rigorismo... pero en términos teóricos, por ejemplo, yo no puedo escribir que no existe ningún tipo de teoría de la pena y que esto no es admisible y luego, en el fallo más importante, donde miles de personas te dicen que su decisión es ilegítima (y esto te va a ocurrir una sola vez en la vida) vos establezcas un criterio de legitimidad de esa decisión. Establecer un criterio de legitimidad de esa decisión, como en el caso “Verbitsky”, es tener una teoría de la pena.

Entonces a mí me parece muy bien el caso “Verbitsky”; uno puede andar por los pasillos diciendo “yo no sé si la teoría de la pena tiene alguna función”. ¡Pero sí la tiene! Puedo discutirla o no, pero la tiene.

Construir una teoría de la pena no es construir un discurso para dar en algún lugar, significa que en determinado momento a una persona, a la cual la voy a dejar presa le digo por qué razón el Estado te deja preso. Entonces si esas personas son miles de personas y vienen y me dicen “yo creo que estoy privado de mi libertad en condiciones ilegítimas” y yo le digo “No, es cierto, es cierto, estás en condiciones ilegítimas y vos tenés que estar, para que sea legítimo tu encarcelamiento, se tienen que dar esas condiciones”. Le estoy dando una legitimación, le estoy dando una justificación a ese encierro. ¿Sí o no?

Esto me parece casi de lógica elemental. Ahora bien, lo que no entiendo

es cómo los alumnos y en los debates, y en las teorías, se acepta acríticamente que se siga repitiendo lo mismo. Esto es en lo que no concuerdo con él, este doble estándar de la teoría y la práctica, porque la teoría del derecho penal y del derecho procesal penal es la construcción de criterios para la acción, para el funcionamiento del sistema. No es de elaboración de un deber ser absolutamente ideal, vos estás construyendo un saber práctico. Vos estás diciendo a fiscales, defensores y jueces cómo tienen que decidir.

**Público:** ¿Considera que con un simple cambio de mentalidad se podría resolver?

**Alberto Binder:** No solamente con un simple cambio de mentalidad sino con un tratamiento estratégico caso por caso, en el cual si hay un planteo podría llegar a la Corte y ahí se puede resolver. Porque lo primero que hay que evitar es el desgaste inútil de estar llamando a gente donde en algunos casos ni te van a objetar. Posiblemente en muchos juicios no te van a objetar, o la defensa no te quiera objetar esto o el juez te pueda decir “incorporamos tal documento, incorporamos tal actuación de otra causa y traemos tal cosa”. Hay mil mecanismos que en un litigio inteligente se pueden lograr. Si se quieren evitar y fortalecer algunas cuestiones ya hubiera habido algún tipo de litigio y de caso en el cual se podría haber llegado a la Corte estableciendo esto, no es que no había o hay posibilidades procesales. Yo no veo ningún obstáculo. Ahora vos me decís que se controvierte... es un tratamiento que gira alrededor del hecho notorio. Es como que alguien diga vamos a probar que el 24 de marzo de 1976 hubo un golpe de Estado, vamos a probar que las Fuerzas Armadas tomaron el poder. Eso no necesitamos probarlo en juicio, son hechos notorios. ¿Ustedes creen que no es un hecho notorio que hubo un plan sistemático realizado, cuando además del hecho notorio hay casos que se han probado? Entonces hay establecer cuál es el hecho controvertido claramente. Lo primero que tendríamos que tener es una doctrina clara del ministerio público alrededor de esto. El procurador tendría que haber establecido este tipo de cosas. Y se podría haber inventado pretorianamente algún tipo de acción si se quiere, o haber tomado un caso testigo, uno puede decir “vamos a ir con un caso rápido para poner a prueba esta doctrina”. Pero para eso se necesita un núcleo estraté-

gico que esté pensando esto. No estamos ahora pensando en término de un mes, dos meses. ¿Hace cuánto tiempo que se está pensando esto? ¿Cuatro años, cinco? Uno puede agarrar un caso rápido y llevarlo y plantearlo, se puede hasta usar un incidente de prisión preventiva para dar vuelta esto, aquello y provocar una decisión de la Corte más o menos rápida si se tiene al ministerio público movilizado así.

Si cada fiscal hace esto y lo lleva adelante como le parece, cada juez lo lleva adelante como le parece, no funciona. Pero claro que podría ser. A mí el tratamiento de las víctimas que se hace me parece de lo más cruel.

**Público:** Yo quería hacer una aclaración, al menos mi opinión sobre la complejidad de estos casos. Se habla de que en estos cinco años, la mayoría de los casos que se han presentado efectivamente fueron sencillos. En cinco años no se logró hacer un juicio de la magnitud del juicio a los comandantes, donde varias veces no hubo mucha información novedosa respecto de la que había después de la que juntó la CONADEP. No volvió a haber un trabajo masivo de investigación que pudiera justificar estos cinco años. Y fue precisamente eso: un proceso de recolección, de armado de casos, pero con la información que había. Es muy poca la información nueva y por lo tanto es bastante difícil y no tiene mucho sentido hablar de investigación y de casos complejos porque en realidad no es nada complejo. El problema es que lo difícil no está en la complejidad de la investigación porque no se hace, pero en realidad sí hay casos complejos. Los casos que trabajamos en Abuelas de Plaza de Mayo son más complejos porque tenemos búsquedas de personas desaparecidas, son casos de secuestros que tienen 30 años de duración y encubrimiento de las estructuras estatales, y eso genera la necesidad de buscar testigos y otro tipo de pruebas de difícil hallazgo. Inclusive hay algunas pistas relacionadas con listados de la represión que de encontrarse se podrían incorporar masivamente a un montón de casos, tanto de cuerpos de personas asesinadas como de niños en ese momento, hoy personas adultas, que podrían encontrarse con esa información masiva si uno a través de esa investigación pudiera encontrar ese tipo de pistas. Esto como para tratar de poner un escenario de mayor complejidad.

**Alberto Binder:** Sí, por supuesto, se podría avanzar más. Ahora lo que uno se imagina en esto es un centro de investigación en el cual algunos fiscales, algunos investigadores, alguna de la gente que viene trabajando hace mucho en derechos humanos, gente que tiene mucha experiencia trabajando todos los días en conjunto en una sala analizando y buscando informaciones y pistas y entregándosela a los fiscales que están litigando esas causas. Porque una cosa es la preparación de caso y otra cosa es la investigación. Acá también tenemos mucha confusión en esto. El trabajo del fiscal, y esta es una confusión que también de alguna manera se produjo, nosotros produjimos en la primera etapa de la reforma, cuando se dice “los fiscales tienen que investigar”, es una forma de decir que buscaba generar mucho efecto cuando se trataba de sacar a los fiscales del escritorio por contraposición al fiscal dictaminador, sacarlo a que tuviera una visión del caso. En realidad lo que el fiscal está haciendo es preparar el caso para presentarlo en juicio. Esto es una cosa. Están conectados, pero la investigación es otra cosa. Un sistema de policía de investigaciones funcionando más efectivamente o grupos de investigadores, trabajando de una manera distinta. Aquí me parece que en este caso lo que hubiera ameritado es la creación de un esquema conjunto de investigación donde estén todos estos investigadores analizando pistas, informaciones nuevas. El Estado es abierto de un modo nuevo y podría tener cosas en la SIDE, en el Ejercito. Legajos, cosas a las que nunca había suficiente acceso y que ahora uno puede tener gente investigando y que puede servir para un caso u otro, o para todos.

Son investigaciones de volúmenes grandes de casos pero no sé si tienen más complejidad que algunos casos de personas, de homicidios, que hay que estar buscándolos por la causa. No le plantean al derecho procesal temas específicos. Es decir, por ejemplo, es muy deficiente el trabajo de investigación que se está haciendo y se viene haciendo desde estos últimos cinco años en ver qué información remanente le quedó al Estado en sus recovecos. Qué anda por ahí dando vuelta por ahí en los legajos militares. Yo estuve trabajando, en las viejas cosas de la justicia militar, sanciones y cosas que hay que ponerse a ver. En la SIDE, en archivos

viejos, uno tendría que tener ahora en estos años que hay una mayor predisposición a que se hiciera esto, un equipo de investigadores que empiece a rastrear archivos del Estado porque uno descubre que la mentalidad burocrática ha guardado más información de la que hay. No es un tema de complejidad, es un tema casi de mínima ocurrencia, digamos.

**Público:** Pensaba en un tema respecto de la complejidad en la criminalidad económica y lo vinculaba con la eficiencia de la investigación. Con respecto justamente a las presentaciones que se están haciendo en las causas por casos de corrupción para tener acceso a la información. Parece paradójico que se construye una suerte de garantía del secreto para el imputado diciendo que esto violaría la intimidad del imputado. Quería preguntarle qué piensa respecto de esto, pero también como contrapartida qué efecto podría tener la publicidad, no ya tanto desde el punto de vista de la sociedad sino también como una garantía de eficiencia en la investigación. Si esto podría repercutir de un modo u de otro.

**Alberto Binder:** Conozco bien el caso porque estamos presentando ahora un recurso de casación por eso. La doctrina procesal tradicional siempre manifestó un principio de que la etapa preparatoria o la investigación preliminar era secreta para los extraños. Y esa es la doctrina que aplicó la Sala 2 (de la Cámara Federal) diciendo que si no había consentimiento del imputado los terceros no podían acceder. Es muy discutible, es muy discutible por las normas de la Convención Interamericana contra la Corrupción, es muy discutible que este principio que hemos sostenido tenga sentido hoy día. Es decir, los casos en los cuales puede generar esto algún peligro para el imputado son los casos en los cuales la publicidad es utilizada de un modo excesivo a través de los medios de comunicación, que en estos casos pueden ser restringidos. La transparencia de la justicia en términos generales no creo que tampoco haya generado grandes problemas al imputado. Así que me parece que ahí estamos produciendo una idea y manteniendo esos adagios procesales que mantenemos y repetimos y que cada tanto hay que parar para preguntarnos “de qué estamos hablando, pongámoslo sobre la mesa”. Sobre todo el derecho procesal tiene una larga tradición de construir adagios y principios que sostenemos

y los mandamos y se transmiten por la enseñanza y cada tanto hay que parar y decir “veamos de qué se trata”. Ahora, siendo realistas, eso que estás diciendo lo estamos empujando y ayuda, pero ayuda de un modo mínimo. Ayuda en términos de que en la medida de que los funcionarios judiciales empiezan a ver que tienen luminarias atrás y alguna ONG atrás se asustan un poco y mueven un poco. Pero la eficiencia de la investigación no va a pasar por esto. Es una ayuda más y hay que empujarlo pero no se logra gran cosa, me parece a mí, con esto. Hay problemas mucho más de fondo. La investigación de los casos, el caso por ejemplo de Felisa Miceli, no parece un caso complejo. Pero bueno, si no hay nadie preocupándose atrás, no hay nadie haciendo el seguimiento, no se hacen acuerdos para trabajar en conjunto... Miren, una de las grandes cosas que a mí me impactó en el trabajo, ustedes saben que llevo exactamente 22 años muy intensos trabajando en toda la reforma de la justicia penal en América latina y en este país también. Y en general siempre me pareció que instalar las garantías y la defensa de las garantías iba a ser el gran problema. Después, la experiencia demostró que era un gran problema y que hay que estar dándole, pero lo que fue un gran descubrimiento es que tan poco en serio se toma el trabajo eficientemente realizado.

La eficacia de la investigación es el mayor déficit y lo que me llamó la atención es que todos los intentos por hacerlo aún ahora en el cual uno dice “tengo toda la sociedad empujando”. Díganme una cosa, el movimiento de derechos humanos no es un movimiento débil, es un movimiento fuerte en estos momentos y no logra cosas como esto que se juntan tres fiscales y trabajen juntos. ¿Por qué es eso? ¿No es extraño?

Estamos discutiendo cuál es la razón por la cual una política que tiene apoyo, de la cual se enorgullecen, que tiene leyes de apoyo que no está enfrentando a otro sector poderoso, que entraría en los cánones de selectividad también, sin embargo, si luego lo trasladan a la realidad, no se mueven o no toman estas medidas elementales de las cuales estuvimos hablando media hora.

Posiblemente ven ustedes que hay todo un contexto donde no hay una explicación única sino que va habiendo un conjunto de factores que



generan una estructura que se equilibra en un punto de ineficacia. Eso es muy claro. Y además en un contexto de deslegitimación donde finalmente no interesa mucho esto. Y donde además en otro círculo concéntrico más grande hay una fuerte complicidad de todo el mundo jurídico. Hay una muy fuerte complicidad de todo el mundo jurídico en el cual para que esto funcione nosotros necesitamos que la justicia no funcione en serio. Yo creo que hay una determinada configuración, si nos ponemos “bourdianos”, hay una determinada configuración del campo de la justicia penal hoy día donde hay un equilibrio que no se puede romper sin altos costos. Entonces el que quiere entrar a ese campo con innovaciones, tiene que pagar costos muy altos y es expulsado. Ya sea porque un fiscal quiere hacer las cosas distintas y lo van a ralear, ya sea porque en el campo los actores civiles que se han metido dentro del campo de la justicia penal también entran a jugar el juego. Entonces el juego está equilibrado de tal manera que no tiene por qué ser eficaz ni tomarse en serio y quizás lo que ocurra es que el proceso de juzgamiento del que hablamos no es más que un caso de un proceso de mucha más larga influencia y mucho más largo desarrollo histórico y para el futuro y no sea visto como un punto excepcional. Es decir, por muchas circunstancias que tienen que ver con este tema específico, este tema específico no pudo ser utilizado como una palanca de ruptura del equilibrio. Vamos a suponer que hoy día yo creo que la justicia penal está funcionando con un equilibrio muy complejo de todos sus actores que le permite meter gente pobre en la cárcel y seguir adelante y funcionar así. Y todavía no hemos encontrado los puntos de ruptura. Estos análisis, cuando los hacíamos por X factores sociales, cuando tratábamos la reforma de la justicia penal, vos lograbas romper el equilibrio jugando con alianzas y estrategias con los actores y también hemos visto cómo esas rupturas de equilibrio duraron dos o tres o cuatro años hasta que otra vez se asentó de nuevo. El gran problema que tenemos ahora es que no sabemos cómo romper el equilibrio dado en los sistemas reformados. En el caso federal nunca logramos romper ese equilibrio establecido, nunca se logró hasta ahora después de veinte años de trabajo intenso para tratar de hacerlo y habría que hacer

un análisis de campo bastante más complejo, eso es lo que buscamos, que muestre cómo está establecido este equilibrio. Entonces este equilibrio se sustenta en muchas cosas, mantener a la justicia federal en un estado de intoxicación, de ineficacia, es muy importante por los temas que toma la justicia penal. Parte de este equilibrio tiene que ver con las deficiencias que tenemos en el traspaso a la Ciudad. Hoy perfectamente, si uno le dice a la Ciudad “miren le traspaso todo correccional y esos recursos los afecto a las causas de derechos humanos”, la Ciudad dice que sí.

Pero la Ciudad está en un momento crítico en el cual tiene todos sus instrumentos nuevos y si no le entran causas, si no le entra carne, tiene una modorra que no le sirve. Lo necesita, tienen fiscales que no pueden estar trabajando con tres delitos. Tiene una estructura de ministerio público que está pidiendo. Ahora intentan hacer eso, de hecho se planteó y nadie del ámbito federal quiere mover un dedo para esto. Estamos hablando de correccional y uno podría decir “de ahí sacamos recursos suficientes y de sobra para armar todo esto”. Y la Ciudad diría “pásenme los recursos”. Pero hasta ahora la Ciudad ha tenido una política de no reclamar la transferencia de los recursos en el caso de la justicia así que hasta se podría negociar muy bien eso.

Pero está equilibrado porque hoy, tal como está la justicia federal, es muy funcional a muchas cosas y nadie va a querer romper el equilibrio. Y este tema no ha servido para romper el equilibrio por muchas razones, entre otras porque siempre hay esta sensación de urgencia, esta sensación de que se va a lograr... hay una concepción moralista. Los organismos de derechos humanos tienen una concepción moralista, porque uno podría decir esto hubiera servido para darle un golpe al modelo de organización feudal del ministerio público y forzarlo a trabajar de determinado modo. Pero en general los organismos de derechos humanos y muchos de sus abogados tienen una visión distinta, o la visión del litigante clásico que sabe que lo tiene que hacer es entrarle al alegato de oreja de un fiscal que, por otra parte, enseguida se va a volver simpático y te va a decir que va a hacer todo lo que quiere hacer y pasan los años y le vas a decir “no estás haciendo lo que quisiste hacer”.

Se ha vuelto sumisa la justicia. La justicia penal es una cortesana con una enorme capacidad de seducción alrededor de la sumisión. Esta fantasía que tenemos todos los hombres de que vamos a tener una mujer sumisa que nos va a atender. La justicia penal muestra esa imagen permanentemente. Entonces tiene mil rostros para vender una sumisión. Y también ha mostrado un rostro de sumisión frente a los organismos de derechos humanos, “vamos a hacer esto, vamos a hacer aquello” y falta una visión política y estratégica más compleja. ¿Por qué avanzaron los procesos, las reformas estas supuestamente para aligerar los casos de derechos humanos? Porque la justicia fue muy hábil. Porque primero no tocaba ningún punto sensible y en segundo lugar le creaba diez cargos nuevos de alta calidad. Negocio redondo, todo lo que tenían que hacer no lo hicieron y se quedaron con diez cargos más. Habría que aplaudir. Ahora hay que llamar a los organismos de derechos humanos y decirles “muchachos acá en el barrio se llama...”

**Público:** Igual no fue de los organismos de derechos humanos, fue del Gobierno.

**Alberto Binder:** Vos decís porque salieron rápido. Porque eran un negocio bárbaro. Entonces yo creo que tenemos que investigar y aprender mucho más de los juegos de poder del poder judicial. Hay que aprender mucho más de los juegos de poder, tiene que haber gente en los juegos de poder del poder judicial para empezar a manejarse con este tipo de cosas. Está lleno de juegos de poder. Yo creo que la hipótesis de “ni tonto, ni malo, ni vago” tiene que ver para tratar de salirnos de las explicaciones moralistas y para tener una explicación política analítica, de análisis político de por qué ocurren este tipo de cosas.

**Público:** ¿Vos creés que en función de esto que venimos charlando, el Juicio a las Juntas de 1985 en este sentido tuvo alguna importancia simbólica para la reforma que consiguió el juicio oral?

**Alberto Binder:** Enorme. Después de eso, el foro conservador se quedó sin argumentos para el juicio oral. Haciendo un poco de historia, que la pelea por la oralización del sistema federal es una larga pelea en la cual los cordobeses perdieron durante mucho tiempo, tanto que hasta ya final-

mente no querían viajar más a Buenos Aires, estaban hartos del proyecto del 48, del sesenta y pico, del setenta y pico. Los habían agotado. Un poco la misma situación que nos pasa hoy. El juicio a los comandantes genera un hecho histórico cultural, más el desgaste, más los compromisos con la dictadura, que abre la puerta a la oralidad. Ahí irrumpe el proyecto Maier con una propuesta mucho más avanzada con todo el cambio hacia el sistema acusatorio y ahí la cosa se complicó de nuevo. Se complicó de nuevo porque la gente decía “bueno, juicio oral, pero no más”. Mientras que la batalla entre los oralistas que unía a los levenistas y a los maieristas de esa época, íbamos todos juntos y no había ningún problema. Se termina saldando esta discusión cuando el foro de Buenos Aires, los actores conservadores dicen “si vamos a poner la oralidad, nos vamos al proyecto que no cambia toda la estructura”. Pero cuando se vuelca eso y los sectores levenistas hacen esta alianza entre los levenistas clásicos y el foro conservador, ahí perdemos la pelea y ese es el origen del pacto del código del 92.

**Público:** Le preguntaba esto pensando que para la gente de los organismos era una oportunidad muy importante para producir algunos cambios que traigan consecuencias después. Con esto que decíamos de que la mayoría de las pruebas fueron recolectadas en muchos casos por la CONADEP, acá tendríamos una investigación no sólo ya hecha, sino hecha desformalizada. Habría que ir, presentar algunas cosas más y después podríamos ir a juicio basándonos en los documentos y pruebas recolectadas por la CONADEP.

**Alberto Binder:** Separemos dos cosas. En cuanto a la investigación, claro que se podría avanzar mucho, en cuanto a si el impulso de los casos de juzgamiento de la dictadura puede ser una herramienta que rompa el equilibrio para avanzar hacia la reforma del sistema... después de muchos años de haberlo intentado donde si se hubiera tenido lucidez ya tendríamos otra situación en el ministerio público. Menos creo ahora porque siempre estás con una urgencia, los organismos de derechos humanos han tenido que dar una pelea heroica, ejemplar, contra una administración de justicia absolutamente desalentadora, porque si muchos ahora se desalientan ante estas cosas imaginate cuando ni siquiera había

esto. Estar un año, dos años, tres años, que no te dejen ver el expediente, que te ninguneen, que se te burlen, que te digan que esto, que lo otro. Esto ha sido admirable. Nosotros a los más chicos les decimos que lo que justamente queremos es tomar el modelo de trabajo y de consistencia y de tenacidad de los movimientos de derechos humanos trasladándolo a las causas de criminalidad económica y de la corrupción. Donde te puedo asegurar que cuando vienen voluntarios vos los ves que llegan a la tarde con la corbata demacrados diciendo “otro día más que no me dieron nada”. Y esto hay que sostenerlo veinte años así de este modo. Así que no sé si se les puede pedir más justo ahora. Por eso me parece la importancia de esto que hemos hablado, de paso lo transparentamos un poco y estamos tratando de formar una mesa de trabajo específico sobre investigaciones complejas pero no sólo sobre derechos humanos sino en términos generales. Hoy el mercado de trata de personas es la lucha contra la esclavitud pura y dura. No me digan que esto no es un tema de derechos humanos tan fuerte, tan importante como otros casos. Yo he trabajado con pueblos indígenas, tenés casos de reducción a la servidumbre y la esclavitud en todo el norte. Es decir, los casos de medio ambiente están íntimamente vinculados a la destrucción de las comunidades indígenas y el desmonte en el norte y a la corrupción de los funcionarios.

**Público:** Está bueno para ver esta idea de que la trata implica más que un problema de jurisdicción. Me imagino que debe haber veinte millo- nes de problemas más o antes que éste para que se puedan resolver los casos de trata.

**Alberto Binder:** Sí. Todo se reduce y esta universidad ayuda mucho porque tiende a ver los problemas bajo una óptica jurisdisforme, donde cualquier problema lo termina convirtiendo en problema de competencia y ese tipo de cosas. A ver, independientemente de la competencia, seguro que por el carácter masivo, complejo, internacional de esto, vos tenés que hacer algún tipo de trabajo conjunto con las provincias y el Estado nacional para trabajar esto. Entonces ahora imaginense el mismo tema del narcomenudeo y todo ese tipo de cosas; hay un montón de investigaciones complejas vinculadas a problemas de derechos humanos clásicos:

degradación de personas, abuso de niños, esclavitud. Es decir, para no irnos a un problema de universalización de los derechos humanos, sino derechos humanos puros y duros: esclavitud. No se está haciendo. Entonces el llamado que queremos conformar, ojalá Abuelas, ojalá el CELS, el CIPCE, ojalá algunas de las organizaciones que están trabajando en investigación para conformar una mesa de trabajo, que empiecen a decir señores “acá hay derechos humanos, criminalidad económica, corrupción, grandes temas vinculados a un modelo de investigación compleja en el cual no sólo no estamos preparados sino que nadie quiere prepararse”.

# IV- Probar y documentar 30 años después

## Exposición de Pablo Llonto

### **Pablo Llonto**

Licenciado en Periodismo y Abogado. Como periodista trabajó en diversos medios gráficos, radiales y audiovisuales. Es autor de los libros *La Noble Ernestina* (2003) y *La vergüenza de todos. El dedo en la llaga del Mundial 78* (2006). Como abogado colaboró en el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) en los juicios por los crímenes de la dictadura. Actualmente patrocina a víctimas del terrorismo de Estado.

Me desempeño más que nada como periodista, trabajo del que vivo desde hace 32 años. He tratado de dedicarme a lo que se llama periodismo de investigación, algo que en la Argentina no abunda. Esto tiene que ver con el comportamiento de los medios de comunicación, sobre todo los grandes, muy alejado de cualquier tipo de investigación hacia el poder económico, político, judicial, y más volcado a otras técnicas del periodismo –el reportaje, las crónicas.

Como abogado formé parte de los grupos de colaboradores que en la década del 80 nos sumamos desde esta facultad –sobre el fin de la dictadura– al Centro de Estudio Legales y Sociales (CELS), en aquel momento bajo la dirección de Emilio Fermín Mignone y junto a un grupo de abogados entre los que estaban Luis Zamora, Marcelo Parrilli y Jorge Baños. Allí me fui situando bajo el paraguas y las enseñanzas de quienes nos llevaban unos años en esta tarea, porque ellos ya habían iniciado en 1979 las primeras actuaciones judiciales e investigaciones, muy artesanales, alrededor de los casos de lesa humanidad, los compañeros desaparecidos, etc.

De la combinación de ambas experiencias, la periodística y la jurídica, surgen herramientas distintas. La investigación periodística es más audaz, tiene menos prejuicios y problemas para abrir puertas. El periodista trata de entrar por la ventana a un montón de lugares. Por la vía judicial, en cambio, se trata de mantener la forma y se depende de los jueces, de los fiscales y del “OK” de los familiares para avanzar mucho, poquito o nada en una investigación.

En los 80 no había computadoras y todo se hacía con la máquina de escribir y papel carbónico. Los juicios también eran también muy distintos y que alguien se pusiera a investigar era la excepción, la regla en los juzgados era no investigar. Es decir, la primera lucha era que la denuncia cayera en algún juzgado. Se nos iban un año, dos y hasta tres para conseguir que un expediente se estableciera en un juzgado. Primero lo mandaban a la justicia militar, después llegaban los recursos, más tarde iba a los juzgados de instrucción, y finalmente eran muy pocos los jueces que tomaban alguna medida de investigación.

Si bien los tiempos han cambiado, hoy tenemos grandes problemas con muchos jueces y fiscales que no toman con fervor esta cuestión de la pesquisa y la investigación. Por lo tanto, los aportes de las familias querellantes, de los organismos o del Estado, se vuelcan en el expediente para que los jueces –en la mayoría de los casos– reciban servida la investigación y sobre esa base tomen alguna medida de prueba. ¿Qué es lo que se investiga básicamente? Ni en el periodismo, ni en la abogacía, ni en la carrera judicial existe el manual del investigador con todos sus elementos correctamente desarrollados como para decir “éste es el camino”. En los momentos más desesperados, nos aferramos al principio general del “vale todo”.

Para obtener la verdad, el elemento que buscamos, la conexión entre la víctima y el victimario, existe un principio que se puede respetar a veces y a veces no, el “vale todo”, por el cual podemos hasta reunirnos con un represor para obtener un dato, investigarlo a fondo utilizando todas las herramientas para llegar a comprobar su identidad, su participación, la comisión de un delito, los elementos de prueba que estén en su poder. Esto puede ser cuestionable. Sí, pero es algo que ha ido ocu-



rriendo. Negar que muchos familiares, abogados, investigadores y periodistas han roto esa barrera –en la década del 80 era casi un tabú ir a hablar con un represor–, sería una hipocresía.

Entre otros casos, llevo el de la familia Cittadini, de Trelew, que tiene un hijo desaparecido. Eduardo Cittadini era muy chiquito cuando secuestraron a su hermano Ricardo. Su familia, además, le tapó de alguna manera la verdad. Pero en un momento Eduardo estalló y quiso saber quién era su hermano y quiénes lo habían desaparecido. Estuvo dispuesto a todo, a tal punto que fue a hablar uno por uno con los policías de la comisaría a donde se habían llevado a su hermano. Los buscó, algunos en el norte, otros en el sur, otros en Buenos Aires, y habló con ellos. Y escribió un libro que se llama *No saben lo que me piden*, que es una frase que le dijo Ricardo a sus papás cuando éstos le pidieron que renunciara a su militancia. Eduardo, en su libro, cuenta cada una de las charlas que tuvo con los policías que integraban la Comisaría 28 de Capital Federal a donde se habían llevado al hermano.

Ahora bien, ¿esto se utiliza judicialmente? A veces sí. Por ejemplo, entrevistas periodísticas a represores han sido usadas como elementos de investigación y de prueba en algunas causas judiciales. Hace unos años, la revista *TXT* le hizo una entrevista al militar Carlos Españadero que tenía un vínculo en la embajada alemana y que además se jactó de haber sido quien comandaba los grupos de infiltración en el Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP). Este reportaje, nunca desmentido por Españadero, se reutilizó como prueba y como elemento para abrir otras investigaciones. De hecho, hay una gran cantidad de reportajes, sobre todo realizados en la década del 90, cuando los militares tenían la sensación de impunidad de que nunca en la Argentina se iba a investigar –producto del indulto, de la Obediencia Debida y del Punto Final–, en donde contaban algunos detalles de los hechos que habían cometido.

Nosotros, en el juzgado de San Martín, en la causa en la que está detenido Patti, acusado de siete casos de privación ilegítima de la libertad, estamos usando un reportaje que dio el ex represor en un canal de televisión por cable. Allí respondió –ante la pregunta que le hizo el periodista, “¿cuál

fue su rol en la lucha contra la subversión?”–, “dos o tres homicidios”. Este reconocimiento de Patti lo estamos usando como prueba y lo vamos a proponer para el juicio oral, para que se vea la cara de Patti, su gesto, la posición de jactancia desde la que contesta, dice efectivamente “yo participé en esta lucha contra la subversión con dos o tres homicidios”.

Obviamente nadie irá a hablar con Jorge Rafael Videla, más allá de que algunos periodistas lo han hecho. En efecto, el libro *El dictador*, escrito por María Seoane, está sostenido en parte –si bien ahí no lo dice–, en base a una serie de charlas que un periodista del diario *Clarín*, Guido Braslavsky, le fue realizando a Videla durante algún tiempo. Algunos de esos elementos han sido y van a ser usados en los juicios. A partir de aquí uno puede suponer que hay caminos más agradables para llegar a obtener un elemento de prueba. Sin duda que sí, pero también debemos reconocer que son bastantes complicados, no es lo mismo ir a entrevistar a un represor que a un vecino.

El segundo elemento que me gustaría conversar es el siguiente: la Argentina ha sido famosa por muchas frases, pero una de esas frases, que acuñó la clase media, fue “yo no sabía nada”. Fue una frase muy repetida en la etapa posterior a la dictadura para decirnos entre nosotros, millones de argentinos, que el terrorismo de Estado y la represión habían sido algo subterráneo, que nadie, en general, sabía qué estaba pasando y que esto era información que manejaban unos pocos militares, políticos, periodistas y, por supuesto, las víctimas. Y el resto de la sociedad nunca supo nada hasta Malvinas, cuando explota la Argentina por la derrota de Malvinas y el país descubre que además de la dictadura y de Malvinas, aquí había existido uno los más feroces y salvajes terrorismos de Estado del mundo.

Recientemente, el artista plástico León Ferrari hizo una muestra a la que le puso de título “Yo no sabía nada”. La muestra consistía en paneles y gigantografías de recortes de diarios en los que se mostraba muchos de los hechos que después la sociedad negó para poder decir “yo no sabía nada”. Recortes, pequeños artículos en el interior de los diarios, “Aparición de cadáveres en las orillas del Río de la Plata”, “Aparición de cadáve-

res en la costa uruguaya”, “Aparición de cadáveres en un cementerio”, “Aparición de cadáveres al costado de un camino”, “Tiroteo sin explicación”, “Homicidio sin explicación”, “Habeas corpus”. La muestra resultaba impactante porque si bien alguien podría decir “pero esto salía adentro, perdido, en un recuadrito, en la página 17”, mostraba que la sociedad argentina tendría que haber tomado conocimiento.

Esta frase, “yo no sabía nada”, la vinculo con la parte de la investigación que consiste en ir a golpear la puerta de un vecino, instancia que hoy, por otra parte, está confirmando que ese “yo no sabía nada” era falso. Cuando buscamos pruebas en este sentido concreto, recibimos la denuncia del caso. Viene la mamá o viene el hermano o el hijo y nos cuenta “a mi papá se lo llevaron de casa” o “se lo llevaron del laburo” o “de la casa de un compañero”. La conducta, en la mayoría de los casos, cuando preguntamos a los familiares si alguna vez habían hecho una recorrida por el barrio –con los años, desde luego, no en aquel momento porque como ya sabemos era muy difícil–, para saber qué vecinos vieron o escucharon algo, nos está ocurriendo que no, que nunca hicieron la recorrida por el barrio, no fueron puerta por puerta para ver qué vio el barrio, dónde estaban los ojos del barrio esa noche, esa madrugada. Y esto, hoy, se nos está convirtiendo en una interesante fuente de datos.

Estamos haciendo mucho este trabajo en Escobar que nos parecía además una zona terrible, por lo que representaba el fantasma Patti, no sólo por el caso de Patti sino porque Escobar tiene una enorme cantidad de desaparecidos, muchos de los cuales no fueron secuestrados por Patti. Hacemos este trabajo con un grupo de compañeros militantes de los 70 que nos están ayudando con esta labor barrial, puerta por puerta, en toda la manzana o la manzana y media, viendo a la gente mayor de aquella época o a los chicos que tenían 12, 13, 15 años y que hoy tienen 45, 46 años, para preguntarles qué sabían. Y sabían muchísimo porque habían escuchado, porque se despertaron, porque abrieron la ventana, porque alguien en el barrio les comentó que en el grupo de tareas estaba justo un policía que era de la comisaría de la zona donde ocurría el secuestro y esos pequeños datos se van aportando a la causa.

La tercera cuestión: la militancia de los compañeros. También era un tema difícil en los 80. Recuerdo mi primer caso en el CELS, vino la mamá del caso que acabo de contar, Cittadini. Le pregunté con cuidado, temeroso, si su hijo militaba en la facultad, y la mujer me respondió “no, mi hijo nunca militó”. Ricardo Cittadini, militante de Montoneros, tuvo activa participación en La Plata, ésta es su verdadera historia. Todavía hoy le digo a la mamá “¿se acuerda cuando vino y dijo ‘mi hijo nunca militó’?”... Militaba en la facultad, era montonero, y militaba con su nombre verdadero. Y en este sentido, una de las primeras enseñanzas que nos dieron algunos compañeros del Equipo Argentino de Antropología Forense (EAAF) fue decir “empecemos a que los familiares averigüen dónde militaba su hijo, porque si no sabemos eso va a ser muy difícil reconstruir la cadena de caída”.

Éste es el tercer elemento. Reconstruir la cadena de caída es fundamental para ver la posibilidad de que haya sido llevado a determinado centro clandestino de detención. Los militares utilizaron el sistema planificado de llevar a los militantes a un centro clandestino, torturarlos, y el mismo grupo que había capturado al compañero o compañera era, generalmente, el que salía a buscar al otro compañero. Es decir, tenemos que armar la cadena de militancia, conocer los últimos meses de militancia ayuda a saber con altísimas chances el lugar donde puede haber sido llevado el compañero o compañera que estamos buscando.

Actualmente, esta reconstrucción de la militancia es una de las tareas más duras, porque flota la culpa sobre muchos compañeros y en otros la cuestión de no querer hablar más de ese pasado. Esto nos está impidiendo, en algunos casos, conocer detalles de caídas importantes de compañeros, puesto que los sobrevivientes, algunos en Europa y otros en Argentina, nunca han declarado ni siquiera ante la CONADEP o en las secretarías de derechos humanos provinciales y mucho menos en causas judiciales. Se trata de elementos de búsqueda que hoy son importantes y de aspectos en los cuales estamos volcando nuestros esfuerzos.

Hablo en plural porque integro un grupo que se ha denominado “Comisión Campo de Mayo”, donde nos hemos nucleado familiares,

sobrevivientes, víctimas, periodistas, abogados, organismos, las secretarías de derechos humanos de Nación y Provincia de Buenos Aires, y compañeros militantes de distintas agrupaciones cuyo único ámbito de militancia, hoy, es la búsqueda de sus compañeros caídos. El objetivo de la comisión es, entre otras cosas, ayudar en la megacausa de Campo de Mayo, causa que estaba muy “verde”, y formar además grupos de investigación que se están ocupando de esta reconstrucción. Contamos, por ejemplo, con un grupo en zona norte ocupándose de las numerosas caídas de los compañeros de los astilleros, como los de Astarsa en Tigre. Otro grupo está investigando colimbas desaparecidos en Campo de Mayo, que son muchos. Hay un grupo formado por sus familiares que se han puesto a trabajar yendo a ver compañeros de militancia de estos colimbas desaparecidos y yendo ver inclusive a otros colimbas que estuvieron con estos chicos. Otro grupo está abocado a la caída de Santucho, 19 de julio de 1976, que es una caída colectiva, no es solamente Santucho a quien matan ese día. En esta comisión estamos pidiendo ayuda a periodistas que tienen trabajos muy interesantes y que aportan mucho. Quienes han escrito libros y artículos sobre distintos episodios del terrorismo de Estado disponen de una gran cantidad de fuentes a las que debemos recurrir.

Un muchacho, que no es periodista pero que fue militante del PRT-ERP, escribió un libro sobre Monte Chingolo y tiene un archivo y contactos muy buenos. Él, por ejemplo, ha entrevistado a militares. Cierta día, contó la anécdota de cómo accedió a un archivo de los militares que actuaron en Monte Chingolo. Fue a ver a un militar, se hizo pasar por un escritor histórico que quería hacer un libro sobre la forma en que el ejército había vencido a la subversión en Chingolo, se ganó su simpatía y así accedió al archivo. El militar le dejó espiar el archivo durante diez minutos nada más, por lo cual leyó lo que pudo, lo registró en su cabeza y de este modo pudo contar más cosas sobre Monte Chingolo. Así, Gustavo Plis-Sterenbergh, así se llama el autor, nos ha abierto su archivo y ha declarado en algunas causas, aportando elementos de prueba importantes.



# IV- Probar y documentar 30 años después

## Exposición de Emanuel Lovelli

### **Emanuel Lovelli**

Abogado, graduado de la Universidad Nacional de La Plata. Miembro del equipo de investigación del proyecto “Maternidades Clandestinas”.

Me voy a referir a lo que en el seno de la Filial La Plata de Abuelas de Plaza de Mayo se dio en llamar “Maternidades clandestinas” que es un proyecto de investigación por el cual se trata de establecer la ruta de las mujeres embarazadas detenidas y posteriormente desaparecidas, a dónde dieron a luz y el destino de esos niños y niñas que nacieron en cautiverio.

¿Cómo surge la necesidad desde Abuelas de realizar una investigación así? Básicamente porque siempre se supo que había una gran cantidad de información dispersa con respecto a los centros clandestinos de detención, en particular en La Plata y provincia de Buenos Aires. De hecho, el proyecto intenta hacer una reconstrucción circunscripta a la provincia de Buenos Aires, aprovechando los datos recogidos por el propio trabajo de Abuelas durante ya tantos años, la investigación de otros organismos de derechos humanos y archivos del propio Estado, de la CONADEP, de lo que fue la Dirección de Inteligencia de la Policía Bonaerense –resguardados por la Comisión Provincial por la Memoria–, más todo lo que pudimos recoger de causas penales históricas, desde pedidos de hábeas corpus iniciados al comienzo mismo de la dictadura, cuando comenzaban a desaparecer los compañeros, hasta causas que se abrieron luego del advenimiento democrático en 1983.

Como último punto de referencia importante para la sistematización y búsqueda de datos y de informaciones, contábamos con toda la tramitación del juicio por el derecho a la verdad, que quizá en La Plata es el lugar donde tuvo una continuidad que no se dio en otros lugares del país, llevado adelante por la Cámara Federal de Apelaciones platense. En el marco de la tramitación del juicio, se forman expedientes como en cualquier proceso penal donde se reúne prueba, y quizá la prueba más importante sean las audiencias testimoniales de familiares, compañeros que han sobrevivido al terrorismo de Estado, vecinos de la zona, y también, aunque suene paradójico, con el testimonio de funcionarios de las fuerzas represivas de Estado, tanto del Estado nacional como provincial, e incluso también de médicos que cooperaron con el terrorismo de Estado, ya sea porque pertenecían a la fuerza o porque tenían cierta vinculación, por ejemplo médicos relacionados con el Registro de las Personas a partir de los cuales se confeccionaban las partidas NN de los fallecidos.

En esta investigación, en principio, el fin propio era investigar y documentar este tráfico de las mujeres embarazadas y ver cuáles de los centros clandestinos de la provincia de Buenos Aires fueron maternidades clandestinas. Para esto hubo que determinar qué entendíamos por maternidad clandestina. Pudimos establecer dos conceptos, uno amplio, otro restringido, de lo que es una maternidad clandestina. Según el criterio amplio, era aquel lugar donde una mujer detenida-desaparecida tenía a su hijo. Y según el criterio restrictivo –que retoma al amplio pero con una particularidad–, eran lugares adonde específicamente iban las mujeres embarazadas detenidas para tener sus niños que después eran apropiados.

En base a estos criterios, a los que hay que sumar la propia evidencia, el paso del tiempo y los testimonios, se pudo establecer que el Pozo de Banfield funcionaba como maternidad clandestina, además de haber sido soporte del Plan Cóndor en la provincia de Buenos Aires, sobre todo de muchas caídas ocurridas entre junio y diciembre de 1977. Y después, y esto fue tal vez lo que dio más valor a esta investigación, se pudo establecer que en las afueras de La Plata, en la localidad de Alejandro Olmos, había un centro clandestino conocido como La Cacha que funcionó entre



principios del 77 y agosto del 78. Por allí pasaron gran cantidad de mujeres embarazadas. La mayoría de los detenidos allí tenían filiación montonera o ligada al peronismo y sus hijos estaban en la Unidad Penal N° 8 (U.P. N° 8), que estaba a cien metros. El punto de partida para establecer esta hipótesis lo dio el famoso caso de los mellizos Reggiardo Tolosa. Está probado judicialmente que a su mamá la trasladaron desde La Cacha hasta el hospital de la cárcel de Olmos, donde la U.P. N° 8 ya se había equipado para atender los partos sin necesidad de trasladar a un hospital de La Plata. Luego pudimos determinar cierto número de mujeres embarazadas que fueron llevadas a la U.P. N° 8 para tener a sus hijos.

Para reconstruir y afirmar esta hipótesis fue importante el valor testimonial de presas políticas no desaparecidas que cayeron bajo decreto PEN con anterioridad al 24 de marzo de 1976, en su mayoría militantes del PRT que estuvieron en la U.P. N° 8 y que al menos tres de ellas tuvieron a sus hijos allí. Un dato anecdótico: una de estas mujeres que entrevistamos fue quien, en propias palabras de ella, “bautizó” la unidad sanitaria N° 8 para tener a su hijo. A la luz de esto se debilitaba la hipótesis que decía que de La Cacha trasladaban a las mujeres a otros hospitales, al hospital naval cercano al astillero en Ensenada o al hospital militar que estaba en Capital Federal, sabiendo que a cien metros tenían todas las instalaciones para atender esos partos.

Esta hipótesis primero la pudimos establecer con entrevistas privadas a las detenidas del 75 y del 76, antes del golpe, y después la pudimos establecer por medio del juicio por la verdad, el cual, si bien no persigue una condena penal, tiene la validez del cualquier proceso penal porque el testimonio ocurre ante un tribunal debidamente conformado, las garantías del proceso están obviamente establecidas, están presentes el ministerio público fiscal y el ministerio público de la defensa. O sea que cobró veracidad judicial la hipótesis que habíamos trazado. El valor de toda esta documentación más tarde se tradujo en causas judiciales. Y con esto completamos el objetivo del proyecto Maternidades Clandestinas que nace con una pretensión investigativa y documental y se termina traduciendo en una pretensión de poder establecer el poder punitivo del Estado sobre los

responsables del genocidio. Finalmente este trabajo, que en un primer momento abarcó quizá a la cárcel de Olmos como hipótesis de máxima, se tradujo en investigaciones sobre diferentes centros clandestinos.

Un primer trabajo de investigación que se hizo, y que no estaba hecho por ningún organismo, fue establecer la sistematicidad de la detención y desaparición de delegados gremiales y obreros en el astillero Río Santiago, frigorífico Swift y demás fabricas de la zona del polo industrial de lo que es hoy Ensenada. A partir de eso se reforzó la causa que actualmente está en la justicia penal platense, se completaron ciertos informes sobre centros clandestinos como La Cacha, Pozo de Arana, Brigada de Investigaciones de La Plata, Comisaría 5ta., y sin duda tuvo un impacto primordial la investigación de lo ocurrido en la U.P. N° 8 porque a partir de ese informe se pudo iniciar una causa donde ya han pasado en declaraciones testimoniales muchos médicos, médicas, enfermeras, parteras y auxiliares que allí trabajaban. Hoy la investigación continúa por otros centros clandestinos de detención, ya saliendo de La Plata, porque en cierta manera agotamos la investigación en cuanto a los lugares aunque no en cuanto a la cantidad de datos, esto nunca se termina, siempre aparece un detenido o el nombre de otra embarazada. La investigación ha avanzado hacia lugares como Vesubio, Pozo de Quilmes, Sheraton, El Banco, y también la idea es coordinar con la gente de Campo de Mayo y del Olimpo.

El primer período de esta investigación fue de ordenamiento y de mucha lectura, puesto que contábamos con una base documental importante, la que realizó la CONADEP y los testimonios ya producidos con anterioridad. Después sí comenzamos a producir nuestras propias pruebas documentales y testimoniales. Entonces nos dimos cuenta del valor de la continuidad del testimonio. Es decir, no es lo mismo lo que puede declarar un sobreviviente en el año 83 ú 84, cuando declaró en la CONADEP, quizá en el 86, en la causa Camps en la provincia de Buenos Aires, o en el 99 en el juicio por la verdad en La Plata, que ahora en la instrucción plena de un proceso penal. Y esto es importante por cómo se nutre el testimonio de una persona en particular, porque el valor es dual. ¿A qué me refiero con la dualidad del valor de un testimonio de una perso-

na que ha testimoniado reiteradas veces? El primer testimonio es muy importante por la cercanía temporal entre lo acontecido y lo que se está narrando, pero a la vez es muy importante el último testimonio porque se puede nutrir de la historia que pudo rehacer con compañeros de militancia. Entonces ningún testimonio en sí mismo tiene un valor superior a otro sino que es diferente.

Actualmente se está tratando de articular con organismos que están trabajando no la misma temática –porque el proyecto Maternidades Clandestinas tiene como objetivo establecer el destino de las mujeres embarazadas desaparecidas– para intercambiar datos sobre personas desaparecidas, ya sean mujeres no embarazadas u hombres, que también están contenidos en los informes, esto sin alejarnos de nuestro eje que son las mujeres embarazadas y los niños nacidos en cautiverio. Lo central es la continuidad del trabajo, sólo así se podrá elaborar una sistematización que nunca va a ser total pero sí, al menos es lo que pretendemos, lo más completa posible de los lugares de detención y sobre las fuerzas de seguridad que después terminaban decidiendo el destino de esos niños y niñas nacidos en cautiverio. Y ahora, finalmente, es fundamental traducir esta sistematización en causas judiciales donde podamos establecer las responsabilidades y complicidades ya no sólo de las fuerzas de seguridad sino también la triangulación entre funcionarios policiales, médicos policiales o no y aquellas personas que terminaron apropiándose de los chicos que las Abuelas están buscando.



# V- Buscando ADN. Cuestiones procesales en torno a las nuevas medidas de prueba

## Exposición de Julio B. Maier

### **Julio B. Maier**

Abogado, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba) y Doctor honoris causa de la Universidad Antenor Orrego, Trujillo, Perú. Profesor Titular regular de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, hoy Profesor consulto del mismo Departamento y Facultad. Profesor Honorario en varias universidades extranjeras. Autor de más de un centenar de trabajos jurídicos, publicados en revistas nacionales y extranjeras y en diversos idiomas. Autor de siete libros, entre los cuales se destaca su *Derecho Procesal Penal*, actualmente en dos tomos y un tercero en preparación. Juez penal y Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Fue designado Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, miembro honorario de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, miembro de honor de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, Sociedad Cubana de Derecho Procesal, y le fue conferida la Orden de mérito del Poder Judicial de Guatemala por acuerdo pleno de la Corte Suprema de Justicia de ese país. Premio Konex 2006: Derecho Procesal, Internacional y de la Integración.

Voy a ser muy esquemático porque tengo el gusto de estar en la mesa con dos personas que trabajaron y estudiaron conmigo en esta Universidad de Buenos Aires, Gabriela Córdoba y Fabricio Guariglia. Cada uno se ha ocupado a su turno –y quizá por sugerencia mía– de los dos ejes centra-

les de la controversia sobre la investigación de la verdad y el ADN. Gabriela ha abarcado el *nemo tenetur* que algunos traen a colación como eje de la regulación de este problema entre ADN y búsqueda de la verdad. Fabricio, por su parte, se ha ocupado de las prohibiciones probatorias. Ya ha rendido su tesis en Münster, Alemania, y Gabriela ya está muy avanzada y piensa presentar la suya aquí en la UBA, razón por la cual, y siendo ambos discípulos míos, seré breve.

En primer lugar, quiero referir cuál es el problema para nosotros. Se trata de la escasez de reglas que tienen los códigos de procedimiento acerca de los medios de prueba o de la prueba en general, reglas tales como autorizaciones o permisos y modos de ejecutar estos permisos para tenerlos por legítimos en la búsqueda de la verdad en un proceso judicial concreto. También es escasa la reglamentación de las facultades coercitivas que tienen los órganos del Estado que intervienen en esos procedimientos de búsqueda de la verdad para realizar estas operaciones con uso de la fuerza pública. Estos dos problemas de escasez de reglas, o el único problema de la escasez de reglas referido a estos dos tipos de reglas jurídicas, es un problema, más en un país como el nuestro, donde, a raíz de ello –a mi juicio–, emergen una serie de resoluciones judiciales incluso erróneas. A mi juicio, vuelvo a decir, porque se carece de reglas que orienten las decisiones judiciales y los jueces no son en ninguno de los casos enormes juristas o conocedores del derecho comparado sino, a lo sumo, buenos conocedores en general del derecho argentino.

El tema, sin embargo, es muy importante. En principio, ustedes lo ven y lo vemos aparecer por el lado de los delitos aberrantes y las consecuencias permanentes que han causado estos delitos, consecuencias que son todavía reparables y, precisamente, reparables mediante la investigación de la verdad; pero a ello no se limita el problema. Hay casos mucho más comunes, de investigación de la paternidad, de alcoholemia (cuando hay una contravención que prohíbe conducir bajo cierto estado de confusión por el alcohol) y hasta la simple situación en que nos coloca el empadronarnos u obtener un documento, para lo cual tenemos que dar nuestras señas dactiloscópicas –que constarán en fichas registradas del mismo

tipo—, es decir, aceptar el registro ordenado de cierto dato sensible, situación que nos sitúa frente al mismo problema. No hace falta pensar en delitos aberrantes y en la posibilidad de repararlos, sino que problemas más cotidianos están vinculados con el tema que tratamos. De allí la importancia práctica de resolverlo y también la importancia de que se preocupe una institución como Abuelas de Plaza de Mayo por redactar reglas referidas al tema.

El tema está atravesado por la investigación de la filiación y más aún en materia penal: para conocer el estado civil de ciertas personas, de niños, de gente que ha desaparecido o de víctimas de homicidios, delitos cometidos en el contexto al que se refieren las violaciones de derechos humanos. Pero el problema no sólo se refiere a ello, sino que abarca a cualquier prueba biológica. La extracción de sangre del caso “García Belsunce” no se relaciona de ningún modo con problemas de delitos cometidos por el Estado, por funcionarios estatales o por su orden, ataques extendidos —en el sentido de la pluralidad de víctimas— o sistemático —en el sentido de la comisión por organización y a escala—, inhumanos y de extrema gravedad, y no obstante se discute ahí judicialmente si se puede, bajo coacción, obtener ciertos datos sensibles de las personas, la sangre o el ADN de individuos que estuvieron cerca de esta situación. El tema se refiere, entonces, a cualquier prueba biológica, inclusive a la investigación de la piel, para ver si por allí pasó corriente eléctrica, la saliva para obtener el ADN, etcétera. Y más que a una prueba biológica, se refiere también a cualquier prueba. Ya hemos nombrado a las impresiones digitales para identificar o para comparar con huellas que hemos obtenido de la escena del crimen. Es el mismo problema, si se quiere, con un método más rudimentario, pero es exactamente el mismo problema que se nos presenta aquí y tiene que ver, sobre todo, con el uso de la fuerza pública cuando aquel que resulta afectado por la medida no presta su consentimiento. Como su voluntad no acompaña, no colabora con la medida, no presta su consentimiento, la pregunta versa acerca de si es posible el uso de la fuerza pública en las injerencias de ciertos derechos básicos incluidos en el catálogo de nuestra constitución normalmente o supuestos por su procedencia ideológica.

Voy a dar una idea de los problemas que podrían presentarse y cómo podríamos racionalmente convenir en alguna solución. De lo primero que se trata aquí, en realidad, es de la inspección corporal interna por oposición al registro externo. No sólo al registro personal sino de cosas o de lugares. Aquí se trata de algo que las personas tienen en su cuerpo, huellas o datos sensibles que quedan en la sangre, la piel, los cabellos. Incluso que quedan en el cuerpo en contra de su voluntad, el disparo de un arma o una herida provocada por un cuchillo. ¿Hasta qué punto es necesaria la voluntad positiva del afectado para poder investigar estos datos? Y la otra pregunta es a quiénes comprende, tanto en caso de que sea necesaria la voluntad positiva del afectado, como si es posible la coacción cuando el afectado no presta su colaboración.

Las tres preguntas entonces. ¿Qué comprende? La inspección corporal interna que no necesariamente se refiere al ADN, piensen en un balazo recibido y en la necesidad de operarme y extraer la bala y compararla con un arma cualquiera. ¿Hasta qué punto es necesaria la voluntad del afectado por la medida? Es necesario que yo preste mi consentimiento o, por el contrario, si no lo presto, es posible el ejercicio de la fuerza por parte del Estado para lograr el dato que permite progresar en el descubrimiento de la verdad. Y por último, ¿a quién comprende? No siempre es el imputado la persona que guarda estos datos, muchas veces es la víctima y a veces un tercero que no es ni la víctima ni el imputado, por ejemplo, una persona que pasaba por el lugar y recibió el tiro por casualidad.

Estas son las tres preguntas básicas. Una primera solución, no muy bien pensada, ha sido la extensión en nuestro país del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, “nadie está obligado a declarar contra sí mismo”. Ésta ha sido una primera respuesta, a mi juicio inválida para el caso. Una segunda respuesta ha sido buscar la existencia de alguna prohibición probatoria y decidir desde ese punto de vista sobre si está prohibido o no. En un caso no se podrá utilizar o no se podrá valorar la prueba emergente de un acto ilícito, de una prohibición probatoria; en el otro caso, en cambio, si afirmamos la posibilidad del ejercicio de la fuerza para obtener el dato que nos permita progresar en la búsqueda de la ver-



dad, podremos utilizarlo y saber en qué medida podemos hacerlo.

Voy a proponerles un método quizá no muy jurídico para despejar los problemas. Un método fácil, sin tanto artilugio. Hay que ir de las soluciones fáciles a las difíciles. Una primera solución fácil es la exclusión absoluta de la posibilidad de emplear la fuerza ante la negativa del imputado cuando la operación a realizar pone en peligro la vida, la integridad física o provoca un grave daño a la salud de la persona afectada. Digo de la “persona afectada”, no sólo del imputado, pues se puede tratar de la víctima e incluso de un tercero, según lo advertimos. Hay que excluir conforme a un principio de proporcionalidad la posibilidad de hacerlo a riesgo de la persona afectada. Por supuesto, el riesgo tiene que ser un grave daño en la salud, la vida o la integridad física, por ejemplo, cortar un brazo o extraer una bala que está próxima al corazón y los médicos no aseguran la ausencia de riesgo; por lo tanto, si los médicos no pueden afirmar que la operación necesaria se realizará sin riesgo para la vida o la salud de aquella persona que va a resultar afectada por la medida, hay que renunciar a ella. Pero también desde el punto de vista contrario podemos racionalmente concordar en la posibilidad de llevar a cabo ciertas operaciones muy sencillas que no implican mayor afectación de ningún bien jurídico perteneciente al afectado. Me refiero a mínimas injerencias como impresiones digitales, muestras menores de sangre, de piel o de cabello, la saliva de una persona. Estas operaciones, por lo sencillas y porque no ponen en juego una injerencia mayor, salvo la posibilidad de ser descubierto como autor, que de alguna manera es lo que se pretende, deben salir de la discusión.

Fuera de estos graves atentados contra bienes jurídicos precisos –vida, salud, integridad física– y de estas operaciones muy sencillas, hay una inmensa gama de posibilidades en las cuales nos preguntamos si es posible primero exigir la colaboración y si no podemos exigirla, cuando no contamos con el consentimiento del imputado, si es posible emplear la fuerza para obtener el dato necesario. Es decir, si es posible extraerle sangre, privándolo en cierta manera de su libertad teniéndole el brazo hasta tanto alguien produzca la extracción de sangre, sujetar al afectado para obtener algo de piel o de cabello. Se ha llegado a decir que esto lesiona la

intimidad. La definición de intimidación no permite conducir estas autorizaciones coercitivas a ese bien jurídico. Íntimo es algo que uno extrae del conocimiento público o de algunas personas por lo menos, terceros extraños a uno, y oculta de alguna manera. No necesariamente esto es así en las extracciones de sangre: la tenemos no porque pretendemos ocultarla en nuestro cuerpo de las investigaciones extrañas a nosotros mismos, sino, sencillamente, porque nuestro cuerpo funciona con sangre dentro de él; una bala que desde afuera ingresa en nuestro cuerpo no es algo que hemos pretendido intencionalmente ocultar de otros, sino algo que hemos sufrido porque otro nos ha disparado o porque a nosotros mismos se nos ha disparado el arma o por voluntad nuestra también ha ingresado en nuestro cuerpo, pero no precisamente para ocultarlo de terceros o de la generalidad.

Un principio más cercano es la autonomía de decisión personal que integra, ciertamente, la dignidad humana. Nosotros tenemos, por ejemplo, autonomía de decisión para soportar una intervención quirúrgica o, por lo contrario, para decirle al médico que no queremos esa intervención quirúrgica a pesar de que sabemos que tenemos una enfermedad que va seguir su curso natural si no permitimos la operación. Existe jurídicamente como valor esta autonomía de decisión personal. Ella permite, por ejemplo, transformar la acción del médico que coactivamente me somete a la operación necesaria desde el punto de vista de la medicina, en un delito; el médico de marras me somete sin permitirme hacer uso de mi voluntad, sin haber dado mi autorización; ese médico comete un delito ya por el solo hecho de intervenirme quirúrgicamente, de lesionarme, aunque alcance el fin curativo que se propone. Aquí es donde agregan algunos este derecho a no autoincriminarse, de tal manera que la persona tendría además de la autonomía de decisión personal, un derecho positivo de no autoincriminarse, que en la letra, en el texto, no está expuesto por nuestra Constitución, ni por ninguna que yo conozca. De esa manera, quien se vea expuesto al peligro de una incriminación –idéntico: investigación judicial– podría rechazar toda intervención estatal de modo absoluto. Me pregunto, entonces, si es posible reemplazar la vo-

luntad del afectado que no consiente la realización de la operación que hay que realizar para obtener el dato necesario para la investigación de la verdad, con el uso de la fuerza, la coacción, y si ese uso de la fuerza está sometido a ciertas reglas. De nuevo, para ser más práctico y ejemplificativo: si es posible rechazar la obtención de señas digitales, de sangre, de cabello, de piel, con destino a una investigación biológica y, más aún, si es posible rechazar el soplar por un tubo que verifica al grado de alcohol que poseemos aún en nuestro cuerpo, o el formar parte de una rueda de personas con fines de reconocimiento, etcétera.

Y al mismo tiempo, aclaro, el problema no finaliza en el derecho a no autoincriminarse porque también estas injerencias se refieren a terceros que no tienen ningún vínculo con la imputación o con lo que se pretende conocer y perseguir, y que, además, tienen derechos como afectados, los mismos que porta el imputado. No voy a dar mi opinión respecto de los terceros. Pero de *lege ferenda* les diría que habría varias cosas que regular en la ley y que no están reguladas. Primero la posibilidad –frente al principio *nulla coactio sine lege*– no sólo de permitir o no permitir, bajo ciertos parámetros, estas intervenciones coactivas, sino, al mismo tiempo, la de regular el medio de prueba de manera tal de advertirle a quien pudiera resultar afectado la posibilidad que él tiene de no colaborar, de decidir no colaborar, derecho que, en principio debe ser respetado (autonomía de decisión personal), sin perjuicio de que el Estado procure el dato por otra vía legítima. En segundo lugar, la ley debería decirnos, en el caso de que acepte el ejercicio de la coacción para obtener estos datos, que permitirían eventualmente conocer la verdad, quiénes están autorizados a disponer la coacción. ¿El juez, el ministerio público, la policía, qué órganos estatales son los que deciden la coacción? En tercer lugar, la ley debería disponer el modo de realización de la operación o los límites del ejercicio de la fuerza pública. Y en cuarto lugar, habría que tomar también la decisión política de saber si hay algunas personas que están dispensadas de la obligación de prestar colaboración, no sólo en los casos aquellos de riesgos de suma gravedad, en los que objetivamente estaría prohibida la injerencia, sino también en aquellos casos en los cua-

les los afectados ya están autorizados a negar información, a similitud del imputado (por ejemplo, parientes del imputado que están autorizados a negar información al tribunal u obligados a guardar reserva), casos en los cuales el trato al imputado gobierna, de alguna manera, el que merecen estas personas, para ser coherente.

Quería aplaudir antes de terminar –aunque a mí me parezca demasiado estrecha la regulación que se ha propuesto<sup>1</sup> en miras a un CPP general, para todo delito– la proposición de regular el tema jurídicamente en el código de procedimientos penales. También habría que regular el mismo tema en el código de procedimientos civiles; el estado civil de una persona no es sólo cosa del derecho penal y mucho menos en un país donde se ha llegado a decir –a mi juicio una enormidad– que la paternidad no es un asunto biológico, que se adquiere vaya a saber por qué comportamiento judicial omisivo directamente. Con prescindencia de la adopción, esto significa transfigurar la institución del estado civil del padre o madre, de la paternidad y la maternidad, transfigurarla ya no en un problema biológico que es de donde parte la institución (si prescindimos de la adopción), sino en un problema de “mejor o peor” comportamiento judicial. Los tribunales civiles, que han sido aquellos que han explicado que la injerencia no se debe realizar sin el consentimiento del afectado, y han erigido a la omisión en un indicio más que vigoroso en contra de la persona afectada por la medida, han transformado terriblemente una institución que tiene base biológica, hoy cognoscible indubitablemente, en otra que no la tiene, que depende de la solución de un problema de valoración probatoria, en un sistema de prueba cuasilegal.

## NOTAS

- 1- El expositor se refiere al proyecto de ley elaborado por Abuelas de Plaza de Mayo y que se incorpora como anexo. Ver página 199.

# V- Buscando ADN. Cuestiones procesales en torno a las nuevas medidas de prueba

Exposición de Gabriela Elena Córdoba

## **Gabriela Elena Córdoba**

Abogada, graduada con diploma de honor, y doctoranda de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente (Jefa de trabajos prácticos) del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la UBA. Secretaria Letrada del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires. Ha estudiado en el Instituto para las Ciencias Penales Conjuntas de la Universidad de Munich (Alemania), bajo la dirección del Profesor Claus Roxin, como becaria del DAAD (Servicio Alemán de Intercambio Académico) en 2004/2005. Ha sido becaria del Instituto Max-Planck de Derecho penal y procesal penal de Friburgo (Alemania) en 2001. Es autora de varios trabajos y traducciones de su especialidad. Ha sido cotraductora del *Derecho Procesal Penal* de Claus Roxin.

OBTENCIÓN DE ADN Y *NEMO TENETUR*

## **I. Introducción**

De la exposición de Julio Maier podemos concluir que existen tres niveles de análisis en cuanto a la validez y admisibilidad de las medidas de prueba en el proceso penal (y, en lo que ahora nos interesa, de la obtención de ADN):

El primer nivel se refiere a la procedencia en *abstracto* de la medida desde el punto de vista constitucional y *en general*, esto es, sin vinculación

con un caso concreto, ya que hay prácticas que la Constitución proscribe con carácter absoluto como medio para la averiguación de la verdad en el proceso penal (esto es lo que sucede, por ejemplo, con la tortura).

Una vez superado el primer nivel de análisis, el segundo está vinculado a la regulación legal de la medida, en especial a la necesidad de que exista un fundamento normativo que debe cumplir con determinados requisitos, todo ello impuesto por el principio *nulla coactio sine lege* y sus derivados (a esto se refirió ya el Dr. Maier y es lo que viene a solucionar el proyecto de ley presentado por la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, que será analizado a continuación por Fabricio Guariglia).

Y, por último, en el tercer nivel se analiza la procedencia de la medida en el caso concreto, de acuerdo a los principios generales que rigen la admisibilidad de la prueba y de las medidas de coerción en el proceso penal (esto último, en tanto “para asegurar los resultados del esfuerzo probatorio se autoriza ciertas restricciones de los derechos personales o reales del imputado o de terceros, cuando ellas sean indispensables para garantizar la producción o la fiel conservación de las pruebas”<sup>1</sup>. Brevemente, en lo que ahora interesa, la medida debe ser necesaria, proporcionada con el peligro que se trate de evitar y debe existir un mínimo de pruebas de culpabilidad<sup>2</sup>.

## II. Objeto de mi intervención

Ahora bien, mi intervención se mantendrá en el primer nivel de análisis y, dentro de él, se limitará a analizar si la obtención de ADN por parte del Estado para esclarecer la comisión de delitos vulnera el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*. En efecto, esta es una de las objeciones constitucionales que se suele hacer contra medidas tales como la obtención de ADN o la extracción de sangre, pues básicamente se sostiene que el obligar a alguien a someterse a ellas equivale a obligarlo a declarar contra sí mismo o a autoincriminarse.

La respuesta a esta cuestión, sin embargo, dependerá de la interpretación que se defienda del principio.

### III. Interpretaciones posibles del principio

En lo que a este aspecto se refiere, el *nemo tenetur* es comprendido, al menos, con tres extensiones distintas. Una primera posición entiende que sólo se refiere a la *declaración del imputado*, esto es, a la incorporación al procedimiento, a través de su relato –verbal o escrito–, de un conocimiento cierto o probable que él posee sobre el hecho objeto de la investigación<sup>3</sup> (esta es la postura de nuestra CSJN, la de la Corte Suprema de los Estados Unidos y la del Tribunal Constitucional español, entre otros).

En el extremo contrario, el principio es formulado a veces en forma totalmente amplia como la prohibición absoluta de obligar al imputado a colaborar de cualquier modo, ya sea directa o indirectamente, mediante acción u omisión, con la persecución penal llevada a cabo en su contra<sup>4</sup>.

Y entre aquellas dos posiciones, una postura intermedia sostiene, en cambio, la imposibilidad de obligar al imputado a colaborar *activamente* en su propia incriminación<sup>5</sup>. Desde este punto de vista, sobre el imputado sólo pesaría la obligación de tolerar la realización de aquellas medidas de investigación que recaen sobre su cuerpo o lo tienen al imputado de algún modo como protagonista, pero él no podría ser obligado a realizar actividad alguna en ellas.

### IV. La postura amplia

La segunda de las posturas mencionadas es la que suelen defender quienes se oponen a la extracción u obtención compulsiva de sangre o de muestras de ADN. El argumento fundamental alegado sería que, en rigor, no sólo se puede autoincriminar quien realiza manifestaciones sobre el hecho imputado, sino también quien de algún otro modo es forzado a producir pruebas con su cuerpo en contra de su voluntad. En este sentido, se dice que también el cuerpo del imputado, sus sustancias corporales o los elementos probatorios que porte en o sobre él pueden “hablar” en su contra y proporcionar al Estado los elementos necesarios para su condena. Según una interpretación semejante, en virtud del principio *nemo tenetur* nadie podría ser obligado a convertirse de modo alguno en prueba, en sentido amplio, contra sí mismo.

Así lo entendió Sautter ya en los años 60, quien afirmó que existía una singular contradicción entre afirmar, por un lado, que nadie puede ser obligado a acusarse a sí mismo ni ser utilizado en contra de su voluntad como instrumento contra sí mismo; pero defender, por otro, la admisibilidad del examen corporal coactivo del imputado<sup>6</sup>. Este autor, al tomar como punto de partida que el principio *nemo tenetur* prohíbe convertir al imputado en “medio de prueba” contra sí mismo, llega a la conclusión de que el § 81 a StPO, que regula el examen corporal del imputado y la extracción de sangre, lesiona el *nemo tenetur*<sup>7</sup>.

Una interpretación semejante ha sido alegada entre nosotros a raíz de órdenes judiciales que disponían, respecto del imputado, la realización de una prueba de voz, la obtención de fotografías y huellas dactilares o la extracción de sangre, con el argumento de que obligar al imputado a someterse a dichas pruebas equivale a obligarlo a declarar contra sí mismo<sup>8</sup>. Pero también se puede pensar, por ejemplo, que en el lugar del hecho sean encontradas huellas dactilares, cabellos o rastros de sangre que podrían ser del sospechoso o que bajo las uñas de la víctima sean hallados restos de la piel del sospechoso. La pregunta que surge es si la obtención del material probatorio del cuerpo del imputado necesario para poder compararlos y determinar si se trata del autor del hecho debe depender de su voluntad ¿O el Estado puede procurarse ese material incluso coactivamente? ¿Sería ello equiparable a obligar al imputado a declarar contra sí mismo?

A continuación me ocuparé de las posibles consecuencias a las que conduciría la aplicación de esta interpretación.

## V. Posibles consecuencias de la interpretación extensiva

La primera consecuencia que se debería derivar de esta interpretación amplia sería la exclusión de *toda participación no voluntaria* del imputado en las medidas de prueba que recaigan de algún modo sobre su cuerpo o que lo tengan a él por protagonista. En efecto, dado que esas medidas probatorias podrían conducir a (o a colaborar en) la prueba de su culpabilidad, obligarlo a participar en ellas equivaldría a obligarlo a declarar



contra sí mismo. Pero me refiero ahora a participación no sólo en el sentido de participación activa (o colaboración activa, como la denomina la postura que utiliza el criterio pasividad-actividad para delimitar el ámbito de protección del *nemo tenetur*), sino en sentido amplio, abarcando también toda participación o tolerancia pasiva.

Ahora bien, el problema es que esto equivaldría a afirmar que el *sometimiento* del imputado a la realización de toda medida de prueba que recaiga de algún modo sobre su cuerpo debería ser voluntario: cuando no se cuente con su voluntad, el Estado deberá buscar la verdad de lo ocurrido y probar su culpabilidad por otros medios, prescindiendo totalmente del imputado, así como debe prescindir de los conocimientos que él posee sobre el hecho investigado, cuando no está dispuesto a declarar.

Sin embargo, una interpretación tan amplia del *nemo tenetur* conduciría a afirmar que incluso la presencia del imputado en el proceso penal debe ser voluntaria, toda vez que ella también puede constituir una forma indirecta de colaboración en la prueba de la propia culpabilidad: la presencia del imputado en el debate lo convierte en objeto de observación, por ejemplo, al ser reconocido por un testigo o al observar el juez las reacciones del imputado frente a la declaración de un testigo. El problema es que ello equivaldría a excluir no sólo todo sometimiento involuntario del imputado a determinadas medidas de prueba, sino que, además, significaría directamente dejar librado a su voluntad el someterse al proceso penal<sup>9</sup>.

Todavía más, en esta misma línea de razonamiento hasta se podría llegar a concluir que medidas tales como el allanamiento de la vivienda del imputado o la requisa personal también deberían estar sujetas a su voluntad. Es que se podría decir que ya por tener que tolerar su realización se obliga al imputado a colaborar en el esclarecimiento de los hechos (en forma indirecta y por omisión) y, de ese modo, a inculparse a sí mismo, al tener que permitir el secuestro de los elementos de prueba hallados en su vivienda (allanamiento) o en sus propias ropas (requisa personal). En este sentido, señala Maier que quienes conceden al imputado el derecho de impedir con su voluntad la búsqueda de rastros o de elemen-

tos de prueba en su cuerpo, deberían fijar estrictamente el alcance o los límites de aquello que quieren proteger, pues no se entiende por qué, en cambio, se puede buscar rastros en la proximidad inmediata, por ejemplo, a milímetros del cuerpo, en la cama que el imputado ha rozado con su cuerpo, en su silla, en sus vestimentas, etcétera<sup>10</sup>.

En definitiva, dado que llevar esta postura al extremo significaría directamente dejar librado a la voluntad del imputado su sometimiento al proceso penal es que ni siquiera los defensores de la interpretación extensiva del *nemo tenetur* han llegado tan lejos en sus afirmaciones. Sautter, por ejemplo, no ha podido sostener hasta las últimas consecuencias su tesis de que el imputado no puede ser obligado de manera alguna (ni directa ni indirectamente, ni por acción ni por omisión) a colaborar en el esclarecimiento de los hechos y, de ese modo, incriminarse a sí mismo<sup>11</sup>. Es que, según este autor el deber de comparecer al proceso del imputado es parte de su deber de responder frente a la comunidad jurídica, sin que se deba tener en cuenta el hecho de que su presencia puede conducir indirectamente al esclarecimiento de los hechos y, de ese modo, también posiblemente a una autoincriminación. En el marco de ese deber, según Sautter, el imputado debe tolerar ser utilizado como objeto de inspección ocular. Por ello, considera inobjetable el reconocimiento del imputado por parte de testigos para su identificación y la observación de sus reacciones frente a las declaraciones de los testigos. Pero afirma que el deber de tolerar la inspección ocular termina allí donde la instrumentalización de la persona adquiere el carácter de un examen<sup>12</sup>.

Por tanto, según la concepción de Sautter, desde el punto de vista del *nemo tenetur* la persona del imputado, en su apariencia exterior, puede ser utilizada como prueba en su contra sin objeción alguna y él debe tolerar la inspección ocular incluso en contra de su voluntad. Es por ello que se le ha reprochado falta de consecuencia<sup>13</sup> ya que, se ha dicho, no se entiende por qué desde el punto de vista de la protección frente a la autoincriminación ese deber del imputado de responder frente a la comunidad jurídica debe terminar allí, cuando en ambos casos él colabora con su persona en su propia incriminación<sup>14</sup>. La razón dada por Saut-

ter para ello, sin embargo, es precisamente que el interés en la persecución penal de la comunidad jurídica autoriza únicamente aquellas restricciones en la posición jurídica del imputado sin las cuales la realización del poder penal estatal sería directamente imposible. Y, según su opinión, el único presupuesto indispensable de toda persecución penal compatible con el principio acusatorio es el deber de comparecencia del imputado en el proceso, no así su examen corporal<sup>15</sup>.

Por ello, señala Verrel con razón que el motivo por el cual esta postura no ha logrado imponerse parece ser, antes que la falta de consecuencia que se le imputara, que esta extensión del ámbito de protección del principio dificultaría la persecución penal y el hecho de que son pocos los que están dispuestos a aceptar semejante restricción en la investigación para los órganos de la persecución penal<sup>16</sup>.

## VI. Críticas a la interpretación extensiva

Ahora bien, a continuación intentaré formular algunas objeciones a esta interpretación del *nemo tenetur*. En primer lugar, no sólo considero difícil poder afirmar que lo único que se pueda exigir del imputado en el proceso penal sea su presencia física, sino que, además, creo que ello es incorrecto. Tampoco considero posible ni correcto equiparar la situación en la que el cuerpo del imputado –junto con sus sustancias o elementos corporales– es el objeto sobre el que recae la medida de prueba a una declaración; ni afirmar, por tanto, que cuando el imputado no esté dispuesto a someterse voluntariamente a la realización de una medida probatoria que recaiga de algún modo sobre su cuerpo el Estado deba prescindir totalmente de su persona. Es que no parece posible defender la participación voluntaria del imputado en las medidas de prueba con base en el principio *nemo tenetur*, así como su participación en el proceso penal no puede serlo, al menos no bajo la comprensión actual del Derecho penal. Y esto no sólo porque una posición semejante impediría o disminuiría el esclarecimiento de los crímenes, como se suele afirmar<sup>17</sup>. Si de ello se tratara, en última instancia cualquier regla que pretendiera asegurar la vigencia y respeto de los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal

podría ser dejada de lado, simplemente por impedir o dificultar el esclarecimiento de los delitos (esto es en definitiva lo que muchas veces sucede cuando, lamentablemente, se aplica el tan conocido y todavía vigente principio *in delictis atrocissimis potest iudex iura transgredi*).

La razón, según creo, es otra y se vincula, precisamente, con la comprensión actual del Derecho penal. Como es sabido, con la expropiación del poder penal de manos del individuo y la prohibición de la venganza privada, de un lado, y la concentración del poder penal en el Estado, por otro, nace, como contrapartida, la obligación estatal de velar por la protección de sus ciudadanos y de crear disposiciones que posibiliten la persecución y juzgamiento estatales del infractor y el restablecimiento de la paz social a través de la conclusión definitiva del procedimiento<sup>18</sup>. El Estado tiene la obligación de perseguir la comisión de hechos punibles y de aplicar la ley penal y, para que ello sea posible, se exige de los ciudadanos en general y también del ciudadano que, justa o injustamente, ha caído en sospecha de haber cometido un hecho punible, que toleren el proceso, que se sometan a él, y para poder imponer esta exigencia el Estado cuenta con facultades coercitivas. La coerción procesal, esto es, la aplicación de la fuerza pública que coarta libertades reconocidas por el orden jurídico, tiene como finalidad resguardar los fines que persigue el mismo procedimiento: averiguar la verdad y actuar la ley sustantiva<sup>19</sup>. A tal punto el imputado no tiene más remedio que someterse al proceso, o tolerar su realización, que cuando existan sospechas fundadas de que intentará sustraerse a ella a través de la fuga o de la obstaculización de la averiguación de la verdad –por ejemplo, destruyendo u ocultando rastros del delito– será posible, incluso, privarlo de su libertad durante el proceso. El principio de inocencia no conduce a otro resultado, pues, como ya ha explicado Maier, según el sentido histórico cultural de esta garantía ella no excluye, de modo absoluto, la coerción estatal durante el procedimiento penal<sup>20</sup>.

Sin embargo, estas afirmaciones no significan de modo alguno que la autorización para utilizar la fuerza pública durante el procedimiento –y la consecuente afectación de los derechos fundamentales reconocidos consti-

tucionalmente al imputado— carezca de límites. Al contrario, precisamente con la concentración del poder penal en manos del Estado y la aparición de la persecución penal estatal surgió también la necesidad de erigir barreras contra los posibles abusos de ese poder, pues se reconoce que el proceso penal en su conjunto afecta derechos del imputado ya por su mera realización, aún cuando no se disponga de medidas concretas de coerción. Es por ello que para que la afectación de los derechos del ciudadano investigado no exceda la medida necesaria, las constituciones de los distintos estados fijan los límites a la facultad de intervención estatal y buscan la protección del ciudadano frente a una persecución ilegítima o que exceda la afectación permitida de los derechos individuales. La ley procesal penal, por su parte, es la encargada de reglamentar los derechos del imputado y las facultades de coerción del Estado, para tornar efectivos esos principios y garantías constitucionales y evitar los abusos del poder penal<sup>21</sup>.

En la actualidad, como consecuencia de la evolución producida a partir de la reforma procesal penal del siglo XIX, el imputado es sujeto indiscutido *del procedimiento*. Como tal, está dotado de una serie de derechos autónomos que regulan su situación y participación en el proceso —cuya inobservancia puede llevar, incluso, a la revocación de la sentencia—<sup>22</sup>. El reconocimiento de la calidad de sujeto del imputado ha constituido uno de los cambios más importantes pues, como es sabido, en el proceso inquisitivo al acusado no se le reconocía la condición de sujeto procesal y se encontraba indefenso en manos de la persecución penal estatal, él era únicamente objeto de la investigación, sin respeto alguno por su persona y su dignidad<sup>23</sup>. En palabras de Maier, el imputado pasó de ser un *inquirido* a ocupar y desarrollar el papel de un *partícipe*, con poder para conformar el procedimiento junto a los demás sujetos procesales (básicamente: el acusador y el tribunal) y dentro del margen que la ley prevé<sup>24</sup>.

Es así como junto a todos los derechos que le asisten para resistir la imputación, el imputado es también *objeto del procedimiento*, de dos maneras distintas. Por un lado, es la persona que sufre la persecución penal y resulta así considerado *objeto de la investigación* y, por otro, como hemos visto, es *centro de medidas de coerción* que la mayoría de las veces

significan una injerencia muy grave en las libertades y derechos fundamentales concedidos a todo habitante en un Estado de Derecho<sup>25</sup>.

Bajo el primer aspecto, explica Maier, el imputado es objeto de prueba al menos en dos sentidos diferentes: su cuerpo o su persona puede portar, por una parte, rastros o señales físicos importantes para la investigación del hecho imputado; y también es posible el rastreo de su personalidad y de su historia para decidir aspectos tales como la capacidad de culpabilidad y la medida de ella, en tanto influya sobre la individualización de la pena. Los ejemplos que brinda Maier de la primera de las formas son: la investigación de alcohol en la sangre, para determinar el grado de ebriedad al conducir; la extracción de un proyectil de su cuerpo, para verificar o descartar una agresión; la determinación de una lesión o de su gravedad, con el mismo u otro objeto; la biopsia sobre tejido cutáneo, para determinar las características de una lesión; el examen de la superficie de la mano, para verificar la deflagración de pólvora de un arma de fuego; el mismo reconocimiento en rueda de personas por su fisonomía y características corpóreas; su escritura con fines de cotejo por peritos calígrafos; y –lo que nos ocupa hoy– la moderna determinación del origen biológico según la prueba de ADN<sup>26</sup>.

Tampoco aquí el principio de inocencia, a pesar de algunas opiniones en este sentido<sup>27</sup>, permite afirmar lo contrario. Hemos dicho ya que como contrapartida del deber estatal de perseguir la comisión de hechos punibles y de aplicar la ley penal, se exige al imputado tolerar el proceso y someterse a él. Claro que goza de un estado jurídico de inocencia y que son los órganos de la persecución penal quienes deben “destruir” ese estado de inocencia construido de antemano por la ley. Es decir que el esfuerzo tendiente a demostrar la responsabilidad penal corresponde al Estado, por medio de sus órganos autorizados, quienes también tienen el deber de investigar las circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad que el imputado invoque en su favor<sup>28</sup>. Sin embargo, de allí a afirmar que el Estado deba prescindir absolutamente del imputado, de su cuerpo como objeto de inspección y examen, y de cualquier rastro o elemento que porte en su cuerpo cuando él no preste su conformidad

existe un salto importante que niega, en definitiva, la posibilidad de exigir al imputado que tolere la realización del proceso penal. Y esto no significa dejarlo indefenso en manos de la persecución penal estatal, considerándolo únicamente un objeto de la investigación, sin respeto alguno por su persona y su dignidad, tal como sucedía en el procedimiento inquisitivo. Por el contrario, existe una diferencia fundamental, señalada ya por Peters, entre la prueba objetiva y la prueba *personal* objetiva. La prueba personal objetiva, al igual que la prueba personal subjetiva, está sujeta a las limitaciones impuestas por la dignidad humana y la adecuación personal. Esto último es importante, según señala este autor, para determinar la admisibilidad de los métodos probatorios personales en relación con el fin, el medio y la relación medio-fin<sup>29</sup>. Por lo demás, constituya una diferencia fundamental con el procedimiento inquisitivo<sup>30</sup>.

Por estas razones, considero que la postura analizada no logra dar argumentos suficientes para fundar de forma adecuada una comprensión amplia del *nemo tenetur* que prohíba no sólo valorar toda declaración autoincriminante no voluntaria del imputado, sino que, además, excluya la posibilidad de que el imputado sea objeto obligado de la inspección corporal o mental y de los exámenes con fines probatorios practicados sobre su cuerpo (tales como la obtención de ADN o la extracción de sangre), por ser portador material del elemento probatorio que se pretende introducir al proceso.

## VII. Obtención de ADN y terceros no imputados

Llegado a este punto, y por razones de tiempo, sólo puedo realizar unas breves consideraciones sobre la situación de terceros no imputados y las extracciones de sangre (caso “Vázquez Ferrá, Evelyn”, CSJN) o de muestras de ADN (caso “Prieto”, CSJN), que sin embargo espero que puedan ser útiles para la discusión. En la causa “Vázquez Ferrá”, en lo que aquí interesa, la recurrente alegó que la orden de extracción compulsiva de sangre configuraba una lesión a la ley procesal que la autorizaba a negar su testimonio contra miembros de su núcleo familiar cuando de él pudiera derivar una prueba de cargo. En el caso “Prieto” el recurrente

sostuvo que la orden de extracción compulsiva de material biológico lesiona disposiciones constitucionales y legales al disponerse en contra de su voluntad, obligándolo a aceptar su cuerpo como posible prueba en contra de quienes considera sus padres<sup>31</sup>. Y en la causa “Vázquez Ferrá” incluso la Corte ha afirmado que las normas procesales que inhiben el testimonio de parientes próximos del imputado también impiden utilizar el cuerpo de estas personas para la obtención de pruebas incriminatorias<sup>32</sup>. Sin embargo, no comparto estas afirmaciones porque no encuentro razones que permitan extender los principios que rigen el testimonio de parientes próximos del imputado a medidas como la extracción de sangre o la obtención de ADN.

Se suele afirmar que las previsiones de los artículos 242 y 243, CPPN (que establecen la prohibición de declarar y la facultad de abstención de parientes próximos) responden a la protección de la unidad familiar o al resguardo de cierto núcleo afectivo o familiar. Pero, por otro lado, entiendo que esas previsiones también constituyen otro de los resguardos legales para tender a la vigencia efectiva del principio *nemo tenetur* que asiste al imputado en el proceso. En efecto, de qué serviría afirmar que él no puede ser obligado a declarar contra sí mismo si, de todos modos, fuera posible obligar a declarar a su cónyuge, por ejemplo. Y en este punto, descartada una interpretación amplia del principio que identifique su ámbito de protección más allá de la declaración del imputado (tal cual yo lo entiendo), no existe un fundamento constitucional basado en el *nemo tenetur* que obligue a extender las previsiones de los artículos 242 y 243 a las pruebas de sangre o de ADN. Claro que subsiste el otro argumento, el de la protección de cierto núcleo afectivo o familiar, que podría ameritar la extensión de aquellas previsiones a la extracción de sangre o de una muestra de ADN<sup>33</sup>, pero se trata en definitiva de una cuestión de política jurídica que corresponde decidir al legislador<sup>34</sup>. Por tanto, mientras no esté previsto legalmente no considero que haya razones para extenderlas.



## NOTAS

- 1- Cafferata Nores, José I., *La prueba en el proceso penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, 2ª. ed., p. 30.
- 2- Cf. Cafferata Nores, José I., *Medidas de coerción en el nuevo código procesal penal de la Nación (ley 23.984)*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992, ps. 7 y siguientes.
- 3- Cf., por todos, Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal (DPP)*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. I, 2ffi ed., 1996, p. 675; y t. II, 2003, p. 242 y siguiente.
- 4- Cf., por todos, Sautter, Bruno, "Die Pflicht zur Duldung von Körperuntersuchungen nach § 372 a ZPO. Zugleich ein Beitrag zur Verfassungsmäßigkeit des § 81 a StPO", en *Archiv für die civilistische Praxis*, Ed. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1962, t. 161, p. 249.
- 5- Así Rogall, Klaus, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, Ed. Duncker & Humblot, Berlin, 1977, p. 158.
- 6- Sautter, "Die Pflicht zur Duldung von Körperuntersuchungen nach § 372 a ZPO", p. 249.
- 7- Para mayores detalles cf. Sautter, "Die Pflicht zur Duldung von Körperuntersuchungen nach § 372 a ZPO", ps. 244 y ss., quien señala que la constitucionalidad del § 81 a StPO fue puesta en duda ya al momento de la deliberación de la ley en el *Bundestag*. En el mismo sentido Rossmann, Werner, *Die Verfassungsmäßigkeit von körperlichen Eingriffen nach Paragraph 81a StPO*, edición del autor, Tesis doctoral, Würzburg, 1969, ps. 66 y siguientes. También Sax fue muy crítico del § 81 a StPO, al que llegó a comparar con una suerte de "tortura moderna" y consideró que había en este parágrafo una llamativa desproporción con la cuidadosa protección de la libertad de formación de la voluntad y de decisión del imputado (§ 136 a StPO) y con las demás intervenciones coactivas previstas por la ley. Sin embargo, Sax funda la inconstitucionalidad del § 81 a en una lesión de la presunción de inocencia y de la dignidad humana del imputado en favor del interés general en la búsqueda de la verdad (cf. Sax, Walter, "Grundsätze der Strafrechtspflege", en *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte* [comp. por Betterman, Nipperdey y Scheuner], Ed. Duncker & Humblot, Berlin, 1959, t. III, vol. 2, en especial ps. 983 y ss., y p. 986). Más recientemente, en relación con la admisibilidad del análisis genético en el proceso penal, algunos autores han vuelto a atacar la constitucionalidad del § 81 a StPO de cara a la libertad de autoincrimi-

nación (entre ellos, Rademacher, Christine, *Die Zulässigkeit genetischer Analysemethoden im Strafverfahren*, edición del autor, Tesis doctoral, Frankfurt a. M., 1992, ps. 113 y ss., en especial p. 116; y Kopf, Verena, *Selbstbelastungsfreiheit und Genomanalysen im Strafverfahren*, Ed. Schaker, Aachen, 1999, ps. 158 y siguientes). Sobre el análisis genético en general cf. Gössel, Karl Heinz, “Gentechnische Untersuchungen als Gegenstand der Beweisführung im Strafverfahren”, en AA.VV. (comp. por Klaus Geppert y Diether Dehnicke), *Gedächtnisschrift für Karl Heinz Meyer*, Ed. Walter de Gruyter, Berlin, 1990, ps. 121 y siguientes.

- 8- Así, Bidart Campos, quien en un breve comentario a fallo se pronuncia, en forma tan escueta como firme, en contra del sometimiento no voluntario del imputado a una prueba de grabación de su voz para cotejarla con una grabación anterior, lo que traslada al sometimiento a pericias psiquiátricas, corporales y, en definitiva, a toda prueba que deba realizarse en o sobre el cuerpo o la mente del procesado (cf. Bidart Campos, Germán J., “¿Formas inconstitucionales de autoinculpación?”, comentario a fallo publicado en *El Derecho*, t. 137 (1990), ps. 341 y siguiente). También el juez Schiffrin, al examinar la legitimidad de una orden judicial que disponía la obtención de fotografías y huellas dactilares del imputado, siguiendo en forma expresa a Bidart Campos y a Sax, concluye que “en ningún caso puede obtenerse prueba en contra del imputado que exija la utilización de la dimensión corpórea de éste, 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” (cf. su voto en la sentencia dictada por la Cámara Federal de La Plata, Sala Penal II, de fecha 13/06/1996, en el expte. n° 16635, “Valdéz, Francisco Andrés s/ inf. art. 292 y art. 33, inc. c, ley 20.974”). Cf. también el recurso de la defensa presentado ante la CSJN en el caso H.G.S. y otro, donde se invocó que la extracción de sangre al imputado ordenada en la causa vulneraba, entre otras, la cláusula de incoercibilidad del art. 18 de la CN (Fallos: 318:2518). Carlos Nino, según informa Julio Maier en una entrevista realizada por la Revista Lecciones y Ensayos ([http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/pub\\_lye\\_entrevista\\_maier.php](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/pub_lye_entrevista_maier.php)) participaba también de la idea de que el *nemo tenetur* protege al imputado de verse obligado a suministrar cualquier tipo de elemento probatorio que lo incrimine y no sólo a declarar contra sí mismo. Crítico al respecto De Luca, Javier Augusto, “Las medidas de prueba en la búsqueda de los jóvenes apropiados y su constitucionalidad”, en AA.VV., *Violaciones a los derechos humanos frente a*

los derechos a la verdad e identidad. 3er Coloquio interdisciplinario de Abuelas de Plaza de Mayo, Ed. por Abuelas de Plaza de Mayo, 2006, ps. 223 y ss., en especial ps. 225 y ss., quien se ocupa de las medidas probatorias realizadas sobre el cuerpo de imputados, víctimas y testigos, también a partir del discutido caso “Vázquez Ferrá, Evelyn Karina s/incidente de apelación”, resuelto por la CSJN el 30/09/2003 (Fallos: 326:3758), aunque en este caso se trataba de una extracción de sangre a la víctima del delito, no al imputado. Sobre el caso “Vázquez Ferrá” cf. también el comentario de Guariglia, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, ps. 201 y ss.; y Anitua, Gabriel Ignacio, “Las medidas de prueba en la búsqueda de los jóvenes apropiados y su constitucionalidad”, en AA.VV., *Violaciones a los derechos humanos frente a los derechos a la verdad e identidad. 3er Coloquio interdisciplinario de Abuelas de Plaza de Mayo*, Ed. por Abuelas de Plaza de Mayo, 2006, ps. 210 y siguientes.

- 9- El hecho de que el imputado pueda sustraerse a la presencia en la audiencia del debate no significa dejar librado a su voluntad su sometimiento al proceso, pues en ese supuesto él es obligado a permanecer custodiado en una sala próxima (“será custodiado en una sala próxima”, según la ley) y puede ser obligado a comparecer personalmente en la audiencia (“podrá ser compelido a la audiencia por la fuerza pública”) para la realización de aquellos actos en los que resulta indispensable su presencia personal, por ej., apertura del debate, declaración del imputado, ampliación de la acusación y cuando fuere necesario practicar su reconocimiento (cf. CPP Nación, art. 366).
- 10- Maier, *DPP*, t. II, p. 243. En sentido similar De Luca, “Las medidas de prueba en la búsqueda de los jóvenes apropiados y su constitucionalidad”, punto 2, B, ps. 225 y siguientes.
- 11- Sautter, “Die Pflicht zur Duldung von Körperuntersuchungen nach § 372 a ZPO”, p. 250.
- 12- Sautter, “Die Pflicht zur Duldung von Körperuntersuchungen nach § 372 a ZPO”, ps. 253 y siguiente.
- 13- Así Weßlau, Edda, “Zwang, Täuschung und Heimlichkeit im Strafverfahren. Über die Mitwirkungsfreiheit des Beschuldigten und deren Grenzen”, en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Ed. De Gruyter, Berlin-New York, t. 110, 1998, ps. 30 y s., nota a pie 82.
- 14- Así Reiß, Wolfram, *Besteuerungsverfahren und Strafverfahren. Zugleich ein Beitrag zur*

- Bedeutung des Grundsatzes von nemo tenetur se ipsum prodere im Besteuerungsverfahren*, Ed. Peter Deubner, Köln, 1987, p. 175.
- 15- Cf. Sautter, “Die Pflicht zur Duldung von Körperuntersuchungen nach § 372 a ZPO”, ps. 252 y siguiente.
- 16- Verrel, Torsten, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren. Ein Beitrag zur Konturierung eines überdehnten Verfahrensgrundsatzes*, Ed. Beck, München, 2001, ps. 237 y ss.; y Gössel, “Gentechnische Untersuchungen als Gegenstand der Beweisführung im Strafverfahren”, p. 132, nota a pie n° 23.
- 17- Verrel, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*, p. 238; y Gössel, “Gentechnische Untersuchungen als Gegenstand der Beweisführung im Strafverfahren”, p. 132, nota a pie n° 23.
- 18- Cf. Roxin, Claus, *Derecho procesal penal* (traducción de la 25° edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor), Ed. Del puerto, Buenos Aires, 2000, p. 2.
- 19- Además de la prevención inmediata sobre el hecho concreto que constituye el objeto del procedimiento. Cf. Maier, *DPP*, t. I, 2ª. ed., p. 516.
- 20- Al respecto detalladamente Maier, *DPP*, t. I, 2° ed., ps. 510 y siguientes.
- 21- Sobre estos puntos cf., detalladamente, Maier, *DPP*, t. I, 2ª. ed., ps. 510 y ss.; y Roxin, *Derecho procesal penal*, §§ 1 y 2.
- 22- Sobre el imputado y sus derechos como sujeto del procedimiento cf., entre otros, Maier, *DPP*, t. I, 2ª. ed., § 6 y ss., ps. 469 y ss., y t. II, ps. 240 y ss.; Roxin, *Derecho procesal penal*, ps. 124 y ss.; Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. II, Ed. Lerner, Córdoba (Argentina), 1986, 3ª. ed., 2ª. impresión, ps. 335 y ss.; Peters, Karl, *Strafprozeß*, Ed. C.F. Müller, Karlsruhe, 1966, 2ª. ed., ps. 203 y siguientes.
- 23- Cf. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 98; Maier, *DPP*, t. I, 2ª. ed., p. 288 y ss.; y Henkel, Heinrich, *Strafverfahrensrecht*, Ed. Kohlhammer, Stuttgart, 1968, 2ª. ed., p. 36.
- 24- Maier, *DPP*, t. II, p. 241, resaltado en el original.
- 25- Maier, *DPP*, t. II, ps. 240 y ss.; cf. también Roxin, *Derecho procesal penal*, p. 124, y ps. 208 y ss.; y Lesch, Heiko, *Strafprozessrecht*, Ed. Luchterhand, Neuwied-Kriftel, 2001, 2ª. ed., ps. 117 y s., entre otros.
- 26- Maier, *DPP*, t. II, ps. 241 y siguiente.
- 27- Sax, como ya ha sido dicho, considera que la regla del § 81 a StPO lesiona el principio de inocencia (“Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 986).

- 28- Cf., por todos, Maier, DPP, t. I, 2ª. ed., ps. 490 y ss.; y Cafferata Nores, *La prueba en el proceso penal*, p. 33.
- 29- Cf. Peters, *Strafprozeß*, 2ª. ed., ps. 272 y siguiente.
- 30- En el mismo sentido que Peters también Maier, DPP, t. I, 2ª. ed., p. 288 y ss. y t. II, p. 241; y De Luca, “Las medidas de prueba en la búsqueda de los jóvenes apropiados y su constitucionalidad”, punto 2, p. 223.
- 31- En el anexo se adjunta el Dictamen del Procurador General de la Nación en la causa “Gualtieri Rugnone de Prieto” (12/6/2008). Ver página 211.
- 32- Cf. “Vázquez Ferrá, Evelyn Karina s/incidente de apelación”, resuelto por la CSJN el 30/09/2003 (Fallos: 326:3758).
- 33- En este supuesto, de todos modos cabe recordar que aun los mismos arts. 242 y 243, que prevén la prohibición de declarar y la facultad de abstención para ciertos parientes del imputado, establecen como excepción los supuestos en que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del testigo o de un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el imputado.
- 34- Esto es lo que sucede, por ej., en Alemania, pues la Ordenanza procesal penal establece de forma expresa que las personas distintas al imputado pueden oponerse a las inyecciones o extracciones de sangre por los mismos motivos que pueden denegar el testimonio (§ 81 c, párr. 3º, StPO).



# V- Buscando ADN. Cuestiones procesales en torno a las nuevas medidas de prueba

## Exposición de Fabricio Guariglia

### **Fabricio Guariglia**

Fabricio Guariglia es abogado, graduado de la Universidad de Buenos Aires, y Doctor en Derecho de la Universidad de Münster. Actualmente se desempeña como abogado senior de apelaciones en la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Obtuvo el premio “Doctrina Penal” para Jóvenes Juristas por su trabajo “Facultades Discrecionales del Ministerio Público e Investigación Preparatoria: El Principio de Oportunidad”. Trabajó en el diseño de la implementación del Proyecto del Código Procesal de la Nación de 1986 en Argentina (1989) y fue asesor de la Dirección de Política Criminal del Ministerio de Justicia de dicho país. Participó en el proceso de negociación del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Se desempeñó como oficial legal en la Oficina de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), siendo posteriormente nombrado abogado de apelaciones en la sección de apelaciones de esa Fiscalía. Es también profesor adjunto de derecho penal y procesal penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue académico visitante de derecho penal internacional y derecho internacional en London School of Economics, y profesor invitado en la Universidad de Münster.

En primer lugar quisiera agradecer enormemente a Abuelas el placer y el honor de ser invitado por una organización por la cual tengo semejante nivel de respeto y admiración por el trabajo que vienen haciendo sin cesar desde años, por darme la oportunidad de estar con mi querido maestro

Julio Maier y con Gabriela Córdoba discutiendo estas cuestiones.

Cuestiones que son, como quedó claro, para nada simples, sino que tienen un nivel de complejidad bastante importante, y donde los planos normativos y valorativos se entrecruzan todo el tiempo. Por lo cual, cualquier solución que uno termine adoptando siempre le va a caer mal a alguien. Y por alguien siempre va a ser visto como algo inadecuado, como algo que no satisface los fines que debe alcanzar el procedimiento penal o universos de derechos superiores que trascienden el marco del propio procedimiento.

Llevo muchos años afuera de la Argentina, trabajando en cuestiones de derecho penal internacional, y cuando me uní a la Fiscalía para la ex Yugoslavia, justo al poco tiempo de llegar, hubo un gran escándalo porque la Fiscalía le confesó al Tribunal, a los jueces, en un caso muy importante que habíamos tenido de violación utilizada como medio para torturar a una víctima para sacarle información, que había incumplido con su deber de trasladarle al imputado prueba exculpatoria, que en este caso concreto era el legajo psiquiátrico de la única testigo de cargo y que en realidad era la víctima de la violación. Y la víctima de la violación sufría un caso claro de síndrome postraumático que podía dar pie a una situación de fabulación. Es decir, era probable que la víctima hubiera estado mintiendo en su testimonio y que hubiera estado acusando injustamente a Anto Furundzija de haber sido el interrogador que tomaba nota mientras ella era violada. Esto generó un gran revuelo, en términos, por un lado, de la ética de la Fiscalía, por haber fallado en su deber de detallar las pruebas exculpatorias de semejante envergadura a la defensa, pero, por otro lado, toda la discusión del derecho de señorío de la víctima sobre sus propios legajos médicos, en este caso sobre su legajo psiquiátrico, sobre si básicamente no estábamos infringiendo su derecho a la privacidad al otorgar básicamente a un tercero –por más que fuera el imputado–, prueba que hacía directamente a su fuero íntimo, a su estado mental y a los traumas que le habían causado, las cicatrices psicológicas que le había causado el crimen que había sufrido. Frente a esto, obviamente, existe el derecho del imputado inalienable a contar con la prueba exculpatoria en posesión de la Fis-



calía para poder montar una defensa y existe por otra parte el deber del tribunal de establecer la verdad, el deber ineludible del Tribunal de no permitir, por ejemplo, que se condene a una persona que puede ser inocente. La Fiscalía había fallado en lograr el estado de certeza necesario para fundar una sentencia de condena.

Aquí la discusión es qué valor prevalece, cuál es, al final de cuentas, el as de triunfo que termina derrotando a los otros dos. Se trata de una situación donde hay un margen de maniobra para hacer una ponderación de valor, o se trata de lo que los alemanes llamarían una “prohibición de valoración probatoria independiente”, es decir, un ámbito de intimidad de tal magnitud que da igual que el Estado acceda a esa prueba bien o mal, es invalorable en juicio. Porque valorarla en juicio infligiría derechos en realidad extraprocesales, que no se vinculan con el procedimiento penal pero sí con el fuero íntimo de la persona en cuestión, sea el imputado o sea un tercero.

Años después de esa situación ya había terminado mi tesis doctoral y cuando la preparaba para la impresión, sale el fallo “Vázquez Ferrá”. Y digo “Vázquez Ferrá” y un escozor, un sudor frío me corre por la espalda, y me digo: “¡Dios mío, qué pasó acá!”. Si bien se debió a una composición de la Corte felizmente superada, de todos modos, el caso “Vázquez Ferrá” también presentaba tensiones similares e interrogantes profundos sobre qué valor prevalecía, era un caso de intimidad, no era un caso de intimidad, era un caso de derecho de no declarar contra un pariente próximo, era una extensión del *nemo tenetur*, es decir que por lo pronto había una gran confusión acerca de qué principios estaban en juego.

Esto me llevó a dos conclusiones provisionales, más bien banales. La primera es que la tensión entre la finalidad del esclarecimiento de los hechos y la privacidad es continua en el ámbito del derecho penal. Siempre vamos a tener ahí una relación de tensión dialéctica donde habrá que ver, por un lado, si prevalecen ciertos valores inherentes a un ámbito de privacidad –defino privacidad en sentido amplio, más bien profano–, si le damos a los individuos el valor de cerrarle la tranca al procedimiento penal y decir “ustedes aquí no entran”, aún cuando haya que sacrificar

los objetivos primordiales del procedimiento penal de la búsqueda de la verdad histórica; o bien, si vamos a privilegiar los fines de establecimiento de la verdad y vamos a obligar a las personas a recortar parcelas de esa libertad o privacidad en sentido amplio.

Otro aspecto interesante de lo que daban cuenta tanto la discusión en el Tribunal Penal de la ex Yugoslavia como en el caso “Vázquez Ferrá”, es que el ámbito de la privacidad se parece al mapa de África en el siglo XIX, hay partes que conocemos más o menos bien, ciertos territorios que intuimos y otros territorios que desconocemos. En otras palabras, la privacidad y la afectación de la privacidad son entes más bien dinámicos y siempre estamos legislando para el día de ayer. Cuando legislamos la intercepción de los correos electrónicos aparece el SMS, cuando empezamos a lidiar con el SMS aparece cualquier otra cosa... Dentro de poco tendremos el encuentro virtual y el legislador siempre va dando zancadas y siempre la discusión es ¿qué prevalece aquí? ¿Cuál es el ámbito de privacidad del que estamos hablando y cuáles son sus límites? Siempre estamos navegando en aguas no del todo claras, no del todo marcadas en las cartas de navegación. Y muchas veces, aparte, nos enfrentamos a cuestiones valorativas, que frente a una serie de intereses que en el fondo no podemos determinar cuál es el que vale más.

En Argentina las cosas empeoran, como dijo Julio Maier con su claridad habitual, por la espantosa orfandad normativa en que nos movemos y por la tradición persistente, obcecada y absolutamente indefendible del legislador argentino de legislar cada vez que se trata de injerencias en la esfera de derechos individuales. El principio de reserva de ley parecería ser que en nuestro país no existe. Es decir que básicamente podemos darle a los jueces carta franca para que vayan creando en el caso concreto, normas de injerencia individual sobre la base del principio de instrucción –y entonces el magistrado piensa: “Yo tengo el deber de esclarecer la verdad así que, a pesar de que el código no me lo permite, a este señor lo voy a agarrar, lo voy a poner patas para arriba, o voy a dejarlo encerrado cuatro días hasta que diga lo que tenga que decir. En casos extremos como éste no lo permitiríamos, pero en los casos de comunicaciones per-

sonales, en casos de acceso a bases de datos, en un caso, por ejemplo, donde a través del sistema de navegación GPS podemos saber la trayectoria de un auto para saber si estuvo en ciertos lugares, cuestiones por el estilo, y todos los días ustedes van a encontrar a un juez, en cualquier lado, inventando una norma de injerencia nueva.

“Vázquez Ferrá” es sintomático, porque la Corte Suprema ni lo ve al problema, ni se detiene dos minutos para preguntarse cuál es el sustento normativo que le hubiera permitido al juez de instrucción, en este caso concreto, ordenar la extracción de sangre a los efectos de desarrollar la prueba genética. Ni se lo pregunta. Y es curioso porque ni se lo pregunta a pesar de que el dictamen del Procurador General, que es muy ilustrado, le da una enorme cantidad de ejemplos de derecho comparado, de normas rigurosas como el parágrafo 81 de la Ordenanza Procesal Alemana donde se dice cómo debe realizarse la extracción de sangre, con orden del juez, etc. Es una pregunta que ni se formulan. Lo cual es muy sintomático de una cierta cultura judicial donde, en realidad, los jueces se erigen en legisladores para el caso concreto, ignorando el contenido democrático del principio de reserva de ley. En definitiva, ignorando nuestro derecho a ir al Congreso y decir “vamos a discutir cómo queremos nosotros que se regule la extracción de sangre y sí se puede realizar y en qué circunstancias”. “Vázquez Ferrá” fue un caso paradigmático en el sentido de demostrar hasta qué punto nuestro más alto tribunal, que tiene que velar por nuestros derechos y básicamente termina siendo la última autoridad en cuestiones de interpretación constitucional, ni se preguntó si era necesario tener un fundamento normativo que autorizara la extracción de sangre en el caso concreto.

La necesidad de reglamentación es una necesidad imperiosa. Indudablemente, en el caso de prueba genética y obtención de ADN, había un vacío normativo enorme, el principio *nulla coactio sine lege* no permite recurrir a la analogía para cubrir esos vacíos normativos. Era una situación en donde básicamente la persecución penal, si uno entiende la situación correctamente, estaba destinada a la parálisis, o sea era un medio de prueba crítico que no se podía obtener por ausencia de un fun-

damento normativo autorizando esto. Así que el proyecto de Abuelas sólo puede ser bienvenido porque básicamente lo que da cuenta es de ese vacío normativo e intenta dar una respuesta positiva.

Analicemos tres o cuatro discusiones generales. En primer lugar, estamos en una situación de afectación de derechos importante. Estamos hablando de afectación de derechos fundamentales, se trate del imputado, se trate de un tercero. ¿Cuáles son? Ahí nuevamente entramos en una discusión más fina, pero por lo pronto lo que dice Julio Maier, el derecho a la personalidad, a la autodeterminación informativa, está indudablemente afectado. Desde una perspectiva más amplia, hay quienes dicen que el derecho a la intimidad o privacidad también está afectado, los argumentos de Maier son correctos en este sentido, la privacidad yo la pondría para otro lado. Pero, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dicho claramente que la extracción compulsiva de sangre afecta la garantía de privacidad y desarrollo de la propia personalidad tal como está establecida en el artículo 8 de la Convención, pero ha dicho que esta afectación es permisible cuando ella es necesaria en el marco de una sociedad democrática o cuando se trata de defender el orden público. Son las dos calificaciones habituales y aquí entra siempre el margen de laxitud para definir cuándo se trata de alguna de estas excepciones. Han dicho, entre otras cosas interesantes, que la utilización de métodos compulsivos para sacar sangre lesiona el principio de privacidad del artículo 8 y no está cubierta por alguna de estas excepciones. Por lo tanto, los que nos manejamos en el ámbito de intereses privados, daría la impresión que no pasamos el estándar de respeto a los derechos humanos en juego. Estaríamos incurriendo en una injerencia en los derechos de un ciudadano que, según parece, no queda cubierta por las excepciones de interés de la sociedad democrática. Lo que estamos haciendo, básicamente, es violar el ámbito de integridad física, personalidad, privacidad o como quiera que llamemos a esa esfera que nos rodea a nosotros como personas y que por lo pronto impide que el policía de la esquina me pueda obligar impunemente a escupir en un tubo de ensayo para ver si estuve consumiendo *cannabis* antes de dar esta charla.

Estamos afectando, en todo caso, derechos importantes, y esto reclama una atención específica y una lupa particular cuando examinamos qué método de regulación es adecuado. ¿Cómo regular? El principio de reserva de ley reclama una determinación clara y específica, porque funciona como el principio de legalidad penal, de algún modo lo que nos permite a nosotros como ciudadanos saber de antemano de qué modo se va a afectar nuestros derechos. Cuando alguien asiste al reconocimiento en rueda, tiene que leer el Código Procesal Penal y entender cómo va a suceder eso, un ciudadano común tiene que entender qué es lo que el Estado puede y no puede hacer en el contexto de ese acto de indagación específico. ¿Y ello qué es lo que reclama? Reclama una norma clara, sencilla, inteligible, precisa, que funde pero que a la vez limite la acción estatal, que opere como norma fundante pero al mismo tiempo diga “usted puede hacerlo de este modo y no puede hacerlo de ningún otro”. Por consiguiente, todas aquellas autorizaciones genéricas, nebulosas, que dicen “a lo que sea útil para los fines de...”, todo eso lesiona el principio de reserva de ley. Porque el principio de reserva de ley lo que hace, en el fondo, es funcionar como norma de clausura, no de apertura. No le da al juez una carta blanca para que haga lo que quiera sino que limita su radio de actuación. Le dice “usted puede moverse dentro de estos parámetros normativos y no mucho más de aquí”. Esto también implica que las modalidades tienen que estar específicamente establecidas. Y dentro de las modalidades también entra lo que se llama la coacción flanqueante, o sea, hay una coacción clara en el sentido de que yo lo pinche a Julio Maier para sacarle un poco de sangre, eso ya de por sí es una intromisión que puede ser que sea insignificante en términos de que Julio, que es un cordobés regio va a soportar el pinchazo sin mayores problemas, pero esto no deja de lado el hecho fundamental de que estamos realizando una injerencia estatal en la persona de Julio. Pero imaginemos que Julio se resiste y empieza a ir de un lado para el otro, con peligro de fuga, ¿cuál es el ámbito de coacción flanqueante autorizado, hasta dónde llegamos para poder establecer el acto procesal concreto? ¿Podemos sujetarlo a Julio? Hasta un punto. ¿Podemos sujetarlo a Julio y atarlo a la silla? Probablemente no. ¿Podemos darle

un sedante a Julio para poder sacarle sangre? Difícil de defender. Pero aquí entra una serie de preguntas acerca de modalidades de ejecución y hasta dónde el Estado, al cual en teoría le autorizamos la coacción estatal, está realmente autorizado. Y en este punto entran consideraciones de proporcionalidad y de racionalidad. Pero hay un punto en el cual el Estado tiene que plantar las armas, un punto en el cual no se puede degradar a esta persona a los efectos de obtener la sangre, por muy crítica y vital que sea la prueba. Estas son también cuestiones que entran dentro del ámbito de cuáles son las modalidades permitidas: quién puede sacar la sangre, cómo se puede sacar la sangre.

Una cuestión posterior, que en Argentina tampoco se le presta demasiada atención, es qué se hace con esa sangre, cómo se la guarda, cuál es la cadena de custodia, qué prueba se establece. Esto tiene que ver con la integridad de la persecución penal, no tanto con los derechos del ciudadano. ¿Cómo se trata posteriormente esa sangre para garantizar la integridad de la prueba que se obtenga? De lo que se trata, en estos casos, es de garantizar un continuo de custodia sobre la prueba que le permita establecer al juzgador al final del día que esa prueba fue obtenida de un modo conforme a la *lex artis*, que no hubo nada que contaminara esa prueba, que en ningún momento el Estado perdió su custodia. Porque no es que la prueba genética, mucho menos la prueba genética de hecho, automáticamente resuelve todos estos casos. No, la prueba genética da un ámbito probabilístico que es muy alto. Si yo, como abogado defensor, puedo demostrar huecos en la cadena de custodia y puedo demostrar que las muestras que se tomaron fueron manejadas de un modo contrario a los protocolos y a la buena praxis generalmente utilizada, y puedo decir “esto implica que estas muestras puedan haber sido contaminadas con elementos orgánicos extraños”, voy bajando el índice probabilístico de esa prueba del 99 por ciento al 50, al 20, al 15, hasta un punto en el cual la prueba pierde toda utilidad. Acá hay una segunda discusión, cómo se trata esa prueba una vez que la obtenemos, qué salvaguardas establecemos en un marco de una cadena de custodia para asegurarnos de que llega a su destino final incólume y que el análisis que se hace de esa prueba es el análisis correcto y necesario.

Después tenemos los demás principios, necesidad y subsidiaridad. Quisiera detenerme en el ámbito de la necesidad porque una línea argumental en “Vázquez Ferrá”, para mí las dos líneas argumentales son profundamente erradas, pero hay una primera línea argumental en “Vázquez Ferrá” que básicamente intenta equiparar la extracción de sangre de una persona distinta al imputado a una declaración testimonial, que Gabriela Córdoba ya ha explicado por qué eso es una interpretación errada. Pero la segunda, que es la línea de Boggiano, y que sostiene que la medida no era necesaria al procedimiento penal porque, en realidad, ya estaba claro que la chica no era hija del apropiador, y que el apropiador había cometido crímenes –y en particular la apropiación de una menor– también estaba claro. Lo único que quedaba era una cuestión de la identidad biológica de la chica. Y dice además, aunque no tan claramente, que eso es una cuestión civil, no es una cuestión que realmente haga al objeto del procedimiento penal, y por lo tanto debía plantearse el caso en un procedimiento civil de emplazamiento de familia donde la chica pudiera defenderse, etc. Entonces, básicamente colocó a la intimidad de esta chica como una barrera infranqueable. Porque al aplicar el principio de proporcionalidad se está diciendo “esa injerencia en la esfera de derecho de Evelyn Vázquez no es necesaria a los efectos de este caso”. Y si no era necesaria es correcta la conclusión. Si realmente no era necesaria, ahí se acaba la discusión, porque básicamente eso es lo que reclama el principio de proporcionalidad, que no vayamos por la vida realizando injerencias innecesarias en la esfera de derechos de los ciudadanos. Nuevamente –y esto creo que es inevitable en el contexto de las pruebas genética y de los casos que trata Abuelas–, hay una superposición indudable entre parcelas del procedimiento civil y el ámbito del derecho expiatorio y cuestiones de procedimiento penal. Sin embargo, esta superposición que puede prestarse a cierta confusión en casos como el de Evelyn Vázquez, no debería confundir a los juzgados. Porque en casos de este tipo, el deber de investigación del Estado por supuesto que llega hasta el punto de determinar si la víctima era la hija de los desaparecidos en cuestión. El Estado tiene un deber de esclarecer todos los aspectos de un hecho puni-

ble. Y en el caso concreto, el hecho punible llegaba hasta la apropiación del menor, menor que había nacido en cautiverio de padres, que habían sido secuestrados. No había modo de segmentar esa parte del hecho punible. Por lo tanto, esto forma parte de los deberes del Estado de investigar y perseguir adecuadamente estos hechos, del derecho a la verdad de las víctimas que no se conforman con el tema de decir “¿dónde están los desaparecidos?”, sino que también, necesariamente, tienen que llegar a la segunda pregunta: “¿Qué pasó con la prole de los desaparecidos? ¿Qué pasó con el hijo de mi hijo?” El caso de Evelyn Vázquez es la pregunta “qué pasó con la hija de mi hijo”, es una pregunta que no podría, de ningún modo, como pretendía Boggiano, desaparecer del procedimiento penal y lanzarse al campo civil, que era lo que él quería hacer.

Lo que hay que evitar en estos casos es dar la imagen de que estamos hablando de dos intereses personales, de algún modo, el de la víctima, el hijo de desaparecidos y el de la familia supérstite. En rigor hay algo de esto, pero de lo que se trata es del deber del Estado de investigar y esclarecer todos los aspectos del hecho. Para ello tiene que recurrir a todos los medios de prueba necesarios y conducentes en el marco de una sociedad democrática, respetuoso de los derechos de los particulares. En este caso concreto hubiera llegado también al tema de tener que determinar la identidad de la joven señala, como parte de sus deberes de esclarecimiento de los hechos.

He notado que en el caso “Prieto” la Procuración General lleva esto un paso más allá identificando al menor con desaparecido. No sé si esto no es llevar las cosas un poco demasiado lejos. Tal vez en estos casos se pueda hacer esa asimilación, porque, por ejemplo, si el bebé fue secuestrado junto con los padres, de hecho el bebé continúa desaparecido ya que no saben en dónde está, no se sabe en qué adulto se ha convertido. En los casos de niños nacidos en cautiverio es más dudoso que se pueda hacer esta equiparación. Pero poco importa porque los deberes de esclarecimiento y de investigación del Estado llegan igual a la determinación de la identidad del menor nacido en cautiverio.

Finalmente, una pregunta que sigue dando vuelta es, supongamos que podemos sacarnos de encima el *nemo tenetur*, ¿qué pasa con los dere-



chos de abstención? Esta es la única pregunta que para mi valía algo en “Vázquez Ferrá”. Sobre todo confrontando el sistema argentino con el sistema alemán, donde los parientes próximos de un imputado pueden oponerse hasta a un allanamiento, tienen un derecho de abstenerse a declarar en contra del imputado pero además tienen una facultad de repeler injerencias estatales en su propio domicilio a los efectos de asegurarse que, por ejemplo, si el imputado dejó las cosas que robó en la caja del padre porque confiaba en su padre, que este padre no se vea obligado a entregarle al Estado las cosas que robó. Nosotros no tenemos una esfera de derechos consagrados por el legislador argentino que sea semejante. Ahí entra, sí, una cuestión valorativa. Abuelas lo explica en la exposición de motivos del proyecto. Más allá de que a uno le parezca bueno o malo, en nuestro caso, con el pasado de la Argentina, cuando aún hoy tenemos una serie de casos de personas que han sido privadas de su derecho a la identidad y tenemos el deber de investigar adecuadamente estos hechos, son todos motivos político criminales lo suficientemente fuertes como para decir que no es conveniente darle derechos de abstención a los parientes próximos. Sería una innovación, podrá ser bueno, podrá ser malo, yo creo que no es conveniente. Tenemos, grosso modo, un sistema que respeta derechos internacionales, que da cierto ámbito de protección a la familia –tal vez, en ciertos aspectos, excesivo–, pero al fin y al cabo estas son situaciones distintas donde países legislan de diferente manera y punto. Hay que aceptar esas diferencias culturales, ninguno es mejor ni peor, tampoco es que todo lo que venga de Alemania es bueno. Funciona así en Alemania, hace mucho tiempo, pero también hay debates sobre si el espectro de facultades que se les ha dado a los familiares no es excesivo.

En cuanto al proyecto de ley de Abuelas yo creo que es bueno, aunque explicitaría un poco más el objeto procesal. A mí estas fórmulas de “cuando sea para constatación de circunstancias de importancia para la investigación” no me satisfacen. A veces, si el imputado era de Boca o de Independiente puede ser una circunstancia de importancia para la investigación, depende de cómo lo entienda el juzgador. Uno debe sentarse

más en lo esencial, es decir, cuando esto termina siendo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos en el caso concreto.

Creo que es poco claro en cuanto a las modalidades, pues no queda explicitado quién está a cargo de realizar el acto específico. Ustedes se refieren, por ejemplo, a “la opinión del experto a cargo de la intervención”, pero ¿han pensado un sistema de reserva de médico o puede hacerlo un enfermero? Porque a partir de aquí, según como se interprete esto, la prueba que van a obtener va a ser válida o inválida. Van a ocurrir situaciones donde el imputado puede decir “no hubo ningún experto, a mi me llevó al Hospital Durand un enfermero que apareció por ahí, que no tiene título, me sacó sangre y se acabó”. Si la idea es establecer un sistema de reserva de médico, que es una interpretación muy posible –se debate en Alemania si el parágrafo 81 realmente hoy sigue teniendo sentido o no con la profesionalización de la enfermería y con el tema de una serie de técnicos que están en condiciones de sacar sangre–, pero en todo caso hay que puntualizarlo en el texto de la ley.

El principio de subsidiariedad está bien. Van a darse situaciones, imagino, donde en el procedimiento penal la extracción de sangre no va a ser necesaria. No es impensable que haya situaciones en donde el imputado admita que el chico es hijo de alguien, que haya pruebas que corroboren que es hijo de ese alguien, y que a los efectos de la certeza que necesita el juzgador no haga falta más, pero lo que queda es la determinación de la filiación, y en esos casos va a ser difícil poder utilizar esto. Se trata de casos muy aislados, en la mayoría de los casos va a haber una gran duda acerca de quién es el menor y cuál es la identidad real. No son casos fáciles, son casos cuya solución siempre deja a alguien muy insatisfecho y en los cuales, aparte, como se dice habitualmente, mentes razonables pueden estar en desacuerdo acerca de cuál es la interpretación correcta. Espero haberles dado algunas ideas.

# DEBATE

**Público:** El Código Procesal Penal de la provincia de Chubut redactado por el profesor Maier regulaba la coacción que se podía ejercer sobre la persona para realizar la medida de extracción de sangre, decía que se lo podía internar un por un máximo de tiempo a tal fin. Esto no está contemplado en el proyecto elaborado por Abuelas. Mi pregunta es si esto puede ser problemático en términos de garantías. ¿Es necesario regular la coacción flanqueante para satisfacer el principio de *nulla coactio sine lege*?

**Fabrizio Guariglia:** En este tipo de ámbito es importante regular la coacción flanqueante, porque es importante que el Estado sepa lo que puede y lo que no puede hacer. Y también es necesario que las personas sepan cuánto tiempo pueden estar detenidas, por ejemplo, para que se les extraiga sangre. La primera vez que tuve un caso con un detenido, era un tipo que no había hecho absolutamente nada, pero contrario a una acordada de la Corte lo largaron, como hacían siempre porque no tenían absolutamente nada, por Comisaría Central, para que hicieran todo el tema de antecedentes y el pobre tipo se comió 72 horas adentro. ¿Por qué? Porque no está regulado en ningún lado cuánto tiempo pueden detener al tipo, por dónde lo tienen que sacar, entonces el Estado en estas cosas lamentablemente abusa. Uno se imagina muy rápidamente que si uno no le dice al Estado “Usted sólo puede detener a este señor por el tiempo imprescindible para que le saquen sangre, que en ningún caso puede exceder equis cantidad de horas y lo tienen que tratar dignamente”, esto termina siendo una nueva incomunicación, te mandamos al Durand y te quedas ahí adentro dos días. Y después aparte te contaminan la prueba, lo peor de esto es que después lo que uno quiere obtener, legítimamente, que es prueba genética importante para la persecución penal termina afectada por a veces la perversidad o a veces la falta total de diligencia de parte del Estado. Entonces estas cosas siempre mejor tenerlas reglamentadas.

**Julio Maier:** No sólo es así sino que está exigido por el principio de *nulla coactio sine lege*. Actualmente, por ejemplo, la policía te pide que

soplés una bolsita para saber si estás conduciendo alcoholizado o estás en buen estado, a mí me gustaría saber qué pasa si no soplo la bolsita, por lo menos que me digan “mire si no sopla la bolsita lamentablemente lo vamos a tener que llevar a la comisaría, ahí una enfermera le va a extraer sangre, demorará dos o tres horas”. Igual que al imputado se le dice “Ud. puede declarar o puede abstenerse de declarar, el hecho de que se abstenga, de que no preste su conformidad no funda ninguna sentencia condenatoria”. Esto también es un derecho de las personas, conocer qué pasa si yo me niego. Eso es lo que hace el derecho, regula esto, y en el caso de los órganos oficiales ésta es la única forma de que sus acciones tengan el valor previsto en la ley. Si no poseen autorización o competencia –se trata de conceptos idénticos para el caso– para proceder de esta manera concedida por la ley, no existe coacción posible jurídicamente, se trata de un acto ilegítimo.

**Gabriela Córdoba:** Yo disiento en parte con lo dicho. En verdad, lo que el principio *nulla coactio sine lege* exige, básicamente, es la autorización legal clara y detallada de toda medida que implique una injerencia en los derechos fundamentales. Pero según la opinión dominante la facultad de realizar la medida principal contiene a la vez, siempre que no se derive algo distinto de la ley, la autorización implícita de llevar a cabo todas las medidas preparatorias y de acompañamiento indispensables para su ejecución, en tanto estas últimas no excedan en intensidad a la injerencia autorizada expresamente. Esto significa, por ejemplo, en el caso de la extracción de sangre o de la obtención de ADN, llevarlo al imputado hasta el lugar donde se va a realizar la medida y mantenerlo privado de su libertad durante el tiempo necesario para ello. Por eso, volviendo a la pregunta, me parece que no regular la coacción flanqueante no lesionaría el *nulla coactio*. Ahora bien, sí comparto con Fabricio que quizás sea mejor hacerlo, porque si bien lo que debería pasar frente a un caso en que a una persona la tienen internada cinco días en un hospital para una extracción de sangre es que un juez debería considerar inválida la medida precisamente por esto, es probable que no ocurra. Entonces me parece que es cierto lo que dice Fabricio, ante la duda, no cuesta nada especi-

ficar que solamente se lo podrá detener durante el tiempo estrictamente necesario para la realización de la medida o establecer el tiempo máximo, como hizo el Dr. Maier en el Código de Chubut.

**Moderador:** Con respecto a esto, el proyecto es una propuesta de Abuelas una reforma de un artículo del Código Procesal Penal donde hemos tratado de tocar lo menos posible, sabiendo que si esto después tiene suerte, pasa por distintas manos donde perdemos absolutamente el control del resultado que eso puede tener. Y se intentó hacer algo que eleve un poco más el estándar de garantías para víctimas y para imputados, pero esperando que el día que en este país haya una reforma penal seria, se regule acabadamente.

**Público:** Yo quería hacer una pregunta en relación con el principio de subsidiaridad y con la existencia de medios alternativos de prueba que mencionaba el Dr. Maier al comentar los allanamientos en el caso “Prieto”. A mí me genera una duda muy grande si la obtención de ADN por medio de un allanamiento o de la obtención de objetos personales, se trata de una medida que implica una injerencia mayor o menor en el ámbito de derechos de la persona. Además, debe tenerse en cuenta que la prueba obtenida a través de estos medios tiene una menor falibilidad, porque no se puede saber con certeza si los objetos secuestrados o el ADN hallado pertenecen a la persona que se pretende, lo cual puede generar otras cuestiones complejas en términos de idoneidad de la medida, ¿ustedes cómo lo ven?

**Julio Maier:** Si me permitís, uno de los principios lo dijo Fabricio, es el de la necesidad, es decir, nadie puede investigar por el solo hecho de investigar. Esté yo o no conforme con toda la descripción de la necesidad que expresó Fabricio, de todas formas hay algún principio que dice “esto tiene que ser necesario para conocer la verdad”.

Pero hay también otro principio, que es el de la mínima injerencia posible. Esto implica que no es posible, por ejemplo, sacarle cinco litros de sangre a una persona si con medio centímetro cúbico alcanza. Eso sería algo parecido a lo que hacía la policía cuando tenía la posibilidad de detener a las personas por averiguación de antecedentes. Yo tuve un caso

en el que habían detenido, a los diez minutos de haber salido de un hotel alojamiento, a una pareja que habían estado casados y luego se habían separado. Ellos pudieron probar su identidad en el acto, pero el policía los dejó 24 horas detenidos, plazo máximo que, en ese entonces, contenía la ley, como si fuera titular de un poder penal, a pesar de que había comprobado la identidad en el momento, cuando mucho una hora después cuando llegó el cuadernillo o el prontuario policial. Eso es lo que uno no puede hacer: utilizar la fuerza pública para un fin distinto al concebido por la ley. Claro es que existen casos que nos pueden dejar cierta duda. Pero yo diría que si el individuo se opone y hay que decidir la utilización de coacción entre introducirle un hisopo en la boca o extraerle medio litro de sangre, prefiero usar un hisopo.

Pero todo esto es hablar en el aire, porque la ley no dice nada ni se ocupa del problema directamente. El proyecto de Abuelas expresa algo sobre el particular, pero hasta ahora nadie se ha ocupado de convertirlo en ley. Inclusive, les soy sincero, yo soy autor de varios proyectos y en muchos de ellos no me he ocupado de tratar la prueba con toda la prolijidad que es absolutamente imprescindible, quizá confundido por la regla de la libertad probatoria: “todo se puede probar y de cualquier manera”. Francamente es difícil funcionar en un sistema que apela sólo a la voluntad del juez, a los mejores o peores argumentos que pueda dar en un caso particular. Y esto es justicia de Cadí, no justicia de la ley. La justicia de Cadí fue en algunas ocasiones muy perfecta, todos aplaudimos cuando leemos los círculos de tiza de Brecht, todos aplaudimos la entrega a la madre que le ha soltado el brazo al niño, pero ello no quiere decir que hoy, culturalmente, aplaudamos el hecho de que un juez aplique un método de justicia inventado por él; eso ya no gusta. Entonces, el problema reside en que, en el Estado de derecho, las autorizaciones legales para el ejercicio de la fuerza por parte de los funcionarios estatales deben ser muy precisas. Nosotros, en cambio, tenemos cláusulas genéricas que hablan sobre cosas que no podemos definir muy claramente. Son, como dijo Fabricio, más bien reglas de autorizaciones abiertas que cláusulas de cerramiento que limitan la posibilidad del funcionario de realizar ciertas acciones.

**Fabrizio Guariglia:** La pregunta es importante, porque está planteando que en el fondo, si sigo la ruta del allanamiento, se están lesionando igualmente otros derechos, básicamente el derecho a la intimidad pero desde otra vía, y además puedo producir prueba de más baja calidad.

Yo creo, en primer lugar, que se trata de una cuestión de ponderación en cada caso concreto. Tradicionalmente, injerencias en el cuerpo de las personas son vistas como las más graves, y comparativamente el domicilio es visto como un ámbito más *soft* en términos de protección. Constitucionalmente hablando, el constituyente en Argentina ya admite la posibilidad de injerencias regladas en el domicilio, mientras que el cuerpo del imputado, según la tradición ligada al procedimiento penal, se trata de no tocarlo mientras se pueda evitar. Creo que esto es el punto de partida.

En segundo lugar, el principio de proporcionalidad también reclama que la prueba sea adecuada, porque tampoco es posible estar allanando el domicilio de una persona si uno cree desde el inicio que las posibilidades reales de obtener prueba fiable son muy bajas. La cuestión ahí se plantea no tanto por el tema del éxito de la persecución penal, sino porque tampoco el domicilio puede ser afectado por cualquier cosa. No puedo ir a la pesca a ver si consigo alguna prenda íntima que todavía pueda ser utilizada para la pericia. Tiene que ser algo más razonable, básicamente, que desde el inicio se pueda decir hay buenas posibilidades de conseguir algo que pueda ser usado como prueba.

A partir de ahí, lo que queda es una cuestión de prueba en el caso concreto, tal vez haya que completar el cuadro probatorio. Cuando uno hace una prueba genética sobre la base del pelo que obtuvo en el peine, quizás le haga falta alguna prueba más para llegar al grado de certeza requerido. Pero yo creo que en el fondo, si desde el inicio se puede decir que partir de la obtención de objetos personales podemos llegar a un resultado muy parecido, es menos agresivo para el imputado e indudablemente creo que tiene que ser preferido.

**Público:** A mí me interesa hacer una pregunta, o mejor dicho, traer a colación una cuestión relacionada con el ADN, que no tiene que ver tanto con las exigencias para su obtención, sino más bien con qué se puede

hacer con esa información, puntualmente si se la puede archivar en un banco de datos genéticos y utilizarla en investigaciones penales.

**Julio Maier:** Esto me hace pensar en una entrevista curiosa que sólo cuento como anécdota. No sólo los abogados de Abuelas me han consultado por el ADN sino, graciosamente, también dentro de la ciudad de Buenos Aires, algunos legisladores me pidieron una entrevista precisamente sobre el mismo tema. Yo no entendía para qué me la pedían, porque el legislador que me la pedía era claramente de un partido ubicado a la derecha del espectro político de la Ciudad. Cuando vi que los dos intereses coincidían les informé a los legisladores que también estaba Abuelas de Plaza de Mayo bregando por este tema en el orden nacional. Y esto es cierto, por distintas razones, unos por razones de seguridad y otros por defender el interés de Abuelas en averiguar la verdad y encontrar a sus nietos desaparecidos. Lo cierto es que hoy parecen encontrarse estas situaciones en un punto en que todos están interesados en que ello sea regulado jurídicamente. El problema grave es qué deseamos hacer con los datos, si lo que hacemos se relaciona con una investigación en un caso particular o vamos a inventar un banco de datos. El meollo de la discusión futura va a ser, creo yo, acerca de la permisibilidad del registro de estos datos. A lo mejor, por qué no, nos paramos en la mitad y decimos sí al banco de datos, pero sólo reducido a tales y cuales personas, por ejemplo, a los condenados por ciertos delitos graves.

**Fabricio Guariglia:** De hecho hay una discusión ahora muy fuerte en Gran Bretaña sobre hasta dónde se lleva el tema del procesamiento y recopilación de prueba genética. Hace poco un juez inglés muy libertario dijo, al estilo Vucetich, “pongamos todos nuestra huella genética, porque lo que está pasando ahora es estigmatizante. Tenemos solamente a un grupo, que son aquellos a quienes la policía les saca prueba genética y estos pasan a un banco de sospechosos habituales. Esto está mal. Vamos a hacer esto: Todo el mundo, señores, hagan la fila, le sacamos sangre a todos y todos tenemos nuestros datos genéticos registrados y ya está”. Esto, como se imaginarán, ha generado una reacción horrorizada en un ámbito de la sociedad que es muy celosa en su derecho a la privacidad.



Además, aquí entra otra cuestión, el derecho a la autodeterminación informativa. En Alemania este derecho nace con la ley de censos. No nace por una cuestión de procedimiento penal, nace por la obligación de darle al Estado federal datos sensibles de la propia personalidad, a partir de los cuales se puede establecer perfiles, por ejemplo. Y a partir de allí una sentencia seminal dijo “cuidado, acá hay un derecho de los individuos sobre su propiedad”. De ahí se derivó luego este señorío sobre los datos genéticos.

**Julio Maier:** Yo quiero hacer una pregunta para Fabricio. Me enteré ahora, porque ya no me dedico a estas cosas, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos presenta dos condiciones para la realización de esta medida. Una, la necesidad para el Estado democrático de Derecho; y la segunda ¿cuál es?

**Fabricio Guariglia:** Que sea necesario para el orden público.

**Julio Maier:** El orden público. Fabricio deja de lado, así, el orden privado. Yo en el acto volví sobre mi pregunta extraída del derecho civil. Creo algo ridículo el hecho de tener por padre a una persona, porque no ha querido someterse a la prueba de ADN, “indicio” de su paternidad, que la ley civil funda solamente en el vínculo biológico. Me parece que no se puede trastocar la génesis de una institución y el fin al que ella responde, como es la maternidad o la paternidad, mediante un artilugio tal como “si te opones, entonces tengo un indicio” que corrobora tu paternidad. Sin embargo, eso es lo que ha dicho toda la jurisprudencia y los autores. Yo menciono una larga lista de más de una página, todos los que yo encontré, y parecen ser pocos, que están totalmente a favor de esta solución. Por supuesto la gran mayoría viene del derecho privado, pero también hay penalistas entre ellos. Ridículo es también que me condenen por una contravención de manejar alcoholizado por el hecho de no soplar y se dé como fundamento válido: “Ud. crea un indicio de que estaba alcoholizado”. ¿Cómo sabe quien condena que estaba alcoholizado? Se trastoca así el sentido de la propia institución. La paternidad, la maternidad, si dejamos fuera la adopción, tiene base biológica indiscutible. Decirle a una persona “sos padre porque te negaste a dar una prueba de

sangre” resulta realmente un absurdo. De tal manera que, aún en los pleitos privados, si el fulano está legitimado a conocer la verdad y me reclama a mí que quiere conocer la verdad, por ejemplo el hijo que plantea una acción de paternidad, pues me parece totalmente legítimo que se intente buscar esa verdad. Lo que pasa en derecho privado, a diferencia del derecho público, es que esta persona puede desistir de encontrar la verdad en el medio del camino, y con esto inhibe la continuación del proceso, porque no buscamos la verdad porque haga al orden público. Ello no quita que tengamos la necesidad de dar una respuesta real ante un fulano que quiere conocer la verdad.

Vamos a ponerlo en un ejemplo actual para no andar por caminos oblicuos. Pongamos el caso de una abuela que está legitimada para tratar de buscar a su nieto. Aunque esta legitimación puede discutirse, vamos a suponer que respondemos sí, la abuela, a falta de los padres que han desaparecido o han fallecido, está legitimada a conocer la verdad de quién es su nieto: yo no creo que exista diferencia alguna con el orden público. El orden privado también debe contemplar estos casos y las medidas que son posibles en estos casos.

**Fabricio Guariglia:** Yo no defiendo la jurisprudencia de la Corte Europea. Noto, simplemente, que la Corte Europea ha dicho que en el ámbito de juicios de filiación, por ejemplo, la extracción compulsiva de sangre no es admisible, porque no resiste el estándar de constitucionalidad dentro del ámbito de la Convención. Pero creo que parte lo que usted dice es acertado. Yo de derecho privado no sé demasiado, pero sería un tanto curioso que uno pueda tener una ficción en el ámbito del procedimiento privado que no sería admisible en el ámbito del procedimiento penal. Así, por ejemplo, después de declarar una paternidad fundada en una ficción, se podría imaginar un homicidio agravado por el vínculo, aunque este vínculo fue creado por el Estado normativamente, lo cual es curioso. Pero creo que en el fondo esto es lo que campeaba la decisión de Boggiano en su voto en el caso “Vázquez Ferrá”, donde se remitía de algún modo al ámbito civil. En el ámbito civil, ya sea a través de la paternidad ficta o por cualquier otra situación, esto se resuelve. Le estaba diciendo

básicamente a la familia supérstite “vayan a pelearlo allá, en el contexto de un juicio civil de emplazamiento de estado, que ahí lo ganan. Acá no, porque tenemos que sacar sangre y es un problema”. Capaz que eso era lo que estaba pensando este señor, aunque no lo tengo demasiado claro.

Pero creo que lo que usted dice es cierto, quizá es preferible volver el procedimiento civil un poco más coactivo en ciertos ámbitos, en lugar de crear esta ficción. Pero esto de alguna manera se tiene que resolver, porque si no lo que tenemos es una persona que queda en un estado de indefensión. El chico o la chica que quiere reclamar a su padre que lo reconozca y no tiene cómo hacerlo.

**Público:** Una pregunta concreta, ¿cómo se resuelve, según su opinión, el conflicto que se plantea en estos casos, a partir de la omisión de regulación legal de la medida de obtención de ADN y la obligación del Estado de esclarecer y juzgar los delitos de lesa humanidad como el de sustracción de menores hijos de desaparecidos? En estos casos hay una vasta jurisprudencia de la Corte Interamericana que dice que no se pueden admitir obstáculos internos, ni normativos ni fácticos, para evadir el cumplimiento de las obligaciones del Estado de perseguir y juzgar a los responsables.

**Fabrizio Guariglia:** Es una vieja regla del derecho internacional, no solamente de la Corte Interamericana, que el Estado no puede escudarse en obstáculos de derecho interno a los efectos de incumplir sus obligaciones internacionales. Esto vale para la Convención de los Derechos del Mar hasta las convenciones de derechos humanos. Básicamente es una regla universal.

Pero ¿qué está pasando en estos casos? Creo que uno tiene que decir, en un momento determinado, que el Estado argentino tiene responsabilidad internacional porque no tiene las herramientas adecuadas para investigar penalmente en forma lozana estos hechos. Y esto es una responsabilidad directa del Congreso. Los señores legisladores, con su inacción, están haciendo que incurramos en responsabilidad internacional. Porque lo que no se puede hacer es violentar otras normas internacionales de derechos humanos y otras normas de derecho constitucional, y darles a

los jueces la posibilidad de legislar y crear una norma de injerencia en cada caso concreto para cumplir con el deber de investigar estos crímenes.

Yo me pregunto qué hubiera sido si la Corte en el caso “Vázquez Ferrá” hubiera dicho “no podemos hacer nada porque no hay una norma de injerencia que nos permita hacer esto. Señores legisladores pónganse a trabajar porque están creando la responsabilidad internacional del Estado, hagan su trabajo y legislen”. Tal vez ahora ya tendríamos un proyecto como el de Abuelas aprobado o algún otro parecido. Pero en lugar de eso buscamos la trampita de tal artículo en conjunción con tal otro y con alguna cosita más creamos una entelequia. Es decir, lo atamos con alambre a ver si tiramos unos kilómetros más. Pero en algún momento la realidad nos alcanza.

**Julio Maier:** Dentro de ciertos límites, Gabriela también advirtió antes que a veces se puede inferir la admisibilidad del método de prueba, también de ciertos procedimientos coactivos menores, mínimos, de las reglas existentes. Pero lo cierto es que el Estado tiene una baja calidad respecto del Estado de derecho, porque no tiene reglas precisas, y son los jueces los que al final nos están diciendo qué acciones son permitidas y qué acciones no pueden ser permitidas, qué elementos de prueba pueden ser valorados y qué elementos no pueden ser valorados. Ese Estado es de una baja calidad en el sentido del Estado de derecho.

**Público:** En este sentido, a mí me gustaría saber qué opinan ustedes de los medios alternativos que se han utilizado en algunos casos para obtener ADN, como los allanamientos. ¿Creen que este medio puede ser adecuado?

**Gabriela Córdoba:** Yo quería volver sobre esto, porque la verdad es que cuando nos enviaron el proyecto a mí me sorprendió este párrafo en el que regulaban lo del allanamiento, aunque yo ya conocía el caso “Prieto” y sabía que ahí habían tenido que acudir a esto para poder obtener la prueba necesaria.

Ahora, a mí me parece que si se lograra en el proyecto de ley (aunque sé que esto es muy difícil y ya lo hemos hablado) dejar en claro que para estos fines serán admisibles mínimas extracciones de sangre, saliva, etc.

y agregar “aún en contra de la voluntad de la persona” (porque para mí está claro que estas medidas no afectan el *nemo tenetur* y que la afectación que puede haber de otros derechos fundamentales es aceptable si está regulada legalmente con todos los demás estándares que mencionamos), ya no sería necesario regular específicamente la procedencia de una medida alternativa como el allanamiento para obtener elementos que contengan muestras de ADN.

Además, en el proyecto de Abuelas ya se dice que “la medida será practicada del modo menos lesivo para la persona”. Entonces, si la prueba que se puede obtener del allanamiento sería eficaz para probar el delito, ni siquiera habría que ponerlo expresamente, porque la medida menos gravosa sería el allanamiento; y al contrario, si esa prueba no sería suficientemente válida o no se obtendría la prueba suficiente, la medida menos lesiva sería sacarle una muestra de saliva por la fuerza al imputado o a la persona que sea necesario. O quizás otra aún menos gravosa, como pasarle un hisopo por la boca para obtener saliva en lugar de sacarle sangre. Todo eso va a depender del caso particular.

Entonces para mí la ley debería decir claramente “para tales fines, aún en contra de la voluntad del acusado o de la persona que deba tolerar la medida, serán admisibles...”. En estos casos, como ya dije, entiendo que no hay una afectación del principio *nemo tenetur* y que la afectación posible de los demás derechos involucrados es constitucionalmente admisible si la medida se halla autorizada estrictamente. A mí me parece que el gran problema en este punto para el proyecto de ley de “Abuelas” es el fallo de la Corte en “Vázquez Ferrá”, que dice que sí puede oponerse el afectado a la realización de la medida. Ése es el equívoco que, a mi juicio, existe. Pero yo me animaría a ponerlo como creo que corresponde en la ley.

**Julio Maier:** Hay que ver qué hace esta Corte, por otra parte. Ahora tiene la oportunidad, de algún modo, de desandar lo andado. A pesar de que a mí no me gusta del todo, pero el dictamen del Procurador General en el caso “Prieto” ya marca otro camino. Ese dictamen, sin embargo, acepta como antiguos fallos de la Corte conforme a nuestro sistema judicial real, que parte de una organización vertical. Parecería como que toda

otra solución está perdida, pues se acepta que “Vázquez Ferrá” es la regla, y esto, a lo sumo, una excepción.

**Fabrizio Guariglia:** Yo no sé si es habitual en nuestro sistema de precedentes constitucionales en la Corte, pero creo que si yo fuera Procurador hubiera exhortado a la Corte a abandonar “Vázquez Ferrá”. Entiendo que cuando hay motivos poderosos para apartarse de un fallo, eso directamente se puede revisar. No es que estamos condenados a regirnos por esa jurisprudencia.

**Julio Maier:** En realidad eso lo hace la Procuración. Le dice a la Corte en un momento determinado: “Mire, sería bueno que usted contribuya también a la certeza jurídica. Vea si puede dilucidar un poco más qué quiso decir en ‘Vázquez Ferrá’ y qué quiere decir ahora”. Y capaz que eso la Corte lo agarra y dice “vamos a revisar todo y sacar una sentencia como la gente ahora que podemos”.

**Público:** Yo tengo acá algo que me hace un poco de ruido, que es lo de la violencia sobre la víctima. Porque en los delitos de apropiación de menores tenemos una víctima que es el menor apropiado. Siempre se parte desde las garantías del imputado en las reformas procesales, pero acá estamos hablando de qué pasa cuando la víctima es quien tiene la prueba y se niega a participar de la medida para su obtención. Entonces, el mismo Estado que la colocó en una situación violenta, que la violentó quitándole su identidad y le arrebató a sus padres, ejerce violencia nuevamente sobre ella para extraerle una medida de prueba en contra de su voluntad. ¿Qué opinan ustedes de esto? ¿No creen que esta medida revictimiza a la persona que sufrió el delito? Yo creo que son casos muy complejos, pero justamente por eso no puede dejar de contemplarse esta situación.

**Gabriela Córdoba:** Sí, es cierto, se trata de casos muy complejos. Pero me parece necesario analizar más en detalle la situación. Con respecto a la cuestión de la violencia física sobre la persona, está claro que no se trata de torturar a la víctima para sacarle una información. Se trata de realizar la menor injerencia posible sobre ella para obtener la prueba necesaria para esclarecer el delito investigado. Y en cuanto a la violencia psí-

quica que puede representar para uno de estos chicos apropiados el participar en una de estas medidas de prueba, creo que esa violencia la genera mucho más el hecho de darles a elegir si quieren someterse a la prueba o no. Así que lo que considero jurídicamente correcto en estos casos, que es que no se necesita de su voluntad para realizar la medida, también resulta más beneficioso para la víctima de estos delitos, precisamente porque no tienen opción así que no pueden “decidir” si aportan prueba (su ADN) en contra de las personas que consideran sus padres porque los criaron.

Luego, con respecto al argumento de que fue el Estado el que les quitó la identidad, me parece que precisamente eso impone un deber mayor sobre el Estado de reparar y restablecer la situación anterior.

**Julio Maier:** Primero vamos a examinar el concepto de víctima. Vamos a suponer que ahora yo saco un cuchillo, voy y te lo hundo en la panza a vos, pero no te morís. ¿Quién es la víctima? Sos vos la víctima ¿El Estado tiene derecho a comprobar tu lesión o no? Sí, tiene derecho a decirte “mire señor, tiene que ir a la oficina de los médicos forenses. Allí lo van a someter a una inspección corporal, van a ver el hueco que le dejó Julio”.

**Público:** Pero yo podría no denunciarlo. ¿Por qué el Estado le permite a las víctimas de violación no denunciar el hecho y en estos casos no?

**Julio Maier:** No, denunciar es otra cosa. La denuncia, por regla, es un derecho, no un deber. Ella se vincula a la habilitación de la instancia persecutoria, pero la situación se presenta bien distinta. Vos podrías optar por esa vía. Cuando yo te clave el cuchillo en el estómago eres libre de no denunciarme. Pero ello no va a funcionar como inhibidor de la investigación de la verdad, porque si se entera el decano, él sí tiene obligación de denunciar. Supongamos que esté acá el decano, el Dr. Alterini, y ve como yo te hundo el cuchillo en la panza, y vos decís “yo no quiero denunciar”, Alterini no te va a hacer caso, porque él tiene la obligación de denunciar el hecho.

Pero sigamos con el razonamiento. Abandoné el ejemplo de las lesiones, no te voy a pegar el cuchillazo. Un segundo caso podría ser que te robe algo tuyo, la plata que tenés en el bolsillo, y para eso te quiebre un

dedo, una pierna o lo que sea. También aquí actuaría de oficio el decano o el policía que está ahí en la puerta, y te obligarían a vos a ir al Cuerpo Médico Forense para constatar la lesión, para determinar su gravedad y saber qué delito se me va a imputar.

Vamos a un tercer caso, más parecido al tuyo. Vos y una niña procrean un niño, yo se los secuestro al niño y Uds. no saben dónde está. Crece el niño y está en la misma posición que vos ponés por un delito aberrante o por un delito de lesa humanidad. Olvidate de eso. Ahora vos, que por algún lado has tenido idea de que podés ser el padre de ese niño y estás legitimado por el derecho civil a operar de esta manera, le piden al juez que el niño sea analizado para reconstruir la verdad. Y también el niño está legitimado para reclamar por su derecho a la identidad. Ahora decime ¿cómo funciona la solución que vos pensás? Porque la víctima no es sólo el niño y no sólo vos, son los dos. Y si los dos están legitimados a reclamar la paternidad, entonces el problema se transforma, no sólo está esa víctima que vos decís que tiene que soportar la medida de prueba. Así, lo importante para resolver estos conflictos es que las medidas a emprender sean reguladas claramente en la ley y que se respeten ciertos límites, por ejemplo, no es posible causar un grave daño a la salud física o psíquica de la persona y ejecutar la medida a ese costo. Pero no se trata sólo de expresar “yo no quiero que se investigue quien es mi padre”. Pero ¿cómo?, si también hay un señor o una señora del otro lado que está legitimado a saber si es papá o mamá de esa persona a quien tú tratas como “la víctima”.

**Fabrizio Guariglia:** Primero creo que tenemos que empezar por aclarar una cuestión con respecto a si es o no el mismo Estado. Sí, en términos de la teoría de la continuidad del Estado, es el mismo. Pero en un sentido histórico y político, no es el mismo Estado. Creo que es necesario compartimentalizar la existencia del Estado en términos de procesos, porque realmente llevamos 25 años de Estado de derecho y tengo un poquito de orgullo en relación él, en algunas cosas. Éste es el estado de la democracia argentina, imperfecta como es y con todos sus autoritarismos, pero no es el mismo Estado que arrebató la identidad a cientos de chicos y desapareció a miles de personas.



En segundo lugar, creo que es importante lo que estás marcando porque nos hace recordar que la victimización de estos jóvenes, que fueron secuestrados siendo bebés o niños, es continua. Y los dilemas que se les presentan son horribles y muy profundos. Por eso creo que es un grave error convertir esto en un problema de autonomía de voluntad la víctima. No sólo un disparate jurídico, es una cretinada. Pues así se coloca a estos jóvenes en una situación en la que tienen que decidir si delatan a las personas que los cuidaron y criaron o aseguran la impunidad y no se sabe nunca más quiénes son. En este sentido, tratarlos como un objeto de prueba es el mejor favor que uno les pueda hacer.

Pero creo que tu aporte es importante en el sentido de cuáles son los deberes de buena praxis que nacen en estos casos para el Estado. Es cierto lo que vos decís, estos casos revictimizan. Esto puede ser que sea inevitable, pero esto no significa que uno pueda decir “bueno, mala suerte”. Cómo se maneja el Estado en estos casos, qué deberes de dirigencia específica tiene para tratar estos casos del modo más razonable posible, es una cuestión muy importante que se debe resolver. Creo que es importante que el Estado, primero, asuma que puede estar revictimizando a una de las víctimas, y segundo, a partir de ahí, establecer ciertas reglas de buena praxis para ver cómo hacemos esto del modo menos traumático posible. Tal vez sacar al chico de la familia adoptiva y tirarlo a la familia biológica sin ningún tipo de proceso de transición no sea el mejor modo de hacerlo. Yo acá estoy hablando desde mi experiencia personal, porque soy padre de dos chicos y ese es mi conocimiento de estas cosas, pero no soy un especialista en estas cuestiones. Pero en definitiva, me parece importante que haya un reclamo de mayor diligencia y cuidado en estos casos, precisamente por su complejidad y sensibilidad.

Por último, debemos tener en cuenta que la víctima no es sólo el chico. Este es el tema central, como dijo Julio. Aquí tenemos un círculo de víctimas más amplio, que también tienen derechos que deben ser garantizados. Y por otra parte, al tratarse de delitos de lesa humanidad, también hay deberes especiales frente a la comunidad internacional respecto de estos casos. Entonces, hay un plus de interés estatal y también

un plus de interés internacional, que justifican la procedencia de estas medidas para resolver el conflicto planteado.

# VI- El circuito institucional de la apropiación: procedimientos, sentidos y narrativas acerca de la adopción de niños

Exposición de Carla Villalta

## **Carla Villalta**

Doctora en Antropología, Equipo de Antropología Política y Jurídica, Instituto de Ciencias Antropológicas, Facultad de Filosofía y Letras, UBA. Investigadora CONICET.

## INTRODUCCIÓN

En 1969 un conocido especialista en derecho de familia realizaba una fuerte crítica al proyecto que, tres años más tarde, el gobierno de facto convirtió en la ley 19.134 de adopción de niños. Así planteaba que era “demasiado severo con los padres sanguíneos, y por fallas no demasiado graves los condena a perder a sus hijos para siempre. Parecería que estamos frente a una verdadera ‘expropiación’ de los hijos, por causa de ‘utilidad privada’”. De este modo, Luis Estivill refería a las innovaciones que traía aparejada la figura de la “adopción plena” –que estipulaba un tipo de adopción irrevocable, definitiva y exclusiva–, y fundamentalmente a distintas atribuciones que el proyecto de ley acordaba a los magistrados, por las cuales directamente podían desconocer la opinión de los padres biológicos en el juicio de adopción de sus hijos, sin siquiera tener que citarlos. Además, proseguía su cuestionamiento inscribiendo las posibi-

lidades que la reforma impulsada abría en el contexto socio-político de aquellos años, y así llamativamente planteaba: “No se puede permitir que el hijo de una persona que se ausente del país por cualquier tipo de persecución política pueda ser adoptado por un extraño basándose en la circunstancia de que se ignora el paradero del padre y establecer un vínculo legal irrevocable que no podrá ser impugnado por el progenitor de sangre a su regreso al país”<sup>1</sup>.

No obstante la dureza de algunas de sus cláusulas, el proyecto –que contó con la aprobación de muchos especialistas y agentes del campo de instituciones destinadas a la minoridad– fue convertido en ley, y la figura de la “adopción plena” fue utilizada, como parcialmente presagiaba este jurista, en el marco de otra dictadura para consumir la apropiación de los hijos de quienes se desaparecía y se mataba.

Así las cosas, quienes en sus reclamos de restitución tuvieron que enfrentarse con la “irrevocabilidad del vínculo legal creado” fueron ya no los progenitores de sangre, sino las abuelas de los niños y niñas que, secuestrados con sus padres o nacidos durante el cautiverio de éstos, fueron ingresados –de una u otra forma– en el circuito de instituciones destinado desde hacía tiempo atrás a la minoridad y dados en adopción.

En este trabajo me propongo describir y analizar las formas en que las prácticas de sustracción de niños llevadas a cabo durante la última dictadura militar adquirieron un ropaje legal en tanto –algunas de ellas– devinieron en una “adopción”. A partir de este análisis, es posible observar que la sustracción y apropiación de niños ocurrida en la última dictadura militar no sólo fue desarrollada clandestinamente sino que también conjugó formas pseudo-legales y que, en consecuencia, el ámbito judicial antes que ser ajeno a estas prácticas se transformó en uno de los escenarios en los que se desarrolló la apropiación.

Sin embargo, el hecho de que este ámbito haya sido uno de los escenarios en los que se llevaron adelante las apropiaciones de niños y la sustitución de su identidad, entiendo que no sólo se debió al mayor o menor grado de afinidad político-ideológica de algunos de los integrantes del Poder Judicial con la dictadura militar –que, en algunos casos, cierta-

mente la hubo—, sino también a las características de prácticas, relaciones y rutinas burocráticas presentes en él desde tiempo atrás. Así, por ejemplo, tanto las amplias atribuciones de los jueces para decidir sobre el futuro de los niños como su marcada impronta clasista y salvacionista, fueron algunos de los elementos que contribuyeron a consumir dichas apropiaciones.

Por lo tanto, a partir del análisis de casos en los que distintos jueces dieron en adopción a niños que habían sido secuestrados junto a sus padres, el objetivo de este trabajo es identificar los circuitos y dispositivos institucionales que fueron utilizados, así como analizar los sentidos sociales otorgados a la adopción que se ponen de manifiesto en ellos y que, entiendo, fueron los que contribuyeron a materializar el pasaje de la apropiación a la “adopción”. A su vez, a través de este análisis es posible identificar cómo algunas narrativas sobre el “abandono” de niños fueron recreadas en estos contextos y fueron utilizadas para intentar legitimar dichas apropiaciones.

De tal modo, para emprender este análisis es conveniente comenzar por describir —al menos brevemente— las rutinas burocráticas, las prácticas consuetudinarias y la matriz interpretativa acerca de la adopción de niños que predominaban en aquel ámbito que durante el terrorismo de estado se convirtió también en uno de los escenarios de la *tragedia*<sup>2</sup>.

## DE ADOPCIONES Y PRÁCTICAS JUDICIALES. EL CAMPO DE LA MINORIDAD Y LOS SENTIDOS SOBRE EL ABANDONO DE NIÑOS

Desde las primeras décadas del siglo XX la adopción de niños fue conceptualizada como una medida de protección a la infancia huérfana y abandonada, por lo tanto su historia más reciente se entrelaza con la de los organismos que, destinados a la protección de la infancia pobre, conformaron en nuestro país un campo particular (Bourdieu, 1999), el campo de la *minoridad*.

En este campo institucional —compuesto en diferentes momentos históricos por juzgados de menores, juzgados civiles, institutos, estableci-

mientos de beneficencia pública y organizaciones privadas destinadas a la protección de la infancia— la adopción de niños fue siempre un tema recurrente de debate, en la medida en que era vista como una “solución” para el problema de los niños y niñas que, ya fuera porque habían sido abandonados por sus padres o porque se evaluaba que estos no eran aptos para su crianza, permanecían por largo tiempo en instituciones.

Tal es así que al rastrear los antecedentes de la primera legislación sobre adopción de niños del año 1948, se encuentran las demandas formuladas por la Sociedad de Beneficencia porteña relativas a la necesidad de sancionar una figura legal que diera sustento a las prácticas de “colocación de niños” que esa institución desarrollaba (cfr. Guy, 1995; Villalta, 2003). Por otro lado, la reforma normativa del año 1971 —que, como ya señalamos, incorporó la adopción plena al ordenamiento legal— también estuvo precedida de diferentes demandas provenientes de los agentes del campo de la minoridad, relativas no sólo a la necesidad de sancionar un nuevo régimen de adopción que equiparara los derechos de los niños adoptados a los de los hijos biológicos, sino también de otorgar más facultades y atribuciones tanto al órgano judicial como al organismo administrativo de protección de la infancia<sup>3</sup>, con el fin de que no se encontraran limitados para desarrollar la adjudicación de niños en adopción.

Para comprender los sentidos con los que se dotaba a la adopción en esos momentos, así como el alcance de las facultades que fueron otorgadas a los organismos judicial y administrativo, es interesante detenerse a analizar las características de este tipo de demandas y las de los cambios introducidos por la nueva normativa, en tanto nos permiten vislumbrar los valores asociados a ella así como determinados aspectos de las prácticas que estas instituciones desarrollaban<sup>4</sup>.

Si desde fines de la década del 40 regía en nuestro país un tipo de adopción denominado “simple”, por el cual el niño adoptado no cortaba todos los lazos con su familia de origen en tanto subsistían determinados derechos y obligaciones con sus parientes sanguíneos, y podía utilizar el apellido de su familia biológica; hacia fines de la década del 60, tanto en los congresos organizados por organismos de protección a la infancia,

como en las formulaciones de distintos juristas especializados en derecho de familia, ese tipo de adopción era calificado como antiguo y “frágil”. Desde esta perspectiva, se sostenía que la adopción simple brindaba pocas garantías a los adoptantes y escasos derechos a los adoptados. Por tanto, se proponía la adopción “plena”, cuya característica principal era que la filiación de origen directamente se eliminaba, pues se sustituía por la adoptiva. Con este tipo de adopción, al adoptado le era impuesto el apellido del adoptante, y no conservaba ni podía agregarse el de su familia biológica, así en relación con el nombre también se eliminaba todo vestigio de su anterior filiación. Diferentes diagnósticos elaborados por juristas y agentes del campo de la minoridad afirmaban que la incorporación de la adopción plena era absolutamente necesaria ya que respondía “al deseo de los adoptantes que buscan niños libres de todo vínculo con su familia de sangre”<sup>5</sup>.

La proposición de este nuevo régimen de adopción –que muchos países, incluso los de la región, ya habían incorporado en sus legislaciones<sup>6</sup>– se acompañaba también de propuestas relativas a otorgar celeridad a los trámites para otorgar niños en adopción. Así, no sólo la ley vigente era criticada por la limitación del vínculo adoptivo, sino también por la rigidez de sus procedimientos que requerían que el menor hubiera estado dos años bajo la guarda de sus futuros adoptantes, y que además habían llevado a distintos magistrados a considerar que era obligatorio citar al juicio de adopción a los padres biológicos que no hubieran sido destituidos judicialmente de la patria potestad. Frente a estos procedimientos se proponían otros que, por ejemplo, estipulaban que en el caso de bebés recién nacidos las adopciones fuesen “automáticas”; esto es, que fueran adjudicadas mediante un trámite breve y sumario sin necesidad de probar que se había ejercido una guarda previa, de manera de agilizar los procedimientos; o incluso que la declaración judicial del “estado de abandono” –trámite previo a la adopción y que resultaba en la no citación de los padres biológicos al juicio– fuese “sumarísimo” y de “instancia única”; esto es, que no existiera la posibilidad de apelar la decisión a la que llegaba el tribunal<sup>7</sup>.

Si bien procedimientos de este tipo no fueron incorporados a la ley que finalmente se sancionó, la nueva normativa de adopción no sólo reglamentó la “adopción plena” –y relegó a un lugar de excepción a la adopción simple– sino también instauró nuevos mecanismos tendientes a agilizar el trámite de la adopción que consistieron en la eliminación casi completa de la participación de los padres biológicos en el juicio de adopción y en la ampliación de las facultades del organismo administrativo de protección de la minoridad junto con el reconocimiento de las entregas de niños mediante escritura pública.

En relación con estas modificaciones –que no pueden ser comprendidas por fuera de las prácticas institucionales que se venían desarrollando, ni al margen de las disputas que diferentes actores mantenían–, debemos tener en cuenta que los esfuerzos por limitar la participación de los padres biológicos en el juicio de adopción tenían larga data.

Estas demandas tradicionalmente se habían sustentado en la creencia de que esa participación tenía resultados “socialmente disvaliosos”, ya que esos padres que habían “abandonado” a sus hijos, ingresándolos en establecimientos de asistencia pública –o habían sido evaluados como *negligentes* para criarlos–, y tiempo después los reclamaban o se oponían a la adopción, no merecían ser escuchados (Guy, 1998; Villalta, 2006a). Así, por ejemplo, en los juicios de adopción de niños que se encontraban en ese tipo de establecimientos, tanto los representantes del organismo público del cual dependían estos últimos como los asesores de menores –funcionarios judiciales que representaban los intereses de los niños– habían argumentado que “carecería de objeto práctico requerir la intervención de aquella [madre biológica] en el juicio; en cambio, la citación generaría un riesgo sin un beneficio como contrapartida, para la menor que se pretende adoptar”, y formulaban que el cumplimiento de esa formalidad “puede llegar a constituirse en un factor contrario a los intereses que la adopción tiende a proteger”<sup>8</sup>.

En consecuencia, estas instituciones postulaban que era necesaria una reforma que agilizará los procedimientos por los cuales los padres que “abandonaban” a sus hijos se vieran privados del derecho de tales, de



modo que se pudiera actuar con seguridad y celeridad para proporcionar a los “menores” la “estabilidad familiar” que necesitaban.

De esta forma, en la resolución de casos concretos se puede observar la configuración de una determinada matriz interpretativa que operaba con un esquema dicotómico en tanto la valoración positiva de los adoptantes –de quienes se decía actuaban guiados por impulsos generosos y humanitarios–, se encontraba necesariamente acompañada de una desvalorización y culpabilización de los padres biológicos.

Al inscribir las modificaciones estipuladas por la normativa en un contexto más amplio, podemos observar que ésta recogió muchas de las demandas que esos agentes institucionales se encontraban realizando desde tiempo atrás. Así, la nueva ley fijó que era atribución del juez citar o no a los progenitores al juicio de adopción; y además enumeró exhaustivamente las circunstancias en que directamente no se debía admitir su presentación: haber perdido la patria potestad o confiado espontáneamente el menor a un establecimiento de protección de menores público o privado, cuando hubieran manifestado su voluntad de que el menor sea adoptado, cuando el desamparo moral o material del menor resultara evidente o por haberlo abandonado en la vía pública o sitios similares y tal abandono fuera comprobado por la autoridad judicial<sup>9</sup>.

De tal manera, si ya desde la vigencia de la antigua ley de adopción, como planteaba un jurista a mediados del siglo XX, la adopción se formaba esencialmente mediante *la voluntad del adoptante y la del juez*<sup>10</sup>, a partir de esta nueva legislación los magistrados no sólo estuvieron facultados para dictaminar si la adopción era “conveniente para el menor”, elegir a los adoptantes a partir de tener en cuenta sus “medios de vida y cualidades morales y personales”<sup>11</sup>, sino que también estuvieron autorizados para decidir según su “prudente arbitrio” la conveniencia de citar o no a los padres biológicos del menor y para directamente excluirlos del proceso si habían “desamparado” o “abandonado” a su hijo.

Además, en pos de agilizar los procedimientos se confirieron amplias facultades no sólo a los jueces, quienes con esta normativa de “espíritu amplio y generoso, no limitativo” tuvieron la “posibilidad de dar la mejor

solución a cada caso a su consideración”<sup>12</sup>, sino también al organismo de protección de la minoridad, ya que la nueva ley otorgó validez a las entregas de niños efectuadas ante este órgano estatal o mediante escritura pública. Así paradójicamente, mientras que la normativa excluía a los progenitores del juicio de adopción de su hijo, otorgaba validez a su voluntad si ésta era la de entregarlo en adopción, manifestación que era considerada “irrevocable”. Ello dio lugar a la existencia de “guardas administrativas” de niños para su posterior adopción, que eran otorgadas por el organismo de protección de la minoridad sin control judicial<sup>13</sup>.

Es importante tener en cuenta que si bien estas disposiciones recibieron críticas de algunos juristas, quienes sostenían que otorgaban visos *contractuales* a la adopción –porque los niños podían ser objeto de transacción– y que rozaban la inconstitucionalidad, ya que al conferir atribuciones al juez para rechazar la presentación de los padres biológicos sin siquiera oírlos, los dejaba en un “estado de indefensión absoluto”, la normativa fue connotada como un decidido avance por amplios sectores sociales y por los especialistas y profesionales del campo de la minoridad<sup>14</sup>. Ya que, estos últimos, consideraban que con este tipo de adopción se fortalecerían los lazos de amor recíproco entre el niño y sus padres adoptivos, procurándole “una experiencia familiar que le brinde la suficiente autonomía para asumir su rol futuro dentro de la sociedad”<sup>15</sup>.

Además, por aquellos años, algunos organismos privados también desarrollaban prácticas que fomentaban la adopción de niños. Dependientes de la Iglesia Católica, estas asociaciones privadas se encargaron de convertir a la adopción en una técnica “moralmente aceptable y técnicamente útil” (Villalta, 2006a), en tanto impulsaban la adopción siempre y cuando estuviera orientada a la *salvación* de un niño abandonado, y no al encubrimiento de una situación irregular<sup>16</sup>. Para ello, uno de esos organismos se encargaba activamente de “ubicar” a niños abandonados. Así lo señalaba, en el año 1970, una funcionaria del Servicio Nacional del Menor y la Familia, quien luego de afirmar que “‘todo el mundo’ quiere adoptar niños que necesitan una mamá y un papá”, refería: “Además, una conocida institución privada, el Movimiento Familiar Cristiano,

mediante un convenio con el Servicio Oficial y con su control, se ocupa activamente de la ubicación de niños huérfanos y abandonados en hogares adoptivos. Y, por supuesto, lleva su propio registro de peticionantes, que es fiel reflejo de la inquietud que se advierte por la incorporación de tales niños a *familias bien constituidas* y del genuino interés que rodea al instituto de la adopción<sup>17</sup>.

Así las cosas, en la medida en que la adopción era considerada como el mejor remedio para *salvar* a los niños de la miseria, del “abandono” o de “hogares negligentes”, tanto la sustitución de los vínculos de sangre como la celeridad del trámite de la adopción fueron vistas como elementos indispensables para lograr la adopción ideal. Y estos sentidos y valores morales moldearon no sólo las demandas que realizaban los diferentes agentes del campo de la minoridad sino también muchas de las prácticas y procedimientos utilizados para dar niños en adopción.

De tal forma, las rutinas burocráticas y prácticas consuetudinarias de los órganos judicial y administrativo en aquellos años suponían, muchas veces, el encaminamiento hacia la adopción casi sin averiguaciones respecto de los orígenes de los niños que eran ingresados a las instituciones destinadas a la minoridad, la formalización de la guarda con fines de adopción sin muchos controles o recaudos acerca de la veracidad de los relatos que presentaban a los niños como “abandonados”, o incluso la entrega en adopción de niños a pesar de la negativa de sus padres o familiares<sup>18</sup>. Prácticas que, junto con el carácter ambiguo que caracterizaba a las reglas sobre adopción, que permitía la acción discrecional de quien representaba o detentaba el poder ya que de esa forma asumía el monopolio de su interpretación y aplicación (Kant de Lima, 2005), conformaban un peculiar escenario que, en el desquiciante contexto de la mayor represión política de la historia argentina, fue utilizado para intentar legalizar la apropiación de niños.

Para dar cuenta de ello, a continuación describo dos casos de niños adoptados “legalmente” que fueron secuestrados con sus padres durante la última dictadura militar. Se trata de casos que fueron públicos, provocaron distintos debates, y tuvieron un largo trámite judicial. En el pri-

mero, Abuelas de Plaza de Mayo llegó a presentar un recurso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos; el otro es presentado como un *leading case* porque fue la primera vez que se declaró la nulidad de una adopción plena. Por último, analizo una causa judicial cuya protagonista es una famosa empresaria que en el año 1977 adoptó dos niños, quienes –se tiene fuertes indicios– serían hijos de desaparecidos.

### *EN EL LABERINTO JUDICIAL*

En el mes de marzo de 1977 un niño de ocho meses que había ingresado en la Casa Cuna<sup>19</sup> en calidad de “menor abandonado en la vía pública”, fue entregado provisoriamente a un matrimonio por un juez de menores. Al mes siguiente, luego de realizar un informe socio-ambiental en el domicilio del matrimonio y decretar un sobreseimiento en el expediente caratulado “abandono de un menor”, ya que según se lee en esa causa “las diligencias tendientes a individualizar a los autores del hecho no tuvieron resultados positivos”, el juez resolvió entregar la “guarda”<sup>20</sup> formal del bebé al matrimonio, y libró un oficio al Registro Civil ordenando la inscripción del niño como nacido el 7 de septiembre de 1976, confiéndole el apellido de quienes lo tenían en guarda.

Hasta aquí un procedimiento de rutina en el que un juez de menores dispone de un niño “abandonado”, lo entrega a un matrimonio y después de cumplimentar los trámites de rigor decide entregarle la guarda. Así, a los pocos meses, la pareja –compuesta por un prestigioso abogado y su mujer– inicia una demanda por adopción y hacia fines de ese año le es concedida la adopción plena, trámite en el que no se procura dar con el paradero de los padres biológicos puesto que el juzgado de menores había decretado el “abandono del menor”.

Un juicio como tantos en el que la adopción fue conferida a quienes tenían el niño en guarda y ya lo habían inscripto con su apellido –práctica prohibida por la legislación vigente, pero habitual<sup>21</sup>–, y en el que no medió oposición alguna, puesto que el juez desconoció a quienes quisie-

ron presentarse como “parte” y resolvió lo que consideró era mejor para ese menor.

Sin embargo, la causa judicial iniciada años después permite conocer otros detalles. El niño había sido secuestrado con su madre en la ciudad de Buenos Aires y había sido ingresado por la policía a la Casa Cuna.

El abuelo materno cuando se enteró del secuestro concurreó a la comisaría de la zona, donde le dijeron que fuera a la Casa Cuna. A través de distintas averiguaciones, llegó al juzgado que ya en esos momentos había dispuesto la entrega en guarda de su nieto, y para acreditar su parentesco presentó una fotografía, la partida de nacimiento y el documento de identidad del niño. El juez interviniente no sólo no dio por acreditado el vínculo de parentesco, sino que inició una investigación destinada a comprobar la autenticidad de los documentos presentados que se transformó en una causa penal contra los padres del niño que fueron acusados de cometer el delito de falsificación de documento público. Entre tanto, el juicio de adopción era promovido y ninguno de los abuelos –ni el materno ni el paterno que también se presentó en el juzgado donde tramitaba la adopción de su nieto– fueron tenidos como “parte” en el proceso.

Los padres del niño continúan desaparecidos. La madre desde marzo de 1977, el padre desde unos meses antes del nacimiento de su hijo, que se produjo en julio de 1976. Por esta razón, la mamá no había inscripto al niño en el momento de su nacimiento sino algunos meses después, con un certificado médico de nacimiento falso. Para quienes en esos años de feroz represión política se sabían perseguidos y vivían en la clandestinidad, cualquier contacto con una instancia estatal equivalía a ver concretada una condena de muerte. De este modo, hubo muchos casos de niños que permanecieron sólo con la filiación materna, reconocidos por su padre en testamento (cfr. Martínez, 2004) o, como en este caso, inscripto como nacido en una fecha distinta a la de su nacimiento. Por lo tanto, cuando el abuelo presentó en el juzgado los documentos del bebé, el juez no aceptó que pertenecieran al niño que él había entregado en guarda porque, según los informes médicos de la Casa Cuna, no se trataba de un bebé de 3 meses sino de más de 7 meses. De allí que, atenién-

dose a lo formalmente estipulado, el magistrado no sólo desconoció el vínculo de parentesco que invocaba el abuelo, sino también ordenó investigar la validez de los documentos, investigación que dio cuenta que el certificado médico usado para inscribir al niño era falso.

De esta forma, se les cerró a los abuelos cualquier posibilidad de ser escuchados, a pesar de haber presentado una fotografía del niño, describir que su nieto, al igual que el bebé dado en guarda, tenía una marca física muy clara que era una fisura en el paladar; y relatar lo que sabían acerca del secuestro del nene y su madre. Menos aun fueron considerados “parte” en el juicio de adopción de su nieto, quien desde 1977 se encontró adoptado por el régimen de adopción plena que, además de sustituir completamente la filiación biológica, una vez decretada impedía probar o averiguar el vínculo de sangre del adoptado.

Antes de proseguir con el relato, es importante detenerse en dos aspectos. Por un lado, según distintos agentes que entrevisté, el juez que dispuso del niño “abandonado” no fue una persona comprometida ideológicamente con la dictadura militar, como fue el caso de otros magistrados que sostenían que “los subversivos no tenían derecho a criar a sus hijos”<sup>22</sup>. Se trató, antes bien, de un funcionario que en el contexto imperante siguió desarrollando sus rutinarias tareas burocráticas: libró edictos para que comparecieran los padres y, como al cabo de unos días no lo hicieron, archivó esas actuaciones y cambió el carácter de la guarda “provisoria” a una “definitiva”. Por otro lado, otorgó la guarda a un matrimonio que reunía excelentes condiciones materiales y morales para hacerse cargo del niño, y que era conocido suyo<sup>23</sup>. Sin embargo, que hoy esto sea cuestionado no nos debería llevar a creer que era una práctica vista como *anómala* en esos años. Desde que los jueces –como ya hemos visto– tenían amplias prerrogativas para decidir sobre la situación de los menores y las reglas procesales de adopción poseían un carácter amplio y ambiguo, no sólo en ellos recaía la decisión de encaminar un niño a la adopción, sino también la de elegir a los adoptantes. Una elección que, si bien caracterizada como discrecional, se jugaba en “el universo de las relaciones personales” (Da Matta, 1980), relaciones que, junto con las definicio-

nes normativas y al “deber ser” que predomina en las representaciones sobre este dominio, son constitutivas del Poder Judicial, ya que en virtud de ellas toma forma la “administración de justicia”, en tanto se hace uso de determinadas atribuciones, se activan algunos procedimientos y se omiten otros, se acelera el trámite de algunas causas y se retardan otras. Sin tener esto en cuenta, podemos quedar presos de una visión normativa y mal comprenderíamos las prácticas que se suceden en dicho ámbito <sup>24</sup>.

Por eso, como relataban otros entrevistados, durante los años 60 y 70 era común que los jueces de menores tuvieran una “listita” de posibles adoptantes y decidieran quiénes de ellos eran los *más idóneos*; se otorgaban adopciones a empleados judiciales que el juez sabía querían adoptar; o como nos relataba otra entrevistada, juez de menores a principios de los 70, no sólo intercambiaran niños en adopción:

“La justicia de menores era un lugar donde los jueces te pedían la empleada doméstica. Te llamaban por teléfono y te decían ‘che, me quedé sin mucama, no tenés una chica de 16, 17 años, yo le doy de comer, la visto’ (...) era común intercambiarse las empleadas domésticas”.

El caso que describimos, a partir de 1984, una vez que los militares dejaron el gobierno, originó dos causas judiciales que se extendieron durante varios años. Como la justicia ordenó distintas medidas de prueba, el padre adoptivo del hoy joven apeló esas decisiones, y el caso fue tratado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se pronunció de forma negativa a los requerimientos de los abuelos en 1990, y en 1995 declaró la “prescripción de la acción penal”, cerrando la posibilidad de continuar investigando.

Decisión mayoritaria de los miembros de la Corte<sup>25</sup> quienes para fundamentarla recurrieron, entre otras cuestiones, a las características y finalidades de la adopción. Así, uno de los fallos emitidos por el máximo tribunal sostiene: “No parece admisible una investigación sobre la verdadera filiación de un menor adoptado bajo el régimen de la adopción plena”, y para fundamentar la decisión llamativamente se retoma la tradicional definición

acerca de los *beneficios* de este régimen: “La ruptura del vínculo de sangre (...) aparece como una consecuencia determinada por la voluntad legislativa de tutelar, por todos los medios posibles, tanto al adoptado, sujeto de la asistencia, como a aquellos que lo asisten y que tienen el derecho de asistirlo y educarlo exclusivamente, sin la peligrosa interferencia de quien abandonó al menor y no cuidó de él por largo tiempo”<sup>26</sup>.

De tal manera, no sólo encontramos que la institución de la adopción fue usada para intentar legalizar la apropiación, sino que también –muchos años después– los tradicionales sentidos y valores morales que rodeaban a la adopción fueron utilizados para contrarrestar las demandas de los familiares de los niños apropiados. Así, las Abuelas, más allá de la singularidad de cada caso, debieron idear otras estrategias, que –como en el caso que describiremos– se basaron en cuestionar la adopción plena conferida.

### LAS NARRATIVAS SOBRE EL ABANDONO

En 1978, una mujer, hematóloga de profesión, se presentó en un juzgado de menores de la provincia de Buenos Aires, y solicitó la guarda formal de una niña de un año de edad. Allí explicó que la nena le había sido entregada hacía unos meses por una empleada doméstica, llamada María, que no le había dado ningún otro dato respecto del origen de la criatura.

Ante la situación de “guarda de hecho”, el juez de menores le otorgó la guarda definitiva y ordenó la inscripción de nacimiento de la niña con el apellido de quien la estaba cuidando. Una vez que tuvo la guarda, la mujer comenzó a tramitar el juicio por adopción, que al año siguiente fue resuelto y se le otorgó la adopción plena.

En este caso los procedimientos seguidos también fueron los de rutina. Desde que en el juzgado se presentó una mujer con una niña sin filiación conocida, el juez haciendo uso de sus facultades ordenó su inscripción tardía con el apellido de la mujer. Además le otorgó la guarda formal, condición altamente favorable para la tramitación posterior de la



adopción. Por otro lado, y no de menor importancia fue que la mujer haya narrado que la nena le había sido entregada por una empleada doméstica. Como contaban algunos de mis entrevistados, este tipo de presentaciones y relatos eran habituales en las instituciones de menores, y sus agentes las conocían como “venir con el chico puesto”. En palabras de una asistente social que trabajó en esos años en el organismo de protección de la minoridad, esas prácticas consistían en lo siguiente:

“Venían a pedir una guarda con un chiquito que decían ‘me lo trajeron del campo’ (...) nosotros siempre decíamos que venían con el ‘chico puesto’, y que era mucho más fácil en términos de conseguir una adopción cuando traían al chico, mirá qué concepto... pero esa era la idea que había en ese momento, que era lo más fácil, como había guardas con miras a adopción, entonces venían con el chico. Aparte se podía hacer con escritura pública, uno iba al escribano, decía ‘la madre me lo dejó’ y con eso se podía iniciar un juicio de adopción (...) era muy, muy fácil conseguir la guarda”.

Narrativas sobre el “abandono de niños” que al ser corrientes y retratar a esos niños como *hijos de la pobreza*, evitaban cualquier indagación sobre sus orígenes o de control acerca de su veracidad. Eran, sin lugar a dudas, niños abandonados cuyos padres los habían desamparado y que estaban siendo salvados por quienes en un acto de generosidad reclamaban la guarda legal y posterior adopción.

Sin embargo, en el caso de esta niña, luego de una extensa batalla legal, se pudo demostrar que no había sido entregada por una empleada doméstica a la mujer de clase media que finalmente la adoptó.

En febrero de 1977, la niña que tenía nueve meses de edad había sido secuestrada con su madre en la ciudad de Buenos Aires, y fue dejada por el grupo de tareas que comandó la detención ilegal en las escalinatas de la Casa Cuna. En este establecimiento trabajaba aquella mujer que la encontró, la llevó a su casa, y al año siguiente se presentó en el juzgado de menores.

En 1984, la abuela de la niña –quien la estaba buscando desde el mo-

mento de su desaparición– recibió una llamada anónima en la que le dijeron que su nieta posiblemente fuera aquella niña adoptada en 1979. Así, la abuela inició una causa judicial para lograr la restitución.

La justicia en este caso ordenó la realización de una prueba hematológica para probar la filiación biológica de la niña, por la cual se concluyó que era nieta de quien la reclamaba como tal. Luego de arribar a este resultado, Abuelas inició una demanda para que se revocara la adopción; ya que como ésta se encontraba vigente, las disputas acerca de dónde y con quién debía residir la nena se habían multiplicado. Innumerables pormenores rodearon a esta causa judicial que se extendió desde 1984 hasta 1995, cuando finalmente y en una decisión sin precedentes la justicia declaró nula la adopción plena concedida.

El argumento principal de esa sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires fue que la adopción se había conseguido a partir de la mentira acerca del “abandono” de la menor, y así sentó como precedente que las adopciones que tengan por origen un hecho ilícito son nulas porque fueron hechas en fraude a la ley.

De tal manera, en la sentencia citada, la conducta que se configuró para determinar la nulidad de la adopción fue el hecho de que “el abandono o desamparo moral y material lejos de existir en realidad ha sido el *artilugio* con el que se trató de encubrir en primer término un acto ilícito por el cual se sustrajo una criatura del control de sus padres (...) y en segundo lugar fue utilizado como *subterfugio* para encuadrarse en los supuestos de la ley que rige la adopción y que carece de todo andamio, pues lejos de responder a la verdad de los hechos trata de enmascarar conductas ilícitas y reprochables criminalmente”<sup>27</sup>. Así, para llegar a una resolución respecto a la validez de la adopción se debió dar cuenta del “fraude” que antecedía a la misma, para lo cual éste se recortó como una conducta desarrollada por quien había tramitado la adopción.

No obstante el innegable logro que implicó esta sentencia, resulta significativo que en ella no hubo mención al accionar del Poder Judicial en la tramitación de esa adopción fraudulenta, en tanto el acto ilícito se configuró solamente en relación con la conducta de la “adoptante”. Si bien

ello desde una perspectiva jurídica puede ser considerado irrelevante, puesto que para fundamentar la “nulidad de la adopción” no era necesario indagar en el accionar del Poder Judicial, entendemos que no obstante dicha omisión resulta llamativa.

Desde otra perspectiva, se puede considerar que si el “abandono” pudo ser utilizado como un *artilugio* no sólo se debió a que se trataba de una mentira bien construida, sino también a que fue operacionalizada en un ámbito en el cual, debido a las peculiaridades de sus rutinas de funcionamiento y de los esquemas interpretativos imperantes en relación con determinadas conductas y de la tolerancia hacia otras, tal mentira pudo viabilizarse y fue transformada en el elemento a partir del cual primero un juez de menores entregó la guarda de la niña y ordenó la inscripción de su nacimiento, y luego un juez civil concedió la adopción de la menor. En todo caso, se trata de interrogarnos sobre las condiciones que posibilitaron que esa mentira fuera aceptada como una “verdad”, por quienes desde esta otra lectura aparecen solamente como “engañados” por quien utilizó aquel *subterfugio*.

Mentiras bien construidas y aceptadas como *verdades* porque, como en el caso que analizamos a continuación, se valieron de relatos y narrativas aceptadas y naturalizadas sobre el abandono de niños.

#### CUANDO DE SOCORRER CRIATURAS SE TRATA

En mayo de 1976, una señora, viuda, empresaria y de una excelente posición económica, se presentó en un tribunal de menores de la localidad de San Isidro para informar que: “el día 2 del actual, en horas de la mañana, sintió llorar en la puerta de su casa a un bebé. (...) la criatura se hallaba dentro de una caja de cartón y era de sexo femenino. Que la dicente la recogió y mantuvo a la niña en su hogar por varios días, esperando si se presentaban a reclamarla. Que no habiéndolo hecho nadie, decidió presentarse ante el Tribunal, por considerar que debía efectuar la denuncia”. Expediente judicial<sup>28</sup>.

Como testigos del hallazgo presentó a una vecina suya y a un hombre que trabajaba como jardinero en la casa de ésta. En esa oportunidad también expresó que deseaba quedarse con la niña, ya que no había tenido “descendencia de su matrimonio” y se había “encariñado con la criatura”, que se comprometía a velar por su seguridad física y moral, y que iniciaría los trámites de adopción. Ese mismo día una asistente social del juzgado realizó un informe socio-ambiental en el que consignó que la señora “reúne condiciones muy positivas para conservar la guarda de la causante con fines de adopción, se trata de una persona madura, equilibrada, con sentido maternal, con un buen enfoque de lo que debe ser la educación y formación de una criatura”. Así, en el expediente caratulado “NN (mujer), art. 8 Ley 4664”<sup>29</sup>, sin mediar ningún otro trámite, le fue entregada la “guarda provisoria” de la nena.

Significativamente, en julio de ese mismo año, la misma mujer solicitó también en ese juzgado la guarda de un niño al que, según su exposición, conoció en los estrados del mismo tribunal. Así, en el expediente judicial se puede leer: “Que habiendo visto en los estrados de este tribunal al menor NN (varón) o José Luis, solicita la guarda del mismo con fines de adopción. Que solicita (...) que de no hallarse inscripto el nacimiento del causante, el mismo lleve los nombres de F. N. H., ya que lo reconoce implícitamente como su propio hijo, siendo su mayor deseo poder fundar una familia, para que el causante y la menor (...) que ya se encuentra bajo su guarda, sean verdaderos hermanos”. Expediente judicial<sup>30</sup>.

La transcripción de esta audiencia en la causa judicial se encuentra precedida de otra, fechada el mismo día, en la que la madre biológica hizo entrega del niño con fines de adopción. Según ese relato, la mujer tenía 25 años, era estudiante de abogacía, y se encontraba dispuesta a entregar a su hijo para que una familia lo adoptara. Además aclaraba que el nene había nacido en abril y que lo había cuidado hasta el momento una amiga suya, porque sus padres, con quienes convivía, se encontraban de viaje y no sabían que había dado a luz a una criatura. Declaraba también que había tenido tiempo para reflexionar sobre la entrega, ya que la primera vez que se acercó al tribunal había sido en mayo cuando le aconse-

jaron que lo meditara, y habiéndolo hecho se presentaba nuevamente para entregar al niño “renunciando a los derechos inherentes a la patria potestad”.

Así, la empresaria obtuvo la guarda de los niños considerados NN y que, en virtud de los distintos relatos que se consignan en el expediente judicial, ingresaron al juzgado como “abandonados”. Como ninguno de los dos estaba inscripto, el tribunal ordenó la inscripción en el Registro Civil con los nombres elegidos por la mujer y con el apellido de su fallecido esposo y el suyo. Al año siguiente, la mujer inició el juicio de adopción plena, que le fue concedida en mayo de 1977.

A partir de una denuncia presentada en abril de 2001 por Abuelas de Plaza de Mayo, un juez federal comenzó a investigar las circunstancias que habían rodeado la adopción de esos niños quienes –según distintas denuncias– son hijos de desaparecidos. A raíz de esta investigación, por la cual la mujer fue procesada por el delito de “falsificación de documento público”, el juez solicitó y agregó a la causa los expedientes de adopción de aquellos niños. A su vez, requirió otros expedientes de “menores abandonados” que habían sido entregados por ese mismo tribunal en “guarda con fines de adopción” para evaluar las semejanzas y diferencias que los procedimientos seguidos en esos casos guardaban con los que se instrumentaron en el que estaba investigando.

Así, en apariencia, los trámites efectuados no distan demasiado de los seguidos en otros casos de “abandonos” de niños y posteriores adopciones. Esto es, a simple vista, los testimonios reunidos en la causa dan cuenta del desinterés de los padres biológicos de los niños y su consecuente “estado de abandono”. También son similares los procedimientos burocráticos adoptados, en tanto la inscripción en el Registro Civil por orden judicial de niños considerados NN y como hijos de padres desconocidos para anotarlos con el nombre y apellido de quien luego tramitaría su adopción, era una práctica habitual, como también era común que quienes quisieran adoptar se presentaran a un juzgado a solicitar la adopción de un niño que ya vivía con ellos. Por otro lado, si bien es significativo que la mujer declarara que había conocido a uno de los niños en “los

estrados del tribunal” –y éste fue uno de los elementos que el juez evaluó como inverosímil cuando ordenó su procesamiento–, esa expresión no significaba que la mujer hubiera estado en el juzgado y casualmente hubiese visto aparecer al niño allí, como de una forma literal se puede interpretar. “Conocer al menor en los estrados del tribunal” era una fórmula utilizada para solicitar la guarda de un niño por parte de quienes formaban parte de aquella “listita” de adoptantes que, discrecionalmente, manejaban los jueces.

Sin embargo, más allá de todos estos parecidos con las prácticas judiciales consuetudinarias, a poco de investigar se detectaron numerosas irregularidades. En la investigación judicial iniciada en 2001, el juez encontró probada la existencia de datos falsos a partir de los cuales se confeccionaron los expedientes. Entre ellos, que la vecina y el jardinero que fueron presentados como testigos del hallazgo de la niña, no eran ni vecina ni jardinero, sino que éste era chofer de la empresa de la mujer y la supuesta vecina no había vivido nunca en el domicilio con el que se la hacía figurar; además, no se pudo localizar a ninguna mujer llamada como quien aparece entregando al varón en adopción y se detectó que el documento de identidad que presentó en la audiencia pertenecía a un hombre. Además, es de destacar que del examen comparativo que realizó el juez con los otros expedientes del mismo tribunal en los que se había declarado el “abandono” de un menor y ordenado su entrega en guarda con fines de adopción, la diferencia más significativa que señaló –cuando resolvió procesar a la empresaria– fue que en los otros expedientes se efectuaron más “diligencias” destinadas a conseguir información sobre el paradero de los padres biológicos, ya que al menos se había requerido información a los hospitales en donde habían nacido los niños<sup>31</sup>.

A partir de estos y otros elementos el juez encontró probada la “existencia de maniobras irregulares de procedimiento destinadas a legalizar –en apariencia– las relaciones de una familia constituida ilegalmente” y sostuvo que para llegar a la adopción de los niños se puso en marcha el engranaje judicial con la “connivencia” de algunos de sus integrantes “valiéndose de una inescrupulosa ingeniería ideada sobre el servicio de

justicia”<sup>32</sup>. Esto es, como lo llega a afirmar el juez, para convertir la apropiación en una “adopción” se contó con la participación de algunos de los integrantes del Poder Judicial, ya que de otra forma no se hubieran podido *armar* los expedientes que le permitieron a la empresaria “adoptar legalmente” a esos niños<sup>33</sup>.

Así este caso permite observar cómo la malla de relaciones propia del ámbito judicial posibilitó, en ese contexto, dar cauce a las adopciones permitiendo que la apropiación tuviera una apariencia de legalidad; apariencia que fue construida sobre la base de hacer pasar a los niños por “abandonados”<sup>34</sup>. Por lo tanto, resulta interesante analizar los tópicos con los que se construyeron los relatos que posibilitaron categorizar como tales a esos niños, ya que ellos formaban parte de narrativas sobre el *abandono* que tradicionalmente habían permitido legitimar distintas prácticas en torno a los “menores” que, de acuerdo a estas narrativas, se encontraban *desamparados*, y que si en esa oportunidad fueron utilizados para encubrir la apropiación criminal de niños –y por eso pudieron ser denunciados como falsos–, en otro escenario hubieran resultado *plausibles*. Relatos que, de una u otra forma, reactualizaban una *escena de salvación* (Vianna, 2005) y así obtenían eficacia puesto que su contrapunto era el fantasma del riesgo de la *no salvación* (Boswell 1988)<sup>35</sup>.

Así, por ejemplo, el relato acerca del hallazgo de una bebé en una caja de cartón en la puerta de la casa remite a una retahíla de historias que gozan de una amplia difusión y credibilidad en distintos sectores sociales. Estas historias que, aún hoy, son las más difundidas por los medios de comunicación son, en realidad, las menos frecuentes<sup>36</sup>. Sin embargo, al poseer un componente que permite estereotipar comportamientos y construir una imagen dicotómica acerca de quienes dejan a sus hijos abandonados y aquellos otros que los salvan de esa situación, son las que aparecen asociadas más frecuentemente a la noción de “abandono”. Además, este tipo de historias –que más allá de que sean total o parcialmente verdaderas, gozan igualmente de veracidad– en las que los niños son encontrados en las puertas de las casas, en las iglesias, en una plaza o en la calle, han obtenido popularidad y legitimidad porque presentan a esos

niños como desprovistos de cualquier lazo social y de toda historia previa. Esos niños, que aparecen como *caídos del cielo* y constituyen una bendición para quien los encuentra, son el ejemplo más contundente del *abandono* y los que posibilitan que otros ejerciten su vocación de “hacer el bien”<sup>37</sup>.

A su vez, es significativo que el otro relato tenga por protagonista a una joven soltera, que vivía con sus padres, era estudiante de derecho y que resolvió –después de haberlo meditado– entregar a su hijo en adopción. En este caso, al contrario de lo que sucede en la mayoría, no fue la pobreza la determinante del “abandono”. Antes bien, el propio término abandono fue reemplazado por la categoría “entrega en adopción” que, acompañada de la renuncia a “los derechos inherentes a la patria potestad”, fue configurada como una decisión *libre, racional y definitiva*. Así, en este relato también se observa una suerte de lugar común de las historias sobre abandono de niños, que remitía a consideraciones de índole moral, ya que lo que se quería evitar era la afrenta al honor personal y familiar, y por tanto esa entrega era connotada como definitiva.

Además, si de un lado, el “abandono” de los niños fue construido sobre la base de estas narrativas, de otro lado, encontramos a una mujer de clase alta, empresaria y viuda cuyo “legítimo” deseo era, además de ejercer su “sentido maternal”, dar continuidad a la empresa fundada por su marido ya fallecido adoptando a los niños para que lleven su apellido. Así, tanto su nivel socio-económico, como su prestigio social fueron elementos que contribuyeron a no indagar la historia de quienes aparecen como sus hijos pues, como los profesionales del juzgado consignaban en los informes socio-ambientales que forman parte de los expedientes, los niños se encontraban en “inmejorables condiciones”.

Por eso, desde esta perspectiva, como hizo público en el momento en que detuvieron a la señora quien fue Secretario de Minoridad y Familia durante la dictadura militar –y que en esos días, con variaciones, fue una interpretación sostenida por muchos en distintos medios de comunicación (cfr. Chababo, 2004)–, se enfatizó que tanto la mujer como la jueza que otorgó la guarda de los niños actuaron teniendo en cuenta ante todo



el “interés de los menores”. Así, criticando la decisión del juez federal de procesar a esta mujer, este ex funcionario de la dictadura –en un artículo periodístico– expresaba:

“En primer lugar debe entenderse que un niño abandonado tiene necesidades que deben ser satisfechas *inmediatamente* por encima y al margen de cualquier derecho de los adultos que existan a su alrededor. (...) Los entonces niñitos, cuya guarda requirió a la Justicia la señora (...) estaban fehacientemente abandonados con una filiación desconocida, siendo obvio que la nombrada era totalmente ajena a esta dura realidad. Ante ese cuadro y cualquiera pudiese ser la causa de ese abandono –delictual o no–, *la realidad era que esas criaturas necesitaban que fueran socorridas*. Cuando esos casos fueron del conocimiento de la Jueza de Menores, ella hizo lo que podía y correspondía, es decir *entregarlos en guarda con la perspectiva de una futura adopción* y esa guarda se la confirió conforme a sus facultades de inmediato a una persona que por su exposición pública era sin duda conocida y tenida como una persona de bien” (destacado en el original)<sup>38</sup>.

En síntesis, criaturas que “necesitaban ser socorridas”, “abandonadas” sin una filiación conocida, fueron entregadas a una “persona de bien” para que, cumpliendo con todos los requisitos legales, las adoptara. Narrativas sobre el abandono que habilitaban y legitimaban la actuación de distintos funcionarios que, desde esa perspectiva, no hacían otra cosa que procurar una *familia normalmente constituida* a esos menores que *necesitaban ser socorridos*. Y en tanto ello era connotado como un “fin superior” posibilitaba que los niños fueran inscriptos como hijos de otros padres sin muchas averiguaciones respecto de su filiación, que se decretara su estado de adoptabilidad aún cuando sus padres o familiares se opusieran, y que los niños fueran entregados en adopción a conocidos, amigos o recomendados que formaban parte de la malla de relaciones de jueces y otros funcionarios.

De tal forma, ese ámbito –configurado tanto por relaciones jerárquicas y amplias atribuciones, como por una actitud *salvacionista* hacia quie-

nes eran clasificados como “abandonados”–, fue el escenario en el que pudo consumarse la sustitución de identidad de algunos de los niños desaparecidos.

## CONSIDERACIONES FINALES

En la introducción de este trabajo planteaba que si el ámbito judicial fue uno de los escenarios en los que se llevó a cabo la apropiación de niños, no sólo se debió al mayor o menor grado de afinidad político-ideológico de algunos de sus integrantes con la dictadura militar, sino también a las características de prácticas, relaciones y rutinas burocráticas presentes en él desde tiempo atrás. Así, como he desarrollado, los significados predominantes en torno a la adopción de niños, que llevaron a institucionalizar procedimientos que privilegiaron abiertamente el rol de los padres adoptivos haciendo como si los progenitores *desaparecieran* de la existencia de sus hijos; las narrativas sobre el “abandono” de niños que implicaban su tránsito hacia la adopción sin muchas indagaciones acerca de su veracidad; la falta de controles existentes y la amplitud de facultades otorgadas a los magistrados y funcionarios judiciales y administrativos fueron –entre otros– los elementos que contribuyeron a dar una apariencia de legalidad a prácticas aberrantes y abiertamente ilegítimas.

Sin embargo, vale aclarar que esta afirmación no implica desconocer la responsabilidad de muchos de los integrantes de este ámbito, quienes en distintos casos deliberadamente hicieron uso de sus atribuciones y facultades para consumir la apropiación, ni tampoco de las personas que, a sabiendas del origen de los niños, se presentaron en juzgados o tribunales para tramitar su adopción.

En lugar de ello, el análisis del circuito institucional de la apropiación entiendo que posibilita apreciar cómo determinadas categorías y procedimientos fueron fácilmente adaptables para intentar normalizar hechos atroces y sin precedentes. En tal sentido, a través del análisis de casos concretos, se puede observar cómo la apropiación se ensambló –en

muchos casos— en las estructuras institucionales y rutinas existentes, y tales estructuras, junto con las costumbres y usos burocráticos pudieron ser refuncionalizados rápidamente debido a sus características propias. En otras palabras, permite considerar cómo este ámbito, en virtud de la “sensibilidad legal” (Geertz, 1994) hacia los niños considerados “abandonados” y de la ideología sustentada por muchos de quienes cotidianamente lo construían, constituyó un campo propicio para consumir la sustracción y apropiación.

A la vez, posibilita considerar que los sentidos y valores morales en torno de la adopción de niños no sólo fueron utilizados para operacionalizar la apropiación, sino también examinar cómo fueron —y en algunos casos aún continúan siendo— usados para rechazar las demandas de restitución, justificar a quienes dieron en adopción o “adoptaron” a esos niños, y también para difuminar el hecho de la apropiación.

Apropiación criminal de niños que por la incansable tarea de Abuelas de Plaza de Mayo fue construida como un “acontecimiento político”, que marcó un antes y un después en nuestra sociedad, y que posibilitó no sólo restituir la identidad a muchos de los niños que fueron secuestrados y arrebatados a sus padres, sino también cuestionar muchas de las prácticas institucionales que, al ser habituales y aplicadas a otra población, se encontraban naturalizadas y por tanto opacadas.

A modo de epílogo me gustaría hacer una breve mención a dos casos de niñas apropiadas, que desde el año 2006 y 2008, son jóvenes que han recuperado su identidad y comenzado a reconstruir una historia diferente. Casos que, a más de 30 años de producidos estos siniestros hechos, posibilitan probar lo que se intuía y conocer la participación de otros actores que también contribuyeron a materializar la sustracción y apropiación.

En ambos casos se trata de niñas que nacieron durante el cautiverio de sus madres en la maternidad clandestina que, según diferentes testimonios y como se ha probado en distintas causas judiciales, funcionaba en el Hospital Militar de Campo de Mayo (cfr. Regueiro, 2008). Las dos fueron entregadas en adopción por diferentes juzgados, y adoptadas legalmente por matrimonios que, en principio, desconocían su verdadero ori-

gen y que cumplimentaron los requisitos que les fueron oportunamente exigidos. Las dos fueron ingresadas en el circuito de instituciones destinado a la minoridad como “menores abandonadas”. Y para ello quien intervino –también en ambos casos– fue el equipo de adopción del Movimiento Familiar Cristiano, aquel organismo privado que –como hemos visto en este trabajo– hacia fines de los años 60 se encargaba de fomentar las prácticas adoptivas.

“Respetable” equipo de adopción –para la opinión de muchos magistrados de aquella época– que promovía la adopción de niños como un medio de socorrer a criaturas necesitadas y que, como relataban algunos de mis entrevistados, se encargaba de “presentar familias” que querían adoptar, “conseguir” niños para ser adoptados o incluso de hacer presión sobre las madres para que entregaran a su hijo en adopción. Otro actor que también conformaba aquella peculiar trama institucional en la que la apropiación intentó ser normalizada.

## NOTAS

- 1- Dr. Luis Estivill, *La Razón*, 22 de agosto de 1969, “Se procura terminar con la venta de chicos”.
- 2- Cabe destacar que en este trabajo desarrollo algunos de los problemas que he abordado más extensamente en mi tesis doctoral (Villalta, 2006a) y que han sido parcialmente publicados (Villalta, 2005; 2006b). El trabajo de campo para la realización de la misma –que desarrollé durante los años 2003 y 2005– consistió en la recopilación de documentos, material de archivo, expedientes y sentencias judiciales sobre pérdida de patria potestad y adopción, la realización de entrevistas a funcionarios y agentes que en los años 60 y 70 trabajaron en distintas instituciones del campo de la minoridad, y la recopilación y análisis de expedientes judiciales y sentencias sobre restitución de niños apropiados durante el terrorismo de estado y entrevistas con distintos profesionales de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo.
- 3- Este organismo era el Consejo Nacional de Menores, creado en el año 1957, que tenía entre sus facultades ejercer conjuntamente con los jueces el Patronato de Menores (ley

10.903). Si bien recibió distintas denominaciones a lo largo de su historia y tuvo diferentes cambios de nivel, de él siempre dependieron los institutos de menores –de “seguridad” y “asistenciales”–, hogares para menores y diferentes programas. Entre estos últimos, desde mediados de los años 60, existieron diferentes programas relacionados con la adopción de niños.

- 4- Para este análisis partimos de la idea de que las reformas producidas y las categorías inauguradas con ellas en lugar de ser vistas como una creación repentina y azarosa que surgió de la nada, descansan en el terreno de la política y la moral (Melossi, 1992); y pueden ser leídas como consecuencia de las prácticas que en relación con la adopción de niños se venían desarrollando. Por ello, permiten dar cuenta del campo de significados en torno a la adopción.
- 5- Zannoni y Orquín, 1978:51.
- 6- Para un análisis de las características de este tipo de adopción que desde mediados de los años 60 fue incorporada en las legislaciones de distintos países, ver Fonseca (1998, 2002), Ouellette (1995, 1998).
- 7- Este tipo de propuestas fueron vertidas en el Congreso “El menor abandonado, problemas socio-económicos y jurídicos”, 4 al 6 de septiembre de 1969, organizado por la Liga de Pro Comportamiento Humano. En este evento participaron, además de jueces y asesores de menores, las siguientes organizaciones: Liga de Madres de Familia, Instituto Pastoral de la Adolescencia, Caritas, Obra Cardenal Ferrari, Equipo de Adopción del Movimiento Familiar Cristiano, Patronato de la Infancia, Unión Argentina de Protección a la Infancia, Sociedad de Damas Israelitas, Ejército de Salvación, Obras Privadas de Asistencia al Menor (OPAM), Coordinación de Obras y Asistencia Social (COAS), entre otras, y también la Dirección General de la Minoridad y la Familia, dependiente del Ministerio de Bienestar Social.
- 8- Jurisprudencia Argentina, Tomo I, año 1969. p. 267.
- 9- Art. 11, ley 19.134. En relación con la comprobación judicial del abandono, el trámite seguido –como veremos en el análisis de casos– consistía en la búsqueda del paradero de los padres mediante edictos judiciales que eran publicados o bien en las últimas páginas de los periódicos o en el boletín oficial. Si nadie se presentaba a reclamar por el niño, se procedía a declarar el estado de abandono. En relación con este procedimiento, es interesante tener en cuenta lo planteado por Zanotti respecto de una práctica que aun hoy es muy común en algunos juzgados: “¿Qué hace un juez cuando le

llega un niño supuestamente abandonado?, publica edictos. Hay un aforismo que dice: ‘Menos leído que edicto judicial’, entonces, si desde el principio un menor no es identificado, cuando la cosa está en caliente, en el futuro la identificación se hace, si no imposible, muy dificultosa” (Zanotti, 2005:172).

- 10- Así lo planteaba Roberto Christensen, para quien la voluntad del juez era el “resultado de un examen de la situación tendiente a verificar que la adopción sea beneficiosa al adoptado desde todos los puntos de vista que se aprecie. Claro es que entre los muchos factores que el juez debe examinar, ocupa un lugar primordial la voluntad de los padres del menor; pero ésta no es decisiva, para evitar que los padres negligentes o de vida desordenada impidan la formación de un vínculo que claramente reportará provecho moral y material al menor” (1953:101).
- 11- Art. 10, inc. d), Ley 19.134.
- 12- Así lo expresaba Florencio Varela en un artículo publicado en el diario *La Nación* en diciembre de 1982, oportunidad en la cual elogiaba a la ley 19.134 por el avance que había significado, y además planteaba “El tiempo dio la razón a quienes sostenían la adopción plena, que es la que hoy se aplica prácticamente en todos los casos, pues los padres adoptivos quieren un hijo “completo”, al que quieren integrar completamente en su familia” (Diario *La Nación*, 30/12/1982, “Reflexiones sobre la adopción de menores”, por Florencio Varela).
- 13- Esta atribución del organismo administrativo de protección de la minoridad se formalizó en el año 1977, momento en el cual, Florencio Varela quien conducía la Secretaría de Estado del Menor y la Familia, dicta la resolución 922/77 que “legalizó” la entrega de niños para su posterior adopción sin control judicial. Al respecto, un asesor de menores de una larga trayectoria, en una entrevista mantenida en el año 2004, señalaba: “En los años 70 esa facultad administrativa fue tremendamente mal usada porque se entregaban criaturas encontradas en la esquina de tal y tal, o –y le estoy dando casos textuales– ‘cuatro personas en un Falcón dejaron en la puerta de la agencia tal un niño, diciendo que nunca la madre podría venir a reclamarlo’, lo cual era absolutamente cierto, y entonces se entregaba la criatura sin ningún otro tipo de investigación. La entrega de niños NN en los años duros motivó desde esta Defensoría una lucha muy dura para controlar judicialmente la entrega en guarda”. Asesor de Menores.
- 14- Muchos de los agentes que entrevisté durante mi trabajo de campo, que habían trabajado en los años 60 y 70 en instituciones del campo de la minoridad, daban cuenta de

la connotación positiva que tenía la adopción plena y el hecho de que los padres biológicos cortaran sus lazos con los hijos que entregaban en adopción. Por ejemplo, una asistente social que trabajó en un juzgado de menores a principios de los años 70, relataba: “Y la adopción era vista (...) como una decisión, en esos años 70 estaba, no digo todo dado vuelta, pero había mucha cuestión (...) era un proceso por el que transitaban... en el que alguien se desprendía de su hijo y lo entregaba a otro (...) entonces, por lo menos yo traté que las madres con las que trabajé llegaran a esa decisión pero llegarán por sí mismas, *marcando muy claramente que si vos lo entregás en adopción, lo entregás* en adopción no hay cuento que te lo cría Ana y José y dentro de 10 años te lo vuelven a dejar, cuando vos lo entregás en adopción, lo entregás”. Asistente social.

- 15- Actas del Congreso “El menor abandonado, problemas socio-económicos y jurídicos”, 1969, p. 62.
- 16- Se debe tener en cuenta que la Iglesia Católica desde el momento de su incorporación al ordenamiento legal miraba con desconfianza a la adopción, y directamente había rechazado la posibilidad de adoptar al “hijo ilegítimo”, ya que de esta forma la adopción iba a servir para encubrir situaciones irregulares. Sin embargo, con los procedimientos que comienzan a desarrollar estos grupos de laicos se dedican a gestionar un tipo de adopción “moralmente aceptable”.
- 17- Exposición de la Dra. Susana Fernández de la Puente, en: Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1970, “Adopción”, pp. 500. (resaltado nuestro).
- 18- Un ex asesor de menores, en una entrevista realizada en el año 2005, recordaba en estos términos el carácter casi inevitable que poseía la adopción en el caso de niños abandonados o de mujeres que expresaban no podían criar a sus hijos: “Siempre me acuerdo cuando la Dirección de Menores funcionaba ahí en la calle Humberto I, ahí estuvo durante mucho tiempo, de esto estamos hablando del 60 hasta los 70, y mediados de los 70 también, cuando había una madre que decía ‘estoy embarazada no sé qué hacer con mi chico’, había varias oficinas y entonces directamente le señalaban una oficina que tenía una chapa que decía ‘Adopciones’, o sea que el camino era bastante inmediato, bastante inmediato, la idea era que si alguien no podía criar a su hijo lo diera en adopción”. Ex Asesor de Menores.
- 19- En la Casa Cuna, hospital público infantil llamado Dr. Pedro de Elizalde, funcionó hasta mediados del siglo XX la Casa de Niños Expósitos.
- 20- La “guarda” es una figura que legaliza la situación material de tener un menor a cargo.

Formalizar una “guarda” era tanto una atribución judicial o administrativa y su carácter era provisorio o definitivo.

- 21- La inscripción de nacimiento de los niños sin filiación conocida era realizada por los juzgados de menores que tenían atribuciones para ello. Sin embargo, la inscripción tardía con el apellido del “pretense adoptante” contravenía lo dispuesto por la ley 18.248 que estipulaba que a esos niños debía adjudicársele un apellido común (Díaz, González), y en el caso de que fueran adoptados se les impondría el apellido de sus padres adoptivos. Es interesante tener en cuenta que esta práctica habitual comenzara a ser cuestionada por la acción de los abogados de Abuelas de Plaza de Mayo, quienes encontraron que los niños habían sido inscriptos por “trámite judicial” con el apellido de quienes los tenían en guarda y serían sus adoptantes, lo que revela que la guarda era vista como un camino sin retorno hacia la adopción.
- 22- Cfr. Herrera y Tenenbaum, 1990.
- 23- Una de las abogadas de Abuelas de Plaza de Mayo, contaba en una entrevista mantenida en el año 2005: “En esta pieza estaba el juez –que después eso le costó el puesto de Procurador–, el juez que lo entregó al chico, lo estaba dando en adopción a su mejor amigo, que era un abogado de la Bolsa de Comercio, y en esta otra pieza le estaba diciendo al abuelo del chico que había que hacer un juicio por abandono a los padres, porque los padres habían hecho abandono del chico. Y aparte no había dudas porque el chico tiene el labio leporino”. Abogada de Abuelas de Plaza de Mayo.
- 24- Así, como sostiene María José Sarrabayrouse Oliveira “si bien desde una definición normativa, el Poder Judicial –en tanto institución de la modernidad– es un aparato legal-burocrático, universalista e igualitario regulado por un sistema de reglas abstractas (...) simultáneamente se encuentra permeado por un sistema de relaciones personales, que se manifiesta como un factor estructural antes que como ‘supervivencias del pasado que el juego del poder y de las fuerzas económicas luego marginalizará’ (Da Matta, 1980:203)” (2004:204).
- 25- En el año 1990 el voto de la mayoría se compuso por seis magistrados, también adhirió a él otro juez según su voto. Los otros dos miembros de la Corte votaron en disidencia argumentando que por el derecho a la identidad consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, cabía hacer lugar a lo peticionado por los abuelos –un examen de ADN– y a ello no podía oponerse el padre adoptivo porque se estaría oponiendo a la garantía de un derecho esencial de su representado, como es el de conocer su identi-



- dad de origen (cfr. Fallo Müller, CSJN, 313:1113.Votos en disidencia).
- 26- Fallo Müller, CSJN 313:1113. Voto de la mayoría.
  - 27- “M. de G. c/ S. S. sobre nulidad de adopción”, en: *Los niños desaparecidos y la justicia. Algunos Fallos y resoluciones*, Tomo 2, Abuelas de Plaza de Mayo.
  - 28- Juzgado Federal N° 1 de San Isidro, Causa N° 7522, “Barnes de Carlotto, Estela s/denuncia”.
  - 29- La ley provincial 4664, ya derogada, establecía en su art. 8 que los tribunales de menores conocían en única instancia en casos de niños cuya salud, seguridad, educación “se hallare comprometida”, y cuando por “razones de orfandad o cualquier otra causa, estuvieren material o moralmente abandonados, corrieren peligro moral o estuvieren expuestos a ello”.
  - 30- Juzgado Federal N° 1 de San Isidro, Causa N° 7522, “Barnes de Carlotto, Estela s/denuncia”.
  - 31- Si de la evaluación del juez surgen estas diferencias que constituyeron algunos de los elementos para fundar el procesamiento de la empresaria, desde otra perspectiva es interesante analizar, sin desatender a los contrastes que guardan, las semejanzas que presentan; en tanto, aquellos casos intentaron ser “normalizados” a partir de “armar” los expedientes mediante la integración de elementos que han sido “habituales” en la tramitación de las adopciones. Así, por ejemplo, lo que se observa en aquellas otras causas es que –como hemos señalado– también existieron inscripciones de nacimiento de los niños con el apellido de quienes serían sus futuros adoptantes y como hijos de NN, aún cuando se sabía el nombre de la madre; la presencia de la fórmula “conoció al niño en los estrados del tribunal”, y de los consabidos informes socio-ambientales en los que se destacan las ventajas materiales de los futuros adoptantes. Por otro lado, cuando existe un acta de entrega de un niño con fines de adopción por parte de su madre biológica, se observa el énfasis en destacar que se trata de una “decisión FIRME” y que “NO SE ARREPENTIRÁ” (así destacado en el expediente) de la entrega del niño en adopción.
  - 32- Juzgado Federal N° 1 de San Isidro, Causa N° 7522, “Barnes de Carlotto, Estela s/denuncia”.
  - 33- Lo que aun no se encuentra probado en la causa es que los niños, ahora jóvenes, sean hijos de desaparecidos. Sin embargo, como nos contaba una abogada de Abuelas de Plaza de Mayo lo que está acreditado es que la empresaria armó los expedientes: “Que

los expedientes esos son truchos está probado, falta saber de quién son los chicos por eso insistimos en los análisis, porque suponéte que está bien que no sean hijos de desaparecidos, pero de ella no son. Entonces ella fraguó los expedientes, esas adopciones son nulas de nulidad absoluta, que ella después (...) les podrá hacer una donación de su imperio y todo lo que quiera, pero no los puede adoptar porque delinquirió contra esos chicos” Entrevista a abogada de Abuelas de Plaza de Mayo.

- 34- Debemos destacar que no ha sido posible establecer si los niños realmente “ingresaron” al juzgado –como sí lo hicieron los otros chicos secuestrados que en los casos analizados fueron derivados por la Policía Federal o la Casa Cuna–, o si fueron “conseguidos” por otras vías y luego se recurrió al aparato judicial para dar una apariencia de legalidad a esa apropiación. A partir de los testimonios recabados, esta última opción parecería ser la más plausible, pero en la causa judicial no se avanzó en la investigación de este tema.
- 35- Como plantea Adriana Vianna, al analizar procesos judiciales de guarda de niños, ocurridos durante fines de la década del 80 y principios de los 90, en Río de Janeiro, Brasil, los relatos sobre el abandono de niños sugieren un tipo particular de drama, y llevan implícito como proyecto el “rescate”. Por lo tanto, plantea que “la escena completa del abandono y del rescate se inscribe en un determinado campo previo de significados, fijando para aquellos que recogen un niño el papel de salvadores, inclusive con los componentes dramáticos de la casualidad y de la coincidencia” (2005:36). Para su análisis retoma a Boswell, quien destaca que las concepciones contemporáneas de abandono y exposición –como abandono en lugar público– subrayan la dimensión del riesgo, de forma que está siempre en el horizonte la posibilidad de la muerte del niño, sentido ausente en los términos empleados en la Antigüedad. “Exponer” un niño significaba, sobre todo colocarlo fuera de la casa, en un lugar donde podría ser visto y, en consecuencia, recogido. En el caso de algunas lenguas modernas –Boswell explora los sentidos de los términos en inglés y en francés contemporáneos, entre otros– los niños abandonados son representados con el sentido de su descubrimiento ya presumido: “founding” o “enfant trouvé” (1988:25-26 citado en Vianna, 2005:64).
- 36- Si bien no existen estadísticas sobre “abandono de niños”, los datos disponibles muestran que una gran parte de los chicos que luego son adoptados han sido entregados por sus madres en alguna institución –en general, hospitales– mientras que los procedentes de los denominados “abandonos en la vía pública” representan una minoría. Sin

embargo, como señalan Giberti, Gore y Taborda, la información publicada en los diarios sobre el tema sólo da cuenta de “procedimientos policiales que rescatan bebés recién nacidos y abandonados en el baño de una confitería o que describen el estado de ánimo del chofer de un camión recolector de basura al encontrarse con una beba embolsada en polietileno para ser compactada” (1997:33), enfatizando de esta forma la evaluación negativa hacia los progenitores que así actúan.

- 37- Además, al presentar a los niños como desprovistos de todo lazo social estas historias son las que mejor se ajustan al modelo de “ruptura” predominante en las prácticas de adopción de nuestra sociedad. Modelo que privilegia el secreto de origen, la “adopción plena” y está basado en un ideal de familia de clase media, y que se contrapone a un modelo de “continuidad” de los lazos familiares en el que la filiación en lugar de ser vista como sustitutiva –como ocurre en el modelo de ruptura– sea considerada como aditiva (cfr. Fonseca, 1998, 2002; Ouellette, 1998).
- 38- “El abuso y la ignorancia del juez Marquevich”, por Florencio Varela (Ex director de Minoridad y familia, ex juez de instrucción) Diario *Clarín*, 20/12/2002.

## BIBLIOGRAFÍA

- Bourdieu, Pierre.** 1999. *Meditaciones pascalianas*, Anagrama, Barcelona.
- Boswell, John.** 1988 *The Kindness of Strangers: the abandonment of children in Western Europe from late antiquity to the renaissance*. New York: Vintage Books.
- Chababo, Rubén.** 2004 “Una tradición de silencios”, en: *Identidad. Construcción social y subjetiva*, Abuelas de Plaza de Mayo, Buenos Aires.
- Da Matta, Roberto.** 1980 *Carnavais, malandros e herois*, Zahar, Río de Janeiro
- Fonseca, Claudia.** 1998 *Caminos de adopción*, Eudeba, Buenos Aires.
- 2002 “Inequality near and far: adoption as seen from the Brazilian favelas”, en: *Law & Society Review*, 36(2).
- Geertz, Clifford.** 1994. *Conocimiento local. Hecho y ley*, Paidós, Buenos Aires.
- Giberti, Eva.** Chavanneau de Gore, Silvia y Taborda, Beatriz. 1997. *Madres excluidas*, Norma/FLACSO, Buenos Aires.
- Guy, Donna.** 1995. “From Property Rights to Children’s Rights: Adoption in Argentina, 1870-1948”, ponencia presentada al Congreso de LASA.

- 1998 “Madres vivas y muertas, los múltiples conceptos de la maternidad en Buenos Aires”, en: Balderston, D. y Guy, D. (comp.) *Sexo y sexualidades en América Latina*, Paidós, Buenos Aires.
- Herrera, Matilde y Tenenbaum, Ernesto.** 1990. *Identidad, despojo y restitución*, Contrapunto, Buenos Aires.
- Kant de Lima, Roberto.** 2005 “Policía, justicia y sociedad en el Brasil: un abordaje comparativo de los modelos de administración de conflictos en el espacio público”, en: Tiscornia, Sofía y Pita, María (eds) *Derechos humanos, tribunales y policías en Argentina y Brasil. Estudios de antropología jurídica*, Antropofagia, Buenos Aires.
- Martínez, Josefina.** 2004 “Paternidades contenciosas. Un estudio sobre filiaciones, leyes y burocracias”, en: Tiscornia, Sofía (comp.) *Burocracias y violencia. Estudios de antropología jurídica*, Antropofagia, Buenos Aires.
- Melossi, Darío.** 1992 “La gaceta de la moralidad: el castigo, la economía y los procesos hegemónicos de control social”, en: *Delito y Sociedad*, Año 1, N° 1, Buenos Aires.
- Ouellette, Françoise-Romaine.** 1995 “La part du don dans l’adoption”, en: *Anthropologie et Société*, Volume 19, n. 1-2, Université Laval, Québec.
- 1998 “Les usages contemporains de l’adoption”, en: Agnès Fine (dir.) *Adoptions. Ethnologie des parentés choisies*, Editions de la Maison des sciences de l’homme, Paris.
- Regueiro, Sabina.** 2008. “Maternidades Clandestinas de Campo de Mayo. Tramas burocráticas en la administración de nacimientos”, en: Tarducci, Mónica (comp.) *Maternidades en el siglo XXI*, Espacio Editorial, Buenos Aires.
- Sarrabayrouse Oliveira, María José.** 2004. “La justicia penal y los universos coexistentes: Reglas universales y relaciones personales”, en: Tiscornia, Sofía (comp.) *Burocracias y violencia. Ensayos sobre Antropología Jurídica*, Antropofagia, Buenos Aires.
- Vianna, Adriana.** 2005 Direitos, moralidades e desigualdades: considerações a partir de processos de guarda de crianças. En *Antropologia e direitos humanos* 3. Kant de Lima, Roberto, org. Pp 13-67. Niteroi: Editora da UFF.
- Villalta, Carla.** 2003. “Las primeras formas legales de la adopción de niños: nuevos procedimientos y disputas”, *Revista Cuadernos del Instituto Nacional de Antropología y Pensamiento Latinoamericano*, N° 20, Buenos Aires, pp. 371-389.
- 2005. “La apropiación de menores: entre hechos excepcionales y normalidades admitidas”, En. Lo Giúdice, Alicia (comp.) *Psicoanálisis. Restitución, apropiación, filiación*; Abuelas de Plaza de Mayo, Buenos Aires, pp. 175-199.

- 2006a “Entregas y secuestros: la apropiación de ‘menores’ por parte del Estado”, Tesis de Doctorado, Facultad de Filosofía y Letras, UBA, Buenos Aires.
- 2006b “Cuando la apropiación fue ‘adopción’. Sentidos, prácticas y reclamos en torno al robo de niños”, en: Revista Cuadernos de Antropología Social, Nffl 24, Instituto de Ciencias Antropológicas, FFyL, UBA, Buenos Aires, pp. 147-173.
- Zanotti, Elvio.** 2005 “Derecho a la identidad. Una perspectiva jurídica”, en: Lo Giudice, Alicia (comp.) *Psicoanálisis. Restitución, apropiación, filiación*, Abuelas de Plaza de Mayo, Buenos Aires.

## FUENTES Y DOCUMENTOS

- Diario La Razón, 22 de agosto de 1969, “Se procura terminar con la venta de chicos”.
- Diario La Nación, 30 de diciembre de 1982, “Reflexiones sobre la adopción de menores” por Florencio Varela.
- Diario Clarín, 20 de diciembre de 2002, “El abuso y la ignorancia del juez Markevich”, por Florencio Varela.
- Christensen, Roberto, *La adopción. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, Abeledo Editor, Buenos Aires, 1953.
- Zannoni, Eduardo y Orquín, Leopoldo, *La adopción y su nuevo régimen legal*, Astrea, Buenos Aires, 1978.
- Liga Pro-Comportamiento Humano, Actas del Congreso “El menor abandonado. Problemas socio-económicos y jurídicos”, Buenos Aires, 1969.
- Revista de Jurisprudencia Argentina, Tomo I, año 1969.
- Revista de Jurisprudencia Argentina, Serie Contemporánea, Doctrina, año 1970.
- Anales de Legislación Argentina. Leyes 13.252 (1948), 18.248 (1969), 19.134 (1971).
- Resolución 922/77, Secretaría de Estado del Menor y la Familia. Biblioteca y Centro de Documentación “Jorge Eduardo Coll”, Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia.
- Corte Suprema de Justicia. C, J A. s/querrela por ocultamiento y retención, 4C 1266 XVIII.
- Corte Suprema de Justicia. Müller, J. s/denuncia, 313:1113.
- “M. de G, c/ S. S. sobre nulidad de adopción”, en: *Los niños desaparecidos y la justicia*,

Tomo 2, Abuelas de Plaza de Mayo.

- Expediente judicial “Barnes de Carlotto, Estela s/denuncia”. Juzgado Federal N° 1 San Isidro.

## **Anexo**

En esta sección se incluyen algunos materiales complementarios así como decisiones judiciales importantes que son el resultado del trabajo de litigio de Abuelas en las causas, y que muestran que es posible avanzar en el camino de verdad y justicia.





# Acordada N° 29/08 (22/10/2008) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, relacionada con la publicidad de los juicios orales.

Acordada N° 29/08  
Expediente N° 4233/08

Corte Suprema de Justicia de la Nación

En Buenos Aires, a los 28 días del mes de octubre del año dos mil ocho, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, los señores Ministros que suscriben la presente,

**CONSIDERARON:**

Que en el marco de decisiones de diversa naturaleza que la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene adoptando con el objeto de elevar la calidad institucional del Poder Judicial y profundizar el Estado de Derecho vigente en la República, resulta apropiado para el logro de estos altos objetivos promover la difusión de los juicios orales, teniendo en cuenta que el principio de publicidad del proceso constituye una de las condiciones fundamentales de legitimidad de la administración de justicia.

Que es preciso garantizar el derecho a la información en los casos judiciales de trascendencia pública que generaron gran interés en la ciudadanía. En este sentido, como las salas de los tribunales sólo pueden albergar a un limitado número de personas, su transmisión por los medios audiovisuales evitaría la exclusión de aquellos que no pueden ingresar en el recinto.

Que esta regla de transparencia debe ser ponderada teniendo en cuenta el debido proceso, la privacidad de las personas acusadas y su derecho al respeto del principio de inocencia. Asimismo, es necesario preservar el buen cumplimiento de los actos procesales, la reserva de los testimonios, y la mesura con que deben ser tratadas las cuestiones del enjuiciamiento.

Que la presente regulación se dicta en ejercicio de las facultades de superintendencia que tiene esta Corte Suprema y su objetivo es establecer criterios generales de política de comunicación para el Poder Judicial con referencia a la difusión pública de los juicios orales. Ello no va en desmedro de las facultades de los jueces de fijar sus propios criterios como directores del proceso (Libro III, Título I, Capítulo II del Código Procesal Penal de la Nación) y atendiendo a las circunstancias del caso.

Que, por consiguiente, ninguna de las normas que componen esta reglamentación podrá interpretarse en el sentido de que ella importe una restricción al ejercicio del derecho de informar, amparado por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 75, C.N.).

Por ello,

ACORDARON:

I) En los juicios orales el tribunal a cargo de las actuaciones permitirá la difusión radial y televisiva de los siguientes actos:

- a) Actos iniciales del juicio (artículos 374 y 378 del Código Procesal Penal de la Nación)
- b) Discusión final: los alegatos (artículo 393 del Código Procesal Penal de la Nación)
- c) Lectura de la sentencia, en su parte dispositiva y fundamentos (artículo 400 del Código Procesal Penal de la Nación)

II) El Tribunal podrá establecer las limitaciones que estime necesarias en ejercicio de las facultades ordenatorias del proceso y atendiendo a las particularidades del caso.

III) La cobertura periodística se ajustará a las siguientes reglas:

a) Los medios de comunicación que tengan la intención de efectuar la cobertura de un juicio oral deberán solicitar la acreditación correspondiente ante el tribunal a cargo del proceso. No se permitirá el acceso al recinto, durante el juicio, de los periodistas no acreditados.

b) Los periodistas acreditados deberán respetar las normas adecuadas de ingreso y permanencia que establezca el tribunal para el público en general.

c) El periodista que ingrese a la sala se compromete a asistir en carácter de oyente, a ocupar exclusivamente el sector destinado a la prensa y a no interferir en el desarrollo del juicio oral (art. 369 del Código Procesal Penal de la Nación).

d) La ubicación de las cámaras de televisión y de los reporteros gráficos para realizar la cobertura de las instancias del proceso permitidas, será determinada por el tribunal, que arbitrará, en la medida de sus posibilidades, los medios necesarios (físicos y técnicos) para garantizar el mejor registro de imágenes posible, teniendo en cuenta que su disposición en la sala no interfiera con el desarrollo del juicio.

e) Las consultas, entrevistas o preguntas a las partes no podrán realizarse dentro del ámbito del tribunal. Se asignará, cuando fuera posible, un espacio específico para este fin.

f) El tribunal requerirá a un medio televisivo local o nacional, preferentemente público, la toma de imágenes para su posterior distribución entre las emisoras televisivas que cubran el proceso y que no pudieran ingresar a la sala de audiencias por insuficiencia del espacio físico destinado a esa finalidad.

g) Los medios periodísticos, tanto gráficos como audiovisuales, no podrán tomar registros de audio o de imágenes durante la etapa de prueba, ni de los testimonios, ni de las pericias.

Todo lo cual dispusieron y mandaron, ordenando que se publicase en el Boletín Oficial, se comunicase en la página web del Tribunal y en la página [www.cij.csjn.gov.ar](http://www.cij.csjn.gov.ar) y registrase en el libro correspondiente, por ante mí, que doy fe.

[Firman:]

Ricardo Lorenzetti, Enrique Petracchi, Carlos Fayt, Elena Highton de Nolasco, Carlos Maqueda, Raúl Zaffaroni y Héctor Marchi (secretario general de Administración de la CSJN).

# Proyecto de reforma del Código Procesal Penal de la Nación impulsado por Abuelas de Plaza de Mayo para la obtención de ADN en investigaciones judiciales.

**Proyecto de Ley.**

**Modificación del CPPN.**

Art. 1º.- Incorporarse el art. 218 bis al Código Procesal Penal de la Nación, que quedará redactado de la siguiente forma:

“Obtención de ADN. El juez podrá ordenar la obtención de ADN del imputado o de otra persona, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación.

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

La misma será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su género y otras circunstancias particulares.

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

Asimismo, cuando se deba obtener ADN de la presunta víctima del delito, la medida ordenada se practicará teniendo en cuenta tal condición, a fin de evitar su revictimización y resguardar los derechos específicos que detenta.

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

Art. 2º.- Comuníquese, etc.

#### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

El presente proyecto tiene por objeto regular la obtención de ADN de las personas como medida de prueba en el proceso penal.

El extraordinario progreso de la ciencia médica y la genética ha permitido el desarrollo de técnicas eficaces para la constatación de ciertos hechos, como la identidad de una persona o la filiación, con un grado de certeza inalcanzable por otros medios. Estas modernas técnicas científicas han sido receptadas prácticamente en el proceso de conocimiento llevado adelante por los órganos públicos encargados de la aplicación de la ley penal, y representan un instrumento altamente eficaz e insustituible para la averiguación de la verdad.

En efecto, existen numerosas conductas prohibidas por la ley de fondo cuya investigación y punición se tornaría actualmente sumamente dificultosa e incluso imposible, sin la utilización de este medio de prueba, como pueden ser delitos sexuales, homicidios, sustracción de menores, sustitución de su identidad de menores, etc.

Sin embargo, el Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984, sancionado el 21 de agosto de 1991) no reguló de un modo específico este medio de prueba. Es por eso que, hasta el momento, los jueces que han ordenado la extracción de ADN de un imputado o un tercero, han fundado normativamente dichas resoluciones en disposiciones genéricas del CPPN que prescriben la averiguación de la verdad como uno de los fines de la instrucción a cargo de los magistrados, y autorizan para ello la producción de ciertas medidas que implican una restricción de derechos individuales, como la inspección corporal (arts. 193, 194 y 218; antes de la entrada en vigencia del CPPN, arts. 178, 180 y 182 del Código de Procedimientos en Materia Penal).

Si bien la facultad de ordenar la medida de obtención de muestras biológicas del imputado o un tercero, se encuentra reconocida genéricamente en la legislación vigente, un progresivo reconocimiento de las garantías individuales, coherente con los estándares internacionales que rigen en la materia, hace necesario adecuar la legislación procesal penal a los principios constitucionales que autorizan y regulan la injerencia estatal en la esfera de los derechos individuales. En esta línea, el presente proyecto regula la medida de obtención de material genético de una persona ciñéndose a las garantías constitucionales que protegen a los individuos, tanto imputados como terceros, frente al poder de los órganos públicos encargados de la persecución penal.

Debe remarcar, en este sentido, la necesidad de que esta medida de prueba sea prevista y regulada estrictamente por una ley formal (art. 18 CN). Ello por cuanto el *principio constitucional de reserva de ley*, que constituye un pilar del Estado de derecho, “reclama que toda afectación estatal de la esfera de derechos de los ciudadanos en el marco de una persecución penal esté regulada expresamente en

una norma de injerencia específica (*nulla coactio sine lege*)” (c.fr. Guariglia, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, pág. 204). Este principio constitucional se deriva directamente del sistema republicano y democrático de gobierno (art. 1° CN), que exige la división de los poderes públicos y reserva para el Poder Legislativo la reglamentación general de los derechos (art. 28 CN). El fundamento de este principio radica en la mayor representatividad democrática que detenta el Poder Legislativo, constituido pluralmente por los representantes del pueblo de la Nación y de las provincias, alineados en distintas fuerzas políticas. Es por eso que corresponde al Congreso, y no al magistrado a cargo de la investigación, reglamentar de un modo general la procedencia de esta medida, determinando estrictamente los límites con los que procede. Luego, corresponderá al Juez interviniente determinar en el caso concreto la necesidad y razonabilidad de la medida, y el modo en que la misma deberá practicarse.

Por otra parte, corresponde aclarar, a efectos de disipar toda duda al respecto, que la obtención de material genético, aun en contra de su voluntad, ordenada como medida de prueba en el marco de un proceso penal, no implica una afectación a la garantía de la prohibición de ser obligado a declarar contra sí mismo (*nemo tenetur se ipsum accusare*, art. 18 CN). Aun dentro del ámbito de operatividad de la garantía, es decir, exclusivamente respecto de los derechos del imputado, el principio *nemo tenetur* no prohíbe la producción de la medida de obtención de material genético, toda vez que ella no requiere la cooperación activa del sujeto. En este sentido, cabe recordar que desde antiguo la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha seguido el principio de que lo prohibido por la Ley Fundamental es compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieran provenir de su libre voluntad; pero ello no incluye los casos en que cabe prescindir de esa voluntad, entre los cuales se encuentran los supuestos en que la evidencia es de índole material (doctrina de Fallos: 255:18 y sus citas; 318:2518, 320:1717). En idéntico sentido se pronuncia autorizada doctrina nacional (ver Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*, Del Puerto, Buenos Aires, 2004, pág. 675). Este mismo criterio fue plasmado en el Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut (ley 4.566 de la Legislatura de la Provincia de Chubut,



actualmente derogada) elaborado por el Dr. Julio B. J. Maier, y en el “Proyecto Maier” de 1986, que sirvieron de fuente para la redacción del presente proyecto.

Tampoco está en juego aquí el derecho a la intimidad personal (art. 18 CN). Este derecho ha sido definido como el respeto debido a aquellos espacios o ámbitos que las personas voluntariamente sustraen o pretenden sustraer del conocimiento de los demás o del conocimiento de la generalidad (Cf. Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, §§ 39 y 40, pág. 304 y ss., definición de intimidad en pág. 327). En cambio, en el caso del ADN de una persona, no se trata de un elemento que ésta voluntariamente decide ocultar, sino que el mismo se encuentra naturalmente oculto en su cuerpo.

En este sentido, el Procurador General de la Nación tiene dicho que “ninguna disposición constitucional o infraconstitucional se contrapone a la posibilidad de que, si se cumple con todos los requisitos legales necesarios, se ingrese a un ámbito en principio privado para obtener ciertos objetos y que luego éstos sean peritados, cotejándolos, p. ej., con una muestra indubitable. Por el contrario, la propia Constitución admite que la ley autorice en ciertos casos la intromisión de los órganos estatales encargados de la persecución penal en la libertad, la intimidad, la vida privada y demás derechos de las personas, incluso las no imputadas, cuando se debe salvaguardar el interés de la sociedad en la investigación y el castigo de los delitos” (Dictamen PGN en la causa G. 1015, XXXVIII; Dictamen PGN en la causa S.C. G. 291; L.XLIII)

Entrando en el análisis de los derechos que podrían verse limitados por la producción de la medida, y en particular respecto del derecho a la salud y la integridad física de la persona, conforme a la experiencia común, se entiende que una mínima intervención en el cuerpo, como la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre o de un hisopado de saliva, etc., no implica una afectación de los mismos. No obstante, si dadas las circunstancias particulares del caso, la ejecución de la medida pudiera implicar una afectación a la vida o la salud de la persona, el juez no podrá ordenar la producción de la misma. Esta prohibición se impone en virtud del principio de razonabilidad, pues no puede admitirse que el

interés por la persecución de los delitos sea colocado por encima de la vida o la salud de una persona. Sin embargo, debe aclararse que para estos casos se prevé expresamente la alternativa de obtener muestras biológicas por otros medios que no impliquen una injerencia, ni siquiera mínima, en el cuerpo de la persona, como pueden ser la requisita o el allanamiento de morada.

Finalmente, resta analizar cuáles son las limitaciones admitidas al derecho a la autodeterminación personal. Este derecho implica la facultad del individuo, en tanto sujeto dotado de discernimiento y voluntad, de decidir sobre sus propias acciones, y correlativamente, el derecho a que se respete esta decisión. Pues de ello depende, en definitiva, el reconocimiento de su dignidad como persona. Es por eso que, el presente proyecto debe decidir, de un modo acorde con los principios republicanos y democráticos, el aparente conflicto que se presenta entre el ejercicio del derecho de autodeterminación personal y el interés general en la averiguación de la verdad sobre ciertos hechos, sobre los que debe aplicarse la ley. Al respecto, se entiende que el derecho de autodeterminación individual debe ceder en determinadas situaciones donde está comprometido el interés de otras personas en que se garanticen sus derechos constitucionales y el interés general de la sociedad en la vigencia de la legalidad. Esta solución emana directamente de la cláusula contenida en el artículo 19 de la CN, ya que la misma garantiza al individuo el ejercicio de sus libertades fundamentales en armonía con el ejercicio de idénticas libertades reconocidas al resto de los miembros de la sociedad y con los intereses fundamentales del colectivo. Es por ello que una persona, ya sea imputado o tercero, no puede ampararse en este derecho para impedir la prosecución de la investigación sobre los hechos presuntamente delictuosos y frustrar la aplicación de la ley. Vale la pena remarcar que la limitación de este derecho sólo es admisible cuando fuera estrictamente necesaria para la averiguación de la verdad y cuando no existieren otros medios que impliquen una afectación menor, es decir, cuando fuere *necesaria, razonable y proporcional*.

En esta línea, se recoge expresamente en el proyecto el principio de proporcionalidad, ordenando que la medida se practique del modo menos lesivo para la persona. Se busca evitar así que la producción de la medida perturbe a la persona

más allá de lo estrictamente necesario para la obtención del resultado. Asimismo, en función de evitar afectaciones innecesarias a los fines de la medida, se otorga tutela legal al pudor de la persona que deberá tolerarla, ordenando a los agentes encargados de practicarla tener en cuenta especialmente su género y otras circunstancias particulares.

Como se mencionó, la medida puede ordenarse tanto respecto del imputado como de terceras personas, incluyendo a la presunta víctima del hecho investigado. Al respecto, debe señalarse que, toda vez que no existe afectación alguna al principio *nemo tenetur*, y que los derechos en juego le son reconocidos tanto al imputado como a terceros, no corresponde efectuar distinciones entre estos sujetos. Sólo corresponde tener en cuenta el carácter de presunta víctima de la persona sobre la que se debe efectuar la medida, a fin de resguardar los derechos específicos que detenta en el proceso, especialmente a recibir un trato digno por parte de los agentes públicos, y a fin de evitar su revictimización.

Corresponde aclarar que expresamente se omitió la disposición contenida en la Ordenanza Procesal Penal Alemana (que fue tenida en cuenta en la redacción del presente proyecto), que en su parágrafo §81 inciso C, autoriza a “negarse a las inspecciones y extracciones de sangre por las mismas razones por las que es posible negarse a declarar como testigo”. Esta equiparación entre la declaración y otras medidas que no requieren un obrar positivo de la persona, no se desprende de principio constitucional alguno, sino que obedece a criterios de política criminal que no corresponde recepcionar en nuestro país, entre otros motivos, por las obligaciones internacionales que pesan sobre el mismo y que se señalan más adelante.

Por otra parte, a la hora de evaluar la procedencia de este proyecto de ley, deben tenerse especialmente en cuenta los estándares internacionales fijados sobre esta materia por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ratificada por ley 23.054 y con jerarquía constitucional según el art. 75 inc. 22 CN). Dichos estándares resultan vinculantes para la República Argentina, y su incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado.

En este sentido, se ha tenido especialmente en cuenta el Informe N° 38/96, caso 10.506, “X e Y contra Argentina”, publicado el 15 de octubre de 1996. En dicho informe la Comisión se ocupó de determinar las condiciones bajo las cuales resultan admisibles medidas que impliquen una limitación de derechos reconocidos en la Convención. Al respecto sostuvo que *“para establecer si las medidas cumplen con lo dispuesto en la Convención deben cumplir con tres condiciones específicas. Una medida que de alguna manera afecte los derechos protegidos por la Convención debe necesariamente: 1) ser prescrita por la ley; 2) ser necesaria para la seguridad de todos y guardar relación con las demandas justas de una sociedad democrática; 3) su aplicación se debe ceñir estrictamente a las circunstancias específicas enunciadas en el artículo 32.2, y ser proporcional y razonable a fin de lograr esos objetivos”* (considerando 60).

Puntualmente, respecto del primer requisito, recordó que la Corte Interamericana sobre Derecho Humanos ha manifestado que *“la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución”* (Corte IDH, *La Expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A, No. 6, párrafo 22). *“Por lo tanto, cualquier acción que afecte los derechos básicos debe ser prescrita por una ley aprobada por el Poder Legislativo y debe ser congruente con el orden jurídico interno”* (considerandos 61 y 62).

Asimismo, resulta imperioso tener en consideración otras obligaciones que pesan sobre el Estado argentino frente a la comunidad internacional en virtud de instrumentos internacionales sobre derechos humanos y de normas *ius cogens* vinculantes para nuestro país, que podrían verse frustradas de no admitirse la producción de la medida de prueba aquí regulada, incurriendo así en responsabilidad internacional.

En primer lugar, la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por ley 23.849 y con jerarquía constitucional art. 75 inc. 22 CN) consagra en los art. 7, 8 y 9 el derecho del niño a ser cuidado por sus padres, a preservar su identidad y a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo en los casos previstos por la ley. En consonancia con estas disposiciones, el Código Penal de la Nación incrimina ciertas conductas que implican una afectación a esos derechos, otorgando de este modo una tutela especial a los mismos. Así, por ejemplo, se tipifica la supresión de identidad de un menor de 10 años (art. 139 inc. 2º CP), la sustracción, retención y ocultación de un menor de 10 años (art. 146 CP) y la falsificación de los instrumentos públicos destinados a acreditar la identidad de una persona (arts. 292 y 293 del CP). Luego, debe tenerse en cuenta que en el marco de un proceso penal en el que se investigue la posible comisión de alguna de estas conductas, la obtención de ADN de alguna persona con fines de identificación o para determinar su filiación, puede resultar un medio imprescindible para la averiguación de los hechos y, concretamente, para el restablecimiento de la legalidad, posibilitando el goce de estos derechos.

Por otra parte, no pueden soslayarse los deberes del Estado argentino surgidos a partir de la práctica sistemática de apropiación de bebés hijos de personas detenidas-desaparecidas durante la última dictadura militar. Estos aberrantes hechos, cometidos de un modo sistemático y generalizado por agentes estatales o con el apoyo del régimen *de facto*, constituyen, a la luz del derecho internacional, crímenes de lesa humanidad. En consecuencia, frente a semejantes hechos, que implican una violación de numerosos derechos fundamentales consagrados en la CADH y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos, corresponde al Estado investigar, perseguir, juzgar y sancionar a los responsables de los mismos. Asimismo, el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho de los legítimos familiares de las víctimas de estos hechos a conocer la verdad.

Puntualmente, en el caso “Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador” (sentencia sobre el fondo del 1 de marzo de 2005), que trató sobre la desaparición forzada de dos menores y su sustitución identidad, la Corte IDH se pronunció sobre el deber del Estado de investigar diligentemente los hechos para averiguar la verdad

material y el derecho de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos de conocer la verdad, como una forma de reparación. Al respecto expresó:

*“61. Esta Corte ha señalado reiteradamente que la obligación de investigar debe cumplirse ‘con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa’ [nota 21: Cfr. Caso Bulacio, supra nota 8, párr. 112; Caso Juan Humberto Sánchez. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 144; y Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 212]. La investigación que el Estado lleve a cabo en cumplimiento de esta obligación ‘[debe tener un sentido y ser asumida por el [mismo] como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad’ [nota 22: Cfr. Caso 19 Comerciantes, supra nota 15, párr. 184; Caso Bulacio, supra nota 8, párr. 112; Caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 21, párr. 144; y Caso Bámaca Velásquez, supra nota 21, párr. 212].*

*“62. Por otra parte, este Tribunal se ha referido en reiteradas ocasiones al derecho que asiste a los familiares de las presuntas víctimas de conocer lo que sucedió y de saber quiénes fueron los responsables de los respectivos hechos. La Corte ha reiterado que toda persona, incluyendo a los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tiene el derecho a conocer la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas, y la sociedad como un todo, deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones. Este derecho a la verdad se ha venido desarrollando por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos [Nota 23: Cfr. Caso Carpio Nicolle y otros, supra nota 3, párr. 128; Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones, supra nota 3, párr. 97; y Caso Tibi, supra nota 20, párr. 257]; al ser reconocido y ejercido en una situación concreta constituye un medio importante de reparación. Por lo tanto, en este caso, el derecho a conocer la verdad da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de las presuntas víctimas [Nota 24: Cfr. Caso Carpio Nicolle y otros, supra nota 3, párr. 128; Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones, supra nota 3, párr. 97; y Caso Tibi, supra nota 20, párr. 257]”.*

Como puede verse, en estos casos, para determinar la verdad sobre los hechos ocurridos y la real identidad de una persona presuntamente hija de desaparecidos, la obtención de muestras biológicas que permitan conocer su ADN resulta una medida necesaria e insustituible, de modo que si no se autorizara la producción de esta medida se tornaría imposible el cumplimiento de las obligaciones que pesan sobre el Estado.

Es por todos los fundamentos expuestos que corresponde sancionar con fuerza de ley la presente iniciativa, en la certeza de que con ello se contribuirá a elevar el estándar de respeto de las garantías individuales y al cumplimiento de las obligaciones que pesan sobre el Estado argentino frente a la comunidad internacional en virtud de instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el mismo.





# Dictamen del Procurador General de la Nación en la causa “Gualtieri Rugnone de Prieto” (12/6/2008), sobre obtención de ADN a través de medios distintos a la extracción de sangre.

Suprema Corte:

—I—

La asociación Madres de Plaza de Mayo denunció oportunamente la desaparición de noventa y cinco niños presuntamente hijos de personas secuestradas durante la última dictadura militar.

De la investigación de tales hechos surgían numerosas inscripciones de nacimientos en condiciones que permitían suponer la existencia de irregularidades en las actas. Entre esos casos estaba el del entonces menor Guillermo Gabriel Prieto, cuyo grupo familiar probable sería el del matrimonio Peralta-Zalazar.

La sospecha sería dirigida contra el matrimonio Prieto en cuanto a que se habría apropiado de un hijo de desaparecidos, condujo a la juez de instrucción a intentar establecer la verdadera identidad biológica de Guillermo G. Prieto. Para ello, ordenó en reiteradas oportunidades la extracción de sangre a fin de obtener muestras con las cuales efectuar análisis de histocompatibilidad del nombrado

con los grupos de familiares probables registrados en el Banco Nacional de Datos Genéticos. Sin embargo, ante la negativa del matrimonio Prieto, primero, y la oposición de Guillermo G. Prieto, una vez alcanzada la mayoría de edad, la medida no llegó a concretarse.

Cabe señalar que la ejecución de la mencionada diligencia se halla actualmente sometida a estudio de V.E. en virtud de un recurso extraordinario concedido, sobre el cual tuve oportunidad de pronunciarme al dictaminar, con fecha 7 de septiembre de 2006, en el expediente G. 1970, XXXIX, “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/sustracción de menores de 10 años –incidente de apelación de Guillermo Gabriel Prieto–”, bajo el cual tramita.

No obstante ello, a raíz de un informe del Banco Nacional de Datos Genéticos sobre métodos alternativos para obtener ADN, distintos de los de la extracción de sangre –tales como, por ejemplo, el cabello de una persona–, la titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nffl 1 de esta ciudad, ordenó el allanamiento del domicilio de Guillermo Gabriel Prieto, medida que no fue impugnada por el nombrado.

A su vez, el 6 de junio de 2005, la magistrada dispuso que mediante el Banco Nacional de Datos Genéticos se procediera a la extracción de muestras comparativas de los efectos personales (cepillo de dientes, peine, etc.) secuestrados en el registro domiciliario practicado, a fin de realizar los pertinentes estudios de histocompatibilidad y su entrecruzamiento con los datos genéticos del grupo familiar Peralta-Zalazar y los demás grupos familiares allí registrados.

El 15 de junio de 2005, amplió el peritaje ordenado y solicitó se dictamine también mediante los procedimientos comparativos pertinentes, sobre el vínculo de paternidad existente entre los imputados Guillermo Antonio Prieto y Emma Elidia Gualtieri Rugnone con Guillermo Gabriel Prieto.

Contra esos pronunciamientos, el nombrado interpuso recurso de reposición con apelación en subsidio, por considerar que se trataría de una medida que reproduce otra ya ordenada (extracción compulsiva de sangre en el expediente G. 1970, XXXIX), actualmente en trámite ante la Corte en virtud de un recurso extraordinario concedido y que, a su criterio, tiene efecto suspensivo sobre la cuestión. En ese sentido, señaló que haber ordenado otra forma de obtener material genético de su pertenencia sin su expreso consentimiento y someterlo al exa-

men pericial mandado con miras a cuestionar su identidad, no implica otra resolución sino un nuevo ropaje para la misma decisión ya impugnada.

Asimismo, el recurrente afirmó que la medida ordenada vulnera disposiciones constitucionales y legales, toda vez que lo decidido afecta su integridad física, el derecho a ser oído públicamente y por un tribunal imparcial, su vida privada y que, en definitiva, se trata de una injerencia arbitraria del Estado.

–II–

Al conocer en esa impugnación, queja mediante, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal declaró mal denegado el recurso de apelación, no obstante ello, confirmó lo resuelto por la magistrada de primera instancia. Para así decidir, el a quo sostuvo que si bien la interposición del recurso extraordinario tiene efecto suspensivo, en tanto impide la ejecución de la sentencia hasta que el superior tribunal de la causa se expida –específicamente sobre la extracción compulsiva de sangre al recurrente–, ello no resulta extensible a otras medidas de prueba que se dicten en el transcurso de la instrucción de un proceso penal abierto, pues de lo contrario toda investigación debiera detenerse a la espera de aquella decisión, cosa no prevista en el ordenamiento procesal y contrario a la celeridad que debe imperar.

Por otra parte, señaló que no corresponde trasladar al presente caso lo dicho por la Corte en el precedente “Vázquez Ferrá” (Fallos: 326:3758), toda vez que no se presentó aquí el dilema o conflicto de tener que tolerar la medida que pueda incriminar a la persona con la que tiene estrechos lazos afectivos, pues la diligencia no implicó participación alguna del recurrente, a tal punto que ni siquiera fue necesaria su presencia en el lugar, se trató de la colección de elementos orgánicos que ya se habían desprendido de su cuerpo.

Sumado a ello, la cámara indicó que, habiendo desaparecido la necesidad de ejercer violencia sobre el cuerpo del recurrente, el derecho a la protección de la familia de los parientes de los desaparecidos cobra preeminencia para la solución del conflicto y para analizar la proporcionalidad de la medida.

Por último, y contrariamente al alcance que el recurrente pretendió otorgarle al consentimiento de la persona cuya filiación se cuestiona (artículo 4° de la ley 23.511), el a quo sostuvo que lo que establece la norma es sólo una presunción en

contra en caso de negativa del reclamado, y que, tal como surge de sus términos, se ha reservado exclusivamente para los juicios de filiación, por lo que no hay que hacerlo extensivo a los procesos penales en que se investigue el destino de los hijos de desaparecidos sustraídos, también expresamente contemplados en los artículos 3° y 5° de la mencionada ley.

Contra ese pronunciamiento Guillermo G. Prieto interpuso recurso extraordinario, que fue concedido a fs. 275 del presente incidente.

### –III–

En lo sustancial, el recurrente funda la impugnación federal en el desbaratamiento de derechos constitucionales y en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

Específicamente sostiene que, tal como fuera expuesto en las anteriores instancias recursivas, la medida ordenada conculca el derecho a ser oído por un tribunal competente e imparcial –entendiendo por tal, al derecho que le asiste a que V.E se pronuncie previamente sobre la procedencia o no de la extracción compulsiva de sangre, actualmente en trámite ante la Corte. Asimismo, considera que la medida ordenada, con fundamentos sólo aparentes, viola los derechos a la intimidad, a preservar, cuestionar o esclarecer su identidad y a la propiedad, circunstancia que asimila a la violación del derecho a la integridad física, conforme a cuya inteligencia está vedado a terceros disponer de su material genético sin su conocimiento y expreso consentimiento. Alega, en ese sentido, que la diligencia propuesta no encuentra respaldo en la ley y colisiona, por ello, con lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Al mismo tiempo señala que la realización de la medida impugnada resultaría lesiva de su derecho a la propiedad y contraria a la protección jurídica internacional que se le otorga al genoma humano. En apoyo de esa tesis, invoca lo dispuesto en los artículos 5 y 9 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, otorgada por la UNESCO el 11 de noviembre de 1997.

Por otra parte, Guillermo G. Prieto se agravia de la sentencia de cámara con base en la doctrina de la arbitrariedad, por cuanto sostiene que sólo se apoya en fundamentos aparentes que vulneran la garantía de defensa en juicio y el debido proceso. Refiere en este punto que el *a quo* omitió expresar las razones que permitirían prescindir de su consentimiento para la realización de la medida de prueba

e insiste en la aplicación al caso de lo dispuesto por la Corte en el precedente “Vázquez Ferrá” (Fallos: 326:3758). Asimismo, reproduce el agravio planteado en la instancia anterior relativo a que la medida ordenada lo obligaría a convertirse en medio de prueba material, eventualmente de cargo, contra sus padres.

Finalmente, también con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, objeta la decisión de la cámara por entender que falló sin considerar todos los agravios expuestos y que, a su criterio, resultaban conducentes para la solución del caso, conculcando así su derecho a un debido proceso legal, de defensa y acceso a la justicia.

#### –IV–

Aun cuando la hipótesis delictiva investigada sobre la que versaba la discusión tanto en la causa G. 1970, XXXIX, como en ésta, sea la misma, existen algunas diferencias entre la medida impugnada en aquél momento –extracción de sangre– y la que ahora Guillermo G. Prieto cuestiona –esto es, la realización de una pericia a partir del material genético obtenido del secuestro de objetos de éste– que considero conveniente señalar.

En efecto, anteriormente en esta causa, el querellante rechazó la admisibilidad de una medida de coerción como lo es una extracción (compulsiva) de sangre, con fundamento en la afectación de diversos derechos de raigambre constitucional, tales como la intimidad, la integridad física, psíquica y moral, la dignidad, la vida privada, entre otros. En aquella oportunidad, la discusión se trabó, pues, en torno a determinar si se trataba de una medida proporcional, razonable y necesaria a la luz de las restricciones que supondría su realización a aquellos otros intereses consagrados en la Constitución Nacional que se encontraban en pugna.

Sin embargo, con posterioridad, se vislumbró la posibilidad de esclarecer los hechos investigados mas ya sin necesidad de realizar una extracción de sangre. En efecto, la juez fue informada por el Banco Nacional de Datos Genéticos acerca de la posibilidad de lograr aquel conocimiento por medio del análisis de rastros de material genético recabado de objetos pertenecientes al recurrente. De esta manera, considero que por las razones que detallaré a continuación, no pueden ser esgrimidas ya objeciones de índole constitucional en contra de la procedencia de la medida aquí impugnada. En lo principal, desaparecida la necesidad de esclarecer los hechos por medio de una extracción compulsiva de sangre, los reproches

del apelante se circunscriben a cuestionar la legitimidad de medios de prueba que el propio legislador ya ha autorizado y por ello declarado compatibles con el respeto de otros derechos constitucionales que podrían encontrarse en conflicto. Dicho en otros términos, el caso ahora gira en torno de determinar la procedencia de medidas de prueba que se encuentran expresamente previstas en nuestro derecho positivo como métodos para la averiguación de la verdad en el proceso penal.

Esta nueva situación reconduce y simplifica el conflicto discutido sobre la base de la situación anterior. La antigua discusión acerca de si la extracción compulsiva puede homologarse a la coerción de prestar un testimonio desaparece por completo, como así también lo hacen los argumentos relativos a un supuesto ataque a la integridad y dignidad corporal que se atribuye a la realización compulsiva de esa medida. En efecto, una vez que deviene innecesaria la extracción compulsiva de la muestra de sangre como consecuencia de la aparición de los métodos alternativos señalados, el caso se convierte en un caso común y corriente como los que pueden darse en el curso de cualquier investigación penal. Se trata ahora sólo del levantamiento de rastros para llevar a cabo con ellos una pericia de cotejo.

–V–

Delimitado así el objeto del *sub discussio*, el núcleo de los agravios del recurrente lo constituye el cuestionamiento que dirige ahora contra la realización de la pericia genética en sí misma con sustento en la tesis de que “ningún material biológico [...], aunque esté desprendido materialmente del cuerpo pero que posea aptitud para descifrar la identidad genética” podría ser utilizado sin consentimiento –ni ley que autorice a prescindir de él– de la persona a la que pertenece.

Esta nueva línea argumentativa adolece, sin embargo, ya desde el inicio de un déficit que la invalida desde la perspectiva de los requisitos que debe cumplir la apelación extraordinaria.

En efecto, con anterioridad a la incidencia suscitada en esta causa, la Corte había establecido ya en varias ocasiones que la pericia genética es un medio de prueba admisible para la averiguación de la verdad en el marco del proceso penal; y en ningún caso entendió que la utilización del material genético debiera estar autorizada por el titular de la muestra en atención a la índole de la información contenida en ella (Fallos: 318:2518; 319:3370; incluso, 326:3758). Ocurre, sin

embargo, que en una época en la cual el único modo de obtener el material para el análisis era extrayendo una muestra de sangre, el debate se centró, invariablemente, en establecer si ante la negativa del afectado esa extracción podía ser llevada a cabo compulsivamente.

También este caso transitó por esos carriles. A lo largo del trámite de este expediente, el agravio central del recurrente fue que la toma compulsiva de esa muestra de sangre, por la violencia y la intromisión en el cuerpo que supondría, no era admisible constitucionalmente por resultar lesiva de derechos tales como la dignidad, intimidad, integridad física y la privacidad. Por añadidura postuló también un supuesto derecho, que construyó por analogía, a no ser obligado a colaborar, sirviendo como objeto de prueba, en la persecución penal de un pariente. Y con relación a la pericia genética en sí misma, y los resultados que pudieran obtenerse de ella, invocó la primacía de su derecho a mantener su identidad actual por sobre el interés en el esclarecimiento de los delitos. Sólo por estas razones reclamaba que sin su consentimiento no pudiera llevarse a cabo tal diligencia.

Lo que debe quedar claro, en todo caso, es que el recurrente nunca objetó –y por eso su agravio es tardío– ni la admisibilidad general de las pericias genéticas, ni postuló, subsidiariamente, para el caso de que prosperara la extracción compulsiva de sangre, la tesis de que la utilización de la muestra debiera estar de todos modos condicionada al consentimiento de su titular en atención a la índole genética de la información contenida en ella.

Por consiguiente, fuera de los cuestionamientos puntuales ya referidos, puede concluirse que el apelante consintió la validez de esa clase de prueba con el alcance que le otorgaba la interpretación vigente, esto es, sin reconocimiento de señorío alguno para condicionar la utilización del material obtenido –compulsivamente o no– por la sola circunstancia de la índole genética de la muestra.

El agravio que por esta vía de argumentación pretende introducir el recurrente resulta entonces tardío, pues se refiere a un aspecto de la discusión que, por no haber sido cuestionado oportunamente, había quedado ya consentido y firme. Esta circunstancia bastaría por sí sola para declarar ya la improcedencia de este agravio.

Sin embargo, aun cuando no se compartiera ese criterio, el recurso tampoco resultaría procedente por no satisfacer el requisito de adecuada fundamentación

que exige el artículo 15 de la ley 48 (Fallos: 319:3006; 321:2372; 323:2166 y 327:2156, entre muchos otros).

–VI–

En tal sentido, estimo oportuno recordar que el agravio que, como se dijo, trae en esencia el apelante consiste en sostener que la medida que ordena la utilización de su material genético para la realización de la pericia de histocompatibilidad carecería de sustento legal y, por ello, importaría una lesión al artículo 19 de la Constitución Nacional además de representar una afectación a sus derechos constitucionales a la intimidad, a la preservación de su identidad y a la integridad física.

Sin embargo, el recurrente se ha limitado a proponer una solución jurídica, a invocar genéricamente diversos derechos y garantías en su sustento y a denunciar la posición contraria como lesiva de éstos, pero ha omitido todo desarrollo argumental tendiente mínimamente a demostrar de qué modo esa solución se conciliaría con el alcance y contenido tradicionalmente acordados a esos derechos y garantías, así como a las normas legales reglamentarias de aquellos.

En particular, no se comprende sobre qué bases predica que la diligencia ordenada no encontraría sustento legal y colisionaría con el artículo 19 de la Constitución, cuando el propio orden jurídico contiene reglas expresas que facultan al juez a disponer medidas de esa índole, sin limitar esta potestad de manera alguna en el sentido que propone en su escrito.

En efecto, ninguna disposición constitucional o infraconstitucional se contraponen a la posibilidad de que, si se cumple con todos los requisitos legales necesarios, se ingrese a un ámbito en principio privado para obtener ciertos objetos y que luego éstos sean peritados, cotejándolos, p. ej., con una muestra indubitable. Por el contrario, la propia Constitución admite que la ley autorice en ciertos casos la intromisión de los órganos estatales encargados de la persecución penal en la libertad, la intimidad, la vida privada y demás derechos de las personas, incluso las no imputadas, cuando se debe salvaguardar el interés de la sociedad en la investigación y castigo de los delitos (cf. dictamen del 7 de septiembre de 2006 en la causa G. 1015, XXXVIII).

Pues bien, a los efectos del trámite de esta causa, esa ley es el Código de Procedimientos en Materia Penal. El allanamiento y el secuestro practicados encuentran



base legal en los artículos 399 y 409 de ese cuerpo, que autoriza de manera ilimitada, es decir, sin limitación alguna como la que propone el recurrente, bajo el cumplimiento de las formas allí prescriptas, el registro de lugares y el secuestro de cualquier objeto útil para el descubrimiento y comprobación de la verdad (en igual sentido, artículos 224 y 231 del código actual). Pero la ley autoriza el secuestro de cosas que pudieran servir como medios de prueba, precisamente, para que sirvan, es decir, para que sean utilizados como medios de prueba. Por consiguiente, en la autorización legal para el allanamiento y el secuestro practicados se halla implícito también el permiso para utilizar los objetos obtenidos como prueba. Y es lógico porque, si no fuese así, la medida, por innecesaria, sería ilegítima (cf. p. ej. Fallos: 313:1113, esp. consid. 13°, 14°, 15° y 19°). Ello se concilia, por lo demás, con las amplias atribuciones que los artículos 178 y 180 confieren al juez de la instrucción en materia probatoria. Y si alguna duda quedara, el artículo 322 del código de procedimientos autoriza al juez a ordenar pericias sin limitar tampoco esta facultad de manera alguna en el sentido que propone el recurrente.

Pero tampoco puede perderse de vista que la juez no sólo estaba facultada a ordenar la medida cuestionada, en virtud de las razones antes expuestas, sino que incluso estaba obligada a hacerlo. Es que, existiendo en la actualidad métodos alternativos a la extracción compulsiva de sangre para obtener la muestra de material genético, la juez debía preferir la alternativa menos invasiva a la vez que dependiente de una medida de coerción menos intensiva, como lo son el allanamiento y el secuestro ordenados de aquellos objetos personales (cepillo de dientes, peine, etc.) que el apelante pretende que no sean peritados (cf. Rudolphi, Hans Joachim, en: AAVV, *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung*, ed. Luchterhand, Neuwied, 2000, previo al § 94, núms. 71 y ss.). A ello se agrega además el deber especial de investigar y esclarecer la verdad histórica que se deriva de la condición de lesa humanidad del delito de desaparición forzada de personas que constituye el objeto de esta causa, el cual obliga también a los órganos de la administración de justicia, como parte integrante del Estado, a adoptar todas las medidas conducentes que prevé el orden jurídico para lograr ese cometido (cf. dictamen en la causa G. 1015, XXXVIII, citado).

Por consiguiente, frente a este contexto normativo, no veo cómo podría prosperar una petición del recurrente que se sustenta únicamente en la mera postu-

lación de una regla que autorizaría a supeditar el secuestro y la utilización de elementos de prueba al consentimiento del titular de la cosa. Una regla tal no rige en el sistema de obtención y cotejo de rastros; como es claro, el titular de los elementos no tiene el poder de negarse al secuestro y cotejo (supuestas, claro está, las condiciones legales de procedencia, por ejemplo, la existencia de una orden legítima de allanamiento) sino que la facultad de intromisión en la esfera privada para la obtención de los elementos y la peritación de éstos ha sido prevista, en una ponderación de los derechos en conflicto llevada a cabo por el constituyente y el legislador, a favor de la intervención necesaria para el esclarecimiento de la verdad en el proceso penal.

Si el recurrente, a pesar de ello, creía poder postular que alguna norma limitaba la amplitud de la medida probatoria en el caso concreto, debió haber realizado un esfuerzo argumental, ausente en el escrito que contiene su apelación extraordinaria, tendiente a demostrar la plausibilidad de esa solución a la luz de las restantes normas que integran el orden jurídico, pues es un principio de recta interpretación que las normas, a efectos de establecer su sentido y alcance, no deben ser consideradas aisladamente, sino correlacionándolas con las demás que disciplinan la misma materia, de modo de obtener su armonización y concordancia entre sí (Fallos: 242:247, 316:289 y sus citas; 317:779, voto del doctor Bossert; 320:783 y 324:4367; entre otros).

Esta falta de fundamentación se pone aun más en evidencia cuando la solución que propicia el recurrente es confrontada con su conducta procesal en el expediente, pues nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con una anterior, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz, máxime cuando ellos fueron producto de una determinada actitud procesal válidamente adoptada en su oportunidad (Fallos: 314:1459; 323:3765; 326:3477 y 3734). Y es que si el allanamiento ordenado tuvo por objeto la recolección de elementos que el apelante estimaba indisponibles para la persecución penal sin su consentimiento, no se comprende entonces cómo no postuló la nulidad de esa diligencia. En efecto, siempre dentro de la concepción del impugnante, difícilmente se podría sostener la validez de una orden de allanamiento destinada únicamente al secuestro e incorporación de pruebas con las cuales realizar un cotejo pericial violatorio de los derechos fundamenta-

les de la persona afectada. Por consiguiente, la impugnación de la utilización del material genético suponía la necesidad de reprobado el registro domiciliario. Consentida, en cambio, la regularidad del procedimiento de adquisición, recaía en el apelante la carga de demostrar qué particularidad tendría esta manifestación de la prueba pericial como para obligar al Estado a requerir el consentimiento del titular de los datos a peritar.

Por fin, la ausencia de fundamentos ya señalada adquiere aun mayor relevancia si se observa que, incluso tomada en forma aislada, la propuesta del recurrente termina por perder todo sustento a poco que se advierte que el contenido que pretende asignarle a la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos aparece como claramente carente de fundamentos. En efecto, el alcance de la medida puesta en juego en este expediente se limita al establecimiento de una relación de parentesco biológico o falta de éste entre dos personas, una investigación que claramente no está prohibida por el texto del documento citado y que pertenece al común de las disputas sobre filiación, que aquella declaración no alcanza a eliminar. El propósito protector de la Declaración se dirige a otro objeto que se desprende claramente de una lectura total de sus fundamentos y alcances y comprende la necesidad principal –entre otras cosas– de no provocar discriminaciones derivadas de la presencia de ciertos datos genéticos que exceden el acotado margen del establecimiento de una relación de parentesco. Por otra parte, con posterioridad a la declaración mencionada, el mismo organismo (UNESCO) emitió la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (16 de octubre de 2003), que continúa la regulación de la materia. En ella, se aclara que las disposiciones protectoras de la declaración no se aplicarán en casos en los que “se trate de la investigación, el descubrimiento, y el enjuiciamiento de delitos penales o de pruebas de determinación de parentesco, que estarán sujetos a la legislación interna que sea compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos” (artículo 1 c).

En definitiva, como se desprende de lo que se ha venido diciendo hasta aquí, el recurrente postula una limitación probatoria cuya existencia, sin embargo, no funda ni logra demostrar adecuadamente en su escrito, y que, antes bien, se contrapone además con la interpretación tradicionalmente acordada a los derechos y garantías invocados en su sustento y a la reglamentación legal dictada con arre-

glo a ellos. Por consiguiente, y tal como lo sostuviera anteriormente, en lo que atañe a este agravio el recurso carece, a mi juicio, de la adecuada fundamentación que exige el artículo 15 de la ley 48, toda vez que V.E. tiene reiteradamente dicho que para la procedencia del recurso extraordinario no basta la aserción de una determinada solución jurídica, si ella no está razonada, constituye agravio concretamente referido a las circunstancias del caso y contempla los términos del fallo impugnado, del cual deben rebatirse, mediante una prolija crítica, todos y cada uno de los argumentos en que se apoya y dan lugar a agravios (Fallos: 302:1564; 308:2263; 310:1465; 311:2619; 312:587, entre muchos otros).

–VII–

Igual defecto de fundamentación presenta el agravio relativo a la supuesta afectación del derecho a la identidad y a no ser obligado a colaborar en la persecución de un pariente. Pienso que ello es así pues, aun cuando el apelante procure fundar la impugnación sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad, lo cierto es que se limitó a reiterar lo expresado en la instancia anterior y omitió refutar adecuadamente los argumentos en que se apoyó el *a quo* para desestimar la pretensa afectación al derecho a preservar su actual identidad y la integración del núcleo familiar.

En efecto, contrariamente a lo alegado por el impugnante, la cámara sí trató con argumentos suficientes las cuestiones planteadas. Así, y tal como fuera reseñado en el acápite II de este dictamen, expresó que no correspondía trasladar al caso lo resuelto por V.E. en el precedente “Vázquez Ferrá”, pues “...no se trata de una medida que implique forzar o coaccionar a la supuesta víctima del delito investigado a suministrar al Estado los medios para punir a aquellos con quienes tiene intensos lazos afectivos, pues ello ya se ha logrado por una vía que no implicó participación alguna por parte del recurrente, a tal punto que ni siquiera fue necesaria su presencia en el lugar, sino que se trató de los elementos orgánicos que ya se habían desprendido de su cuerpo”.

Y también afirmó el *a quo que* “... a diferencia de lo que ocurre con la situación de los testigos –a la que el máximo tribunal emparentó la medida de extracción compulsiva de sangre– o en las demás normas mencionadas por el recurrente, el legislador, al regular lo relativo al allanamiento o al secuestro de cosas no ha esti-

pulado limitaciones vinculadas con el parentesco o los afectos en cuanto al sujeto pasivo que debía soportarlas.” Incluso, señaló que “... cuando [el legislador] ha querido resguardar ciertos núcleos afectivos o familiares lo ha hecho de un modo expreso y en casos en que claramente la medida requiere para su producción de la libre voluntad de la persona...”, por lo que concluyó que tal dilema no existe en el presente caso (cf. fs. 132/132 vta. del incidente de apelación).

Ninguno de estos argumentos fue rebatido, sin embargo, por el recurrente, lo que determina entonces también la improcedencia de este agravio, con arreglo a la doctrina de V.E. ya citada.

Por lo demás, aun cuando se dejara de lado este óbice, lo cierto es que el agravio de todos modos sería improcedente por las razones expuestas por el suscriptor en el dictamen emitido en la causa G. 1015, XXXVIII, ya citado (en particular en el acápite XII).

#### –VIII–

Por razones similares también considero inviable la queja relativa a que la sentencia del *a quo* estaría provista de una fundamentación sólo aparente en aras de llevar a cabo la pericia genética sin que previamente se expida V.E. acerca de la admisibilidad o no de la extracción de sangre. Adviértase que si bien la cámara señaló que la interposición del recurso extraordinario tenía efecto suspensivo sobre la resolución recurrida (para el caso, la orden de extraer sangre compulsivamente), también aclaró que este efecto no se extendía al dictado de otras medidas que tuvieran lugar durante el transcurso de la instrucción de un proceso penal abierto. Y, en este sentido, no sólo no parece carente de toda lógica, ni provisto de un fundamento aparente, el razonamiento esgrimido por el *a quo*, sino que, tampoco el recurrente, como se ha expuesto en los acápites anteriores, ha logrado demostrar por qué razón, en este caso, la impugnación del dictado de una medida de prueba habría de impedir el dictado de otras medidas u actos procesales encaminados a la investigación de los hechos del caso.

Por otra parte, contrariamente a lo que sostiene el impugnante, tampoco se produce lesión alguna a su derecho a ser oído, pues no sólo la realización de la extracción de sangre se encuentra suspendida, sino también la realización de los exámenes de histocompatibilidad a partir del material genético obtenido en el

allanamiento. En consecuencia, va de suyo que en el estado procesal actual ninguna de las dos medidas serán efectivamente ejecutadas en tanto V.E no se pronuncie acerca de su procedencia y sólo si así lo decidiera. Dicho de otra manera, las medidas cuestionadas por el recurrente en ningún caso podrían ser ejecutadas sin un pronunciamiento previo del Tribunal que así lo declare, resguardándose así debidamente el derecho a ser oído invocado por el apelante.

Finalmente, el recurrente sostuvo también que el a quo había incurrido en arbitrariedad al haber omitido considerar agravios –a su juicio– relevantes para la resolución del conflicto. Al respecto, cabe señalar que si bien es cierto que resultan susceptibles de descalificación las sentencias que desatienden el examen y tratamiento de argumentos conducentes y oportunamente propuestos (Fallos: 314:547; 317:446; 318:920; 321:1019), ello es así siempre que de tal modo se afecte de manera sustancial el derecho del apelante, y lo silenciado sea efectivamente conducente para la adecuada solución de la causa (Fallos: 308:1662; 314:1358, entre otros).

En este sentido, pienso que la sentencia recurrida tampoco en este aspecto podría ser descalificada, pues, justamente, admitida y fundamentada por el a quo la procedencia de la medida dispuesta a la luz de los derechos consagrados en la Constitución Nacional, devenía insustancial el tratamiento expreso de agravios tales como la nulidad de la prueba según la denominada “regla de exclusión”, la inidoneidad de la pericia, el supuesto apartamiento del objeto sumarial, etc. Tampoco este agravio puede, por tanto, prosperar.

–IX–

Por lo expuesto, opino que corresponde declarar improcedente el recurso extraordinario.

Buenos Aires, 12 de junio de 2008.

ES COPIA

ESTEBAN RIGHI

# Resolución de la Cámara Federal de la Capital Federal en la causa 26.976, “Cabandié Alfonsín, Juan s/ recusación” (4/11/2008), sobre el derecho de la querrela al apartamiento en el plenario del juez que realizó la instrucción.

Sala II - Causa n° 26.976  
“Cabandié Alfonsín, Juan s/ recusación”.  
Juzg. Fed. N° 6 - Sec. n° II.  
Expte. n° 10.906/1997/15.

Buenos Aires, 4 de noviembre de 2008.

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

El Dr. Martín Irurzun dijo:

El presente legajo se eleva a estudio del tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte querellante, Juan Cabandié Alfonsín, con el patrocinio letrado del Dr. Luciano A. Hazan, contra el auto obrante a fs. 58, mediante el cual el *a quo* rechazó *in limine* el planteo de recusación formulado a su respec-

to por el nombrado.

Que en el marco de este proceso tuve oportunidad de señalar, ante el planteo de recusación formulado por el Sr. Fiscal respecto del *a quo*, que según la jurisprudencia expuesta por esta Sala en casos análogos “... la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Llerena (del 17/5/05 en L.486.XXXVI) y “Dieser” (caso D.(1, causa n° 120/0, rta. el 8/8/06), no resulta aplicable a los juicios sustanciados de acuerdo a las previsiones de la ley 2372. En este sentido, se entendió incorrecto trasladar situaciones suscitadas en el marco de sistemas procesales que instauran estructuras disímiles y formas diferentes de valorar la prueba y fundar las resoluciones –como los analizados por el Supremo Tribunal en los precedentes citados–, a los supuestos que contempla el Código de Procedimientos en Materia Penal (ver de esta Sala, causa n° 24.868 Arias Duval”, reg. n° 26.654 del 12/4/07; y de la Sala I, causa n° 34.522 “Salerno”, reg. n° 917; causa n° 35.997 “Caserta”, reg. n° 918; y causa n° 39.006 “Blois”, reg. n° 919, todas resueltas el 5/9/06).” (causa n° 26.117 “Dr. Rívolo”, reg. n° 27.824 del 11/12/07).

En dicho entendimiento, considero que no concurre circunstancia alguna que diferencie la situación bajo análisis de la que fuera evaluada en la anterior intervención en este legajo, por lo que habré de proponer al acuerdo el rechazo del apartamiento intentado y por ende, la homologación del auto en crisis.

#### **El Dr. Horacio R. Catan dijo:**

I- La querrela postuló el apartamiento del Sr. Juez de grado al momento de presentar su acusación en el marco de este proceso, sustanciado de acuerdo a las previsiones de la ley 2372.

Indicó que en función del criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos “Llerena” (del 17/5/05 en L.486 XXXVI) y “Dieser” (D. 81, causa n° 120/0, rta. el 8/8/06), no correspondía intervenir en la etapa del plenario al mismo juez que había llevado adelante la instrucción. En este sentido, alegó poseer un interés legítimo en apoyo de su pretensión, que se revela ante la existencia de actos y decisiones llevadas a cabo por el director del proceso contrarias a su posición, que crean un temor cierto y fundado de parcialidad.

En virtud de todo ello, concluyó que su pretensión presenta aspectos que diferencian esta situación de la que fue analizada por esta Sala en los fallos “Salerno” y “Blois” (del registro de la Sala I, causas n° 34.522, reg. n° 917 y n° 39.006, reg.



n° 919, ambas del 5/9/06) y al resolver un planteo efectuado por el fiscal de primera instancia en esta misma causa.

II-

i) *La cuestión relativa al sistema procesal.*

Como es sabido, el conocido caso “Llerena” fijó determinadas pautas sobre lo que se denominó “temor objetivo de parcialidad”, que no pueden ser desatendidas al momento de analizar la posibilidad de que un juez siga interviniendo en la etapa del plenario cuando lo hizo previamente en la instrucción.

Cabe recordar que el suscripto oportunamente interpretó el alcance de esa doctrina respecto de los juicios sustanciados de acuerdo al Código de Procedimientos en Materia Penal en el caso “Salerno” –invocado por el apelante–. En dicha ocasión se entendió que no correspondía aplicar sin más las conclusiones del fallo a este tipo de procesos, advirtiendo que el Supremo Tribunal había intervenido en el marco de un sistema (el previsto en la ley 23.984), que presentaba estructuras disímiles a las contempladas por la ley 2372.

Sin embargo, los posteriores pronunciamientos de la Corte sobre la misma materia imponen revisar esas conclusiones. En efecto, el devenir que ha trenido su jurisprudencia permite apreciar que ha sostenido un criterio amplio, aplicando los lineamientos de “Llerena” a supuestos diferentes al analizado en dicho caso concreto (ver en este sentido, entre otras, causa R. 1109. XL. RHE “Recalde” –causa 1229– del 10/4/07, causa A. 2155 XLI “Alonso” –causa n° 5387– del 10/4/07 y causa L. 117. XLIII “Lamas” –causa 2370– del 8/4/08).

Ante esta situación, es aconsejable variar la postura que venía sosteniendo el suscripto sobre el tópico y admitir que no constituye un obstáculo para la aplicación de la doctrina enunciada la circunstancia de que el proceso esté regido por reglas procedimentales distintas. Ello, siempre que sean reunidas ciertas condiciones a las que se hará referencia a continuación.

ii) *La existencia de un planteo concreto de una parte con interés legítimo.*

La necesidad de que sea una de las partes, como titular de la garantía, la que invoque el temor de parcialidad, ha sido uniformemente exigida por la jurisprudencia.

En efecto, la cuestión fue abordada en varios párrafos del dictamen del Procurados General al que remitió la Corte en el fallo “Dieser”, destacándose que “... el

*registro de ese temor de parcialidad se encuentra plasmado en la causa, desde que la parte introdujo la cuestión...” y “persistió con el agravio a través de toda la vía recursiva agotando las instancias locales... con lo que puede tenerse por cumplido el requisito de oportunidad, toda vez que la garantía se basa no sólo en aspectos subjetivos (temor a parcialidad) sino en la necesidad de prohiar un sistema de enjuiciamiento lo más sano posible” (caso D. 81, causa n° 120/0, rta. el 8/8/06).*

En igual línea se expresó el Dr. Eduardo Freiler en las ya citadas causas “Salerno” y “Blois”, al promover el rechazo de la excusación de dos jueces que se habían apartado de oficio de intervenir en la etapa del plenario. Se dijo allí que *“la imparcialidad de los magistrados que decorosamente se inhiben en ningún momento fue cuestionada por quienes son juzgados en este proceso, ni tampoco por los representantes de la acusación... Partir de esa base es crucial, sobre todo, ante la elección que han hecho los imputados de ser sometidos al proceso regulado por ley 2373”*. A contrario sensu puede verse lo sostenido por el nombrado en el caso “Vázquez Policarpo” de la Sala I, traido a colación por el incidentista (n° 40.200, reg. n° 571 del 14/6/07).

Surge entonces que la concurrencia de un planteo originado en una parte con interés legítimo resulta un requisito esencial para la aplicación de las pautas de “Llerena”.

Ello, en procesos como el presente, debe estar necesariamente vinculado a otras condiciones, puede de acuerdo a lo establecido por el artículo 12 de la ley 24.121 existir en cabeza de los procesados o acusados la posibilidad de optar si se continuaba con ese trámite o se imponía el previsto por ley 23.984.

En otras oportunidades, la existencia legal de tal facultad me condujo a observar que, ante la elección de una parte de someterse a un determinado ordenamiento, no aparecía procedente que luego se agraviera de las consecuencias de su propia decisión discrecional requiriendo la recusación del juez interviniente, pues de acuerdo a reiterada doctrina, el voluntario sometimiento, sin reserva expresa, a un régimen jurídico, comporta un inequívoco acatamiento que fija la improcedencia de una impugnación posterior, aunque se invoque con base constitucional (Fallos 306:149, 307:635, 315:369 y 316:1802).

Sin embargo, tal supuesto no se da en el caso, pues la querrela no tuvo posibilidad de optar por el régimen finalmente aplicado por decisión de la parte imputada, sino que, por el contrario, se manifestó expresamente en desacuerdo con

ello en varias oportunidades. En consecuencia, no concurre aquí un obstáculo para su pedido de que se aparte el *a quo* para dirigir el plenario, a lo que cabe agregar que indicó razones concretas que fundan su alegado temor de parcialidad al respecto.

Vale aclarar que la presente situación es disímil a la que concurrió en este expediente con relación a la recusación realizada por el Ministerio Público Fiscal, toda vez que el acusador público, previamente y al concurrir al debate gestado en torno al código que regiría las actuaciones, había adherido a la postura de la defensa, pretendiendo la aplicación de la ley 2372 (ver Sala III de la CNCP, causa n° 5933 “Falco”, reg. n° 332/2006 del 26/4/06).

iii) *La oportunidad del planteo.*

Íntimamente vinculada a la exigencia anterior se encuentra la de que la pretensión haya sido introducida en el momento oportuno.

Esta cuestión fue particularmente tenida en cuenta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “López Fader” (L. 953. XLI. Causa n° 32.861 del 25/9/07). En aquella oportunidad, se impugnó una sentencia de condena emitida por un tribunal de apelaciones y entre los agravios del recurso se solicitó la nulidad de la decisión, pretendiéndose la aplicación de “Llerena” en función de que uno de los vocales que suscribieron la resolución había intervenido previamente en la revisión de la prisión preventiva del imputado.

La Corte desestimó la queja, señalando que *“los agravios federales atinentes a las garantías de imparcialidad (...) alegadas por la defensa no han sido introducidos oportunamente en el proceso”*.

Igual criterio sostuvo la Sala I de esta Cámara en la causa n° 40.108 “Arias Duval” (reg. n° 86 del 20/2/07) en ocasión de expedirse sobre la recusación de los jueces de esta Sala efectuada por uno de los imputados, quien había sostenido que en consonancia con el criterio esgrimido por el Alto Tribunal en el fallo “Dieser” debía apartarse al suscripto, así como al Dr. Martín Irurzun y el Dr. Eduardo Luraschi del conocimiento de esas actuaciones, que transitaban ya la etapa del plenario –conf. C.P.M.P.–.

La alzada rechazó el planteo en virtud de que resultaba extemporáneo, toda vez que la parte había tenido varias oportunidades para formularlo anteriormente durante esa misma instancia, en el marco de otras incidencias. Luego, el recur-

so extraordinario deducido contra ese temperamento fue declarado inadmisibile y desestimado por la Corte (D. 434. XLIII “Arias Duval, Luis s/inc. Recusación”, rta. el 17/07/07).

Pues bien, trasladando estos razonamientos al caso, debe observarse que la pretensión de la querrela fue introducida en el momento oportuno, esto es, al efectuar su acusación en la apertura de la etapa del plenario, por lo que este requisito también se encuentra satisfecho. Ésta es otra diferencia con relación al planteo de recusación que realizó el Sr. Fiscal en la causa, en tanto aquel había sido concretado antes de que se clausure la instrucción.

III- En atención a lo desarrollado, puede arribarse a las siguientes conclusiones:

a) que la pretensión de la querrela tiene sustento suficiente pues, *a priori*, las pautas establecidas por el fallo “Llerena” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación son aplicables a los procesos sustanciados de acuerdo a las previsiones de la ley 2372, siempre y cuando se reúnan determinadas condiciones;

b) que el planteo fue formulado de acuerdo a los requisitos impuestos por la doctrina sobre la materia, en tanto lo efectuó expresamente una parte con interés legítimo, que se ha manifestado en contraposición a que se imprima al proceso el trámite del C.P.M.P. y que a la vez ha indicado circunstancias concretas que permiten fundar su alegado temor de parcialidad;

c) que la pretensión fue introducida en el momento oportuno, tal como lo exige la jurisprudencia de la Corte y de los tribunales inferiores.

Por todo ello, a mi entender el apartamiento solicitado tiene fundamento suficiente y debe ser receptado favorablemente. Tal mi voto.

**El Dr. Eduardo Farah dijo:**

Que la situación que se presenta en este expediente resulta sustancialmente análoga a la que, como vocal de la Sala I de esta Cámara, me tocó analizar en la causa n° 40.200 “Vázquez Policarpo”, reg. n° 571 del 14/6/07) –invocado por el incidentista–, por lo que, en consonancia con lo sostenido en dicha oportunidad, entiendo que el apartamiento promovido es procedente de acuerdo a los lineamientos impuestos por el fallo “Llerena” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (del 17/5/05 en L. 486 XXXVI).

Ello me lleva a coincidir con la solución propuesta por el Dr. Horacio R. Catan y a afirmar que la recusación formulada debe ser receptada favorablemente.

En mérito del acuerdo que antecede, SE RESUELVE:

REVOCAR el auto en crisis, HACER LUGAR al planteo de recusación efectuado por Juan Cabandié Alfonsín –parte querellante– y en consecuencia APARTAR al Dr. Rodolfo A. Canicoba Corral del conocimiento de las presentes actuaciones.

Regístrese, hágase saber y remítase su procedencia a efectos de que se tome razón de lo resuelto. Fecho, deberá el a quo remitir la presente junto a los autos principales y demás incidencias a la Secretaría General de esta Cámara a efectos de que desinsacule el juez que deberá seguir interviniendo en la etapa plenaria del proceso (Acordada 34/95).

[Firman:]

Horacio Rolando Catan

Martín Irurzun (en disidencia)

Eduardo G. Farah

Ante mí,

Pablo Herbon, Secretario de Cámara.



# Resolución de la Cámara Federal de La Plata en la causa 4758, “Legajo de apelación de Alonso Omar s/ presunta infracción de los arts. 139, 146 y 293 CP” (octubre de 2008), sobre nulidad de cosa juzgada por ser considerada írrita.

La Plata, octubre de 2008.

VISTOS: el expediente n° 4758 (n° III de primera instancia), caratulado: “Legajo de Apelación Alonso, Omar s/Pta. inf. art. 139, 146 y 293 C.P.” y el expediente n° 4953 (n° III/6 de primera instancia) “Incidente auto de procesamiento causa n° III Herzberg, Juan Carlos”, procedentes de la Secretaría Especial del Juzgado Federal n° 3 de La Plata.

Y CONSIDERANDO:

EL DOCTOR SCHIFFRIN DIJO:

1) Llegan estas actuaciones a la Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 448/455 y a fs. 477/483 (causa n° III), por la defensora oficial, Dra.

María Inés Spinetta, en representación de Omar Alonso, contra las resoluciones del *a quo* agregadas a fs. 355/364 y a fs. 460/468, en las que el juez declaró la nulidad de los fallos del fuero ordinario que absolvieron a Alonso y procesó a este último, respectivamente.

Asimismo, la defensora, en representación de Juan Carlos Herzberg, interpuso recurso de apelación (fs. 68/74 de la causa III/6) contra la decisión de juez (fs. 57/64) de procesar al mencionado Herzberg.

Los dos autos de procesamiento fueron dictados en la misma causa n° III “Alonso”, cuyas apelaciones dieron origen a los dos legajos de apelación n° 4758 y 4953, registro de esta Sala.

### **El inicio de la causa n° III**

2) El día 5 de febrero de 2003, el Fiscal Félix Crous formuló denuncia y, al mismo tiempo, requerimiento de instrucción contra el imputado Christian von Wernich, a quien lo responsabilizó por una gran cantidad de hechos ilícitos cometidos durante la última dictadura militar. La denuncia fue realizada ante el fuero federal platense, quedando radicada ante el juez Arnaldo H. Corazza, titular del Juzgado Federal n° 3 de esta ciudad (ver copias agregadas a fs. 1/85).

La existencia de esa denuncia dio lugar a la formación de actuaciones penales y motivó que, el día 12 de agosto de 2003, Alicia Zubasnabar de De la Cuadra, en su carácter de integrante de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, y Estela de la Cuadra de Fraire, ambas por propio derecho (con el patrocinio letrado de María Ester Alonso Morales), se presentasen ante el juez Corazza y le solicitasen que investigara los delitos de privación ilegal de la libertad, supresión del estado civil e identidad, sustracción de menor y delitos conexos, de los que resultaban víctimas sus familiares, Elena de la Cuadra, Héctor Baratti y la hija de ambos, que recibió de sus padres el nombre de Ana Libertad y que nació en cautiverio (presentación de fs. 147/148). En el punto IV de dicha presentación, los solicitantes informaba al juez Corazza que, con la finalidad de localizar e identificar a Ana Libertad, la Asociación de Abuelas de Plazo de Mayo ya había iniciado una causa en el fuero ordinario platense que llevaba el n° 2413/10, caratulada “Di Mattia



Luján-Sustracción de menor”, que tramitó en el Juzgado de Transición n° 3 de La Plata, a cargo de la jueza Martiarena. Las presentantes aclaraban que, allí, se investigaba la identidad de la menor “falsamente inscripta” con el nombre de María Natalia Alonso (la víctima de autos, hoy, María Natalia Suárez Nelson), creyendo las presentantes que María Natalia Alonso podía tratarse de su nieta y sobrina, Ana Libertad (fs. 147/148).

Esta presentación condujo al juez Corazza a formar la causa n° 7023, en fecha 18 de septiembre de 2003, con el fin de investigar exclusivamente los delitos de sustracción de menor y supresión de estado civil e identidad de Ana Libertad (fs. 172). Esta causa n° 7023 (hoy n° 111) quedó radicada en la Secretaría n° 9 del Juzgado Federal n° 3 de esta ciudad y se caratuló “Von Wernich, Christian Federico s/suposición de estado civil y falsedad ideológica de instrumento público” (fs. 172 y ss.)

3) En esta causa n° 7023 (hoy n° 111), el día 15 de diciembre de 2003, nuevamente, Alicia Zubasnar de de la Cuadra y Estela de la Cuadra de Fraire, patrocinadas por la doctora María Ester Alonso Morales, se presentaron, pero, esta vez, promoviendo “inhibitoria”. Solicitaban al juez Corazza que la causa n° 2413/10, que tramitaba, como dijimos, ante el Juzgado de Transición n° 3 de La Plata, sea remitida a su Juzgado para ser acumulada a la causa 7023. Esta solicitud fue compartida por los fiscales federales, doctores Carlos A. Dulau Dumm y Rodolfo Marcelo Molina (fs. 200/202). Sin embargo, el planteo de inhibitoria fue declarado abstracto por el juez Corazza, pues, ínterin, esa causa 2413/10 fue remitida por la justicia local a la justicia federal (al Juzgado Federal n° 3 de esta ciudad), por considerarse que esta última era la competente para continuar con la investigación; de igual forma lo entendió el titular del Juzgado Federal N° 3, quien aceptó la competencia.

Esta causa n° 2413 “Di Mattia” se había originado como un desprendimiento de la causa n° 1222 del ex Juzgado Criminal y Correccional n° 9 de La Plata, caratulada “Alonso, Omar y Otros s/Suposición de estado civil y Falsedad Ideológica de documento público”. Mientras que en este último expediente 1222 se investigaba la responsabilidad de Omar Alonso, supuesto padre de María Natalia Alonso (hoy María Natalia Suárez Nelson), por un posible concurso de delitos derivados de la apropiación de ésta última -investigación que concluyó con la absolución de aquél-, en la primera causa n° 2413, desprendida de esta última, se investigaba la respon-

sabilidad de María del Luján Di Mattía, supuesta madre de María Natalia, por el mismo hecho –quien, en primera instancia, fue beneficiada con un sobreseimiento, que, empero, fue revocado por la Cámara de Apelaciones del fuero local–.

Sólo la causa n° 2413 “Di Mattia”, del fuero ordinario, fue agregada por cuerda a la causa n° 7023 (hoy n° 111), por así disponerlo el a quo (fs. 210), pero no las actuaciones n° 1222 “Alonso”, también del mismo fuero, aunque existen incorporados a la n° 2413, numerosa prueba documental (en copias) y copias de los fallos absolutorios en favor de Alonso emitidos por los jueces de fuero local en esa causa n° 1222, elementos a los cuales aludiremos infra (sobre los fallos absolutorios, ver apartado I, considerando 13 y ss, y sobre la prueba, apartado II, punto 6, de este voto).

4) Pues bien, en la causa n° 7023 –hoy n° 111–, en la que se investigaba cuál era la verdadera identidad de María Natalia y, eventualmente, la responsabilidad de las personas implicadas en el delito de sustracción de menor, a la cual se agregó por cuerda la causa n° 2413, en la que se investigaba la responsabilidad de María del Luján Di Mattía en la sustracción de María Natalia, el juez Corazza, en fecha 1 de julio de 2005, ordenó a la Secretaría de Inteligencia que se practiquen “tareas de inteligencia y vigilancia encubierta ...a fin de determinar fehacientemente el domicilio de residencia de María Natalia Alonso” (fs. 257 vta. de la causa 7023, hoy 111).

Esta medida fue ordenada por el a quo debido al “trámite que [habían] tenido los presentes actuado [se refiere sobre todo a la causa n° 2413] –en los que en reiteradas ocasiones María Natalia Alonso se [había] negado a someterse a una extracción de sangre a los fines de practicarse pericia de ADN–”, y sobre la base de que el magistrado tenía “por presumible que Alonso [se entiende María Natalia] intente sustraerse de la actividad jurisdicción” (fs. 257 de la causa 7023, hoy 111). El juez buscaba con dicha medida “obtener muestras alternativas que contengan ADN de María Natalia Alonso, a fin de practicarse la correspondiente prueba de compatibilidad genética, toda vez la negativa de la nombrada a someterse a extracción de sangre” (sic, fs. 257).

Una vez que se determinó que el domicilio fehaciente de María Natalia era el de calle (...) de La Plata, el juez Corazza, el día 31 de agosto de 2005, libró orden de

allanamiento a los fines de secuestrar “muestras alternativas de material hemático de las cuales sea posible extraer ADN de María Natalia Alonso, (...); ello, siguiendo en forma detallada el instructivo elaborado por el B.N.D.G.[Banco Nacional de Datos Genéticos] del Hospital Durand, encontrándose absolutamente vedada toda posibilidad de tomar las muestras en cuestión de la persona de la nombrada...” (sic, fs. 267 vta. de la causa 7023, hoy 111).

El instructivo del B.N.D.G. es un informe que obra agregado a esa causa n° 7023 –hoy n° 111–(fs. 272), en el que se detalla que la obtención de muestras alternativas al material hemático de las cuales se puede obtener el ADN son “hisopado de mucosa bucal”, “fluídos biológicos: Semen, saliva, flujo vaginal”, “Hueso, Cartílago, Dientes, Tejidos blandos, Piel”, “Uñas, pelo con bulbo (ADN Nuclear, Cromosoma Y, ADN Mitocondrial)”, “Pelo sin bulbo (ADN Mitocondrial), Orina, Materia Fecal” y “Objetos Personales (cepillo de dientes, máquina de afeitar, peine)”.

Como producto del allanamiento, realizado el día 1 de septiembre de 2005, se secuestró, de acuerdo con ese instructivo, un cepillo de dientes, respecto del cual la misma María Natalia había manifestado que era suyo (ver copia del acta de procedimiento agregada fs. 277 de la causa 7023, hoy 111). Este fue el elemento que posibilitó realizar el análisis de ADN, que determinó que “los señores Corvalán de Suárez Nelson, María Elena Isabel (madre alegada desaparecida) y Suárez Nelson, Mario César (padre alegado desaparecido) tienen una Probabilidad de Parentalidad del 99,995 % de haber sido los padres biológicos del perfil genético obtenido de la muestra remitida e identificada como “Baño ppal M9 cepillo de dientes” (fs. 300 de la causa 7023, hoy 111).

5) Estos resultados periciales fueron recibidos en el Juzgado el día 31 de mayo de 2006, y ese mismo día el juez Corazza dispuso la notificación de los resultados a María Natalia. Solo el 17 de abril de 2007, María Natalia se hizo presente en el Juzgado Federal n° 3, y solicitó, en razón de los resultados de la pericia, que “se reconozca su identidad biológica, es decir, se la reconozca como hija de María Elena Corvalán y de Mario C. Suárez Nelson, manifestando en [ese] acto su deseo de mantener el nombre de María Natalia” (fs. 307 de la causa 7023, hoy 111).

Esa solicitud motivó que, el día 9 de agosto, el a quo declarara la nulidad del acta

de nacimiento de María Natalia “Alonso” y ordenara la inscripción en el Registro de la Personas de María Natalia, como María Natalia Suárez Nelson, hija de María Elena Corvalán y de Mario C. Suárez Nelson, nacida el día 8 de agosto de 1977 (fs. 312 de la causa 7023, hoy III). A la vez, en la misma resolución, el juez dispuso la rectificación de la partida de nacimiento de Izabella Venezia –hija de María Natalia–, en cuanto a que el nombre de la madre es María Natalia Suárez Nelson.

Los acontecimientos relatados y vinculados con la identidad de María Natalia fueron la razón para que ella misma se presentase nuevamente ante el juez Corazza el día 4 de octubre de 2007 y denunciara los hechos por los que había pasado, según sus propias vivencias y de acuerdo con lo que le había “confesado” Di Mattía. El relato de la denuncia será mejor desarrollarlo al momento de referirnos *infra* al hecho (ver apartado II, punto 6, considerando 50 de este voto), pero aquí resaltemos que María Natalia atribuyó responsabilidad al Capitán de Navío, “Gelver” (Juan Carlos Helzberg), quien fue el responsable de su entrega a Alonso, y a éste último. Respecto de Di Mattía, se advierte claramente su intención de favorecerla, alegando circunstancias que podrían indicar un posible –pero no analizado en esta causa– desplazamiento de la antijuridicidad de su conducta o de su culpabilidad (fs. 347 de la causa 7023, hoy III), circunstancias que también describiremos al abordar su denuncia.

6) La creación de la Secretaría Especial en el Juzgado Federal n° 3, que instruye causas vinculadas con la violación de Derechos Humanos ocurridas durante la última dictadura, fue la razón para que las actuaciones n° 7023, registro de la Secretaría n° 9 de ese Juzgado, se remitiesen por orden del Juez a aquella Secretaría, donde se le adjudicó un nuevo número: III (fs. 349).

El requerimiento de instrucción, la decisión del *a quo* y la crítica de la defensa

7) Luego de su radicación en ese lugar, el primer proveído que el juez Corazza firmó fue el que disponía la vista al señor fiscal en los términos del art. 180 C.P.P.N. (fs. 350). El fiscal federal, doctor Sergio Franco, formuló requerimiento de instrucción contra Omar Alonso y contra Juan Carlos Herzberg –no contra María del Luján Di Mattía–, en base, principalmente, a la denuncia realizada por María Natalia Suárez Nelson y al resultado de la prueba de histocompatibilidad. Sin embargo,

respecto de Alonso, era esencial que el fiscal abordase el tema de la revisión de cosa juzgada, pues aquél había sido absuelto por dos fallos de la justicia ordinaria de La Plata en la arriba mencionada causa n° 1222, por el hecho que aquí se investiga, o sea, por la apropiación de María Natalia Suárez Nelson. El fallo del juez Juan Carlos Bruni, a cargo del Juzgado en lo Criminal y Correccional n° 9, del Departamento Judicial de La Plata, de fecha 19 de febrero de 1996, y el de los jueces Horacio D. Piombo, Juan A. De Oliveira y Benjamín R. Sal Llargués (este último, en disidencia) de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de La Plata, de fecha 25 de noviembre de 1996, decidieron que no existía prueba para imputar responsabilidad a Alonso por tal hecho y, por ello, lo absolvieron.

El fiscal federal, doctor Franco, consideró que no existía cosa juzgada que pudiese emerger de los fallos del fuero ordinario, y construyó su fundamento apelando al criterio sostenido por la Corte Interamericana de Derechos humanos en el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia de 26 de septiembre de 2006, en base al cual ese Tribunal estimó que era posible revocar la cosa juzgada “si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y el espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*” (fs. 352 vta.).

Como en esta causa n° 111 se había incorporado una prueba central y dirimente, el análisis de ADN, que permitía tener por acreditada la real identidad de María Natalia Suárez Nelson, y como esta última había aportado datos acerca del hecho del que resultó víctima, el fallo absolutorio de los jueces provinciales no podía ser obstáculo, dijo el fiscal, para que se investigasen las responsabilidades por los delitos de lesa humanidad cometidos en perjuicio de María Natalia, toda vez que ello es una obligación del Estado argentino y que, de no cumplirse, podría hacerlo incurrir en responsabilidad internacional (fs. 352 vta.).

8) Ante tal requisitoria, el juez Corazza dispuso la nulidad de esos fallos absolutorios y procesó a Alonso y dispuso su prisión preventiva por considerarlo prima

facie partícipe necesario en los delitos de “sustitución de identidad, sustracción, retención y ocultamiento de menor de diez años y falsedad ideológica de instrumento público, previstos y reprimidos en los artículos 54, 139 inciso 2°, 146 y 293 del Código Penal (art. 306, 312 y conc. del C.P.P.N.)”. Tal decisión del juez Corazza fue emitida en dos resoluciones distintas, una, de fecha 9 de octubre de 2007, en la que abordó lo relativo a la cosa juzgada, y, la otra, del día 25 de octubre de 2007, que constituye el auto de procesamiento.

Luego el juez Manuel Humberto Blanco, en su carácter de juez subrogante, decretó el procesamiento de Juan Carlos Herzberg y dispuso su prisión preventiva, por considerarlo *prima facie* Acouator penalmente responsable de los delitos d sustitución de identidad y sustracción, retención y ocultamiento de menor de diez años, previsto y reprimidos en los artículos 54, 139 ins. 2 y 146 del Código Penal.(Arts., 306, 312 del C.P.P.N.) –fs. 57/64 de la causa III/6–.

9) Contra estas decisiones del juez Corazza y Blanco, pues, se alza la defensora oficial esgrimiendo agravios por separado. Dado que el tema a decidir está constituido por dos objetos que tienen un orden lógico bien definidos, analizaremos, en un primer apartado, lo atinente la revocación de la cosa juzgada y los agravios esgrimidos por la defensa y, luego, en otro, lo referente al procesamiento de Alonso y Herzberg y los agravios respectivos.

## I. REVOCACIÓN DE LA COSA JUZGADA, AGRAVIOS Y SU TRATAMIENTO

10) En la primera de esas resoluciones, o sea, en la de fecha 9 de octubre de 2007, el juez Corazza analizó las decisiones de la justicia ordinaria por las que se absolvió a Alonso, declarándolas nulas y revocando la cosa juzgada por presentarse las causales de “error judicial” y de “injusticia”.

La primera causal, es decir, la de “error judicial”, se daba, a criterio del magistrado, porque los jueces del fuero ordinario habían considerado que “no podía producirse una prueba que era y es la esencial para determinar la existencia o no de materialidad ilícita y de culpabilidad, medio probatorio que luego se aplicó y dio el resultado ya conocido” (fs. 359). Desechó el juez Corazza las explicaciones del

juez de primera instancia del fuero ordinario, doctor Bruni, relativas a la imposibilidad de producir esta prueba, haciendo notar que tales afirmaciones no eran verdaderas, ya “que surge de autos [que] ha sido posible lograr la extracción de muestras de ADN de quien fuera registrada como Natalia Alonso” (fs. 357 vta.). Ello es así, explicó el juez federal, porque, a través de un allanamiento ordenado por él mismo en el año 2005, se pudieron efectivamente secuestrar muestras, de las cuales fue posible extraer el ADN de María Natalia (“Alonso”), que permitió realizar el análisis que determinó que ella es hija de María Elena Isabel Corvalán de Suárez Nelson y de Mario César Suárez Nelson (fs. 358).

Respecto de la segunda de las causales (“injusticia”), el a quo la consideró también presente, y explicaba dicha causal a través de la cita del autor Andrés Gil Domínguez: “[este supuesto] se verifica cuando el auto atacado cumple con todos los recaudos formales y sustanciales, no obstante lo cual su aplicación genera una situación objetiva de extrema injusticia” (fs. 359).

Finalizó el titular del Juzgado Federal n° 3 de esta ciudad haciendo referencia a que el delito aquí investigado es un crimen de lesa humanidad y, por lo tanto, imprescriptible, tratando de utilizar estas categorías, entiendo, para reforzar valorativamente su conclusión sobre la invalidez de los fallos de la justicia ordinaria por las dos causales aludidas, y para poner de relieve la obligación internacional del Estado argentino relativa a no dejar impune este tipo de hechos (fs. 359 vta./363 vta.).

11) En primer lugar, la defensora se agravia de que Alonso ya fue juzgado por la Cámara en lo Criminal y Correccional del Departamento Judicial de La Plata con fecha 18 de abril de 1996, tribunal que confirmó la absolución de Alonso que había pronunciado el juez Bruni en la causa 1222. La defensa acentúa que ni el fiscal de la causa 1222 ni las querellas allí presentadas interpusieron los recursos previstos en el código de rito. La defensa sostiene consecuentemente que no resulta jurídicamente válida esta nueva persecución penal.

Recalca que en nuestro derecho procesal federal no existe posibilidad de articular acción de nulidad por cosa juzgada írrita o bien de realizar acción de revisión en causas penales concluidas en perjuicio de la situación procesal del impu-

tado, recordando que el art. 479 del C.P.N. establece que “el recurso de revisión procederá, en todo tiempo y a favor del condenado, contra las sentencias firmes...” (fs. 448 vta.).

Recuerda que el art. 7 de la Constitución Nacional expresa que “Los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás...”. Dice que el instituto utilizado por el a quo para resolver y reabrir el proceso penal en disfavor de Alonso no se encuentra previsto en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que considera que debe revocarse el auto y declararse su nulidad (fs. 449).

Entiende que las elaboraciones doctrinales aplicadas a los procesos no pueden bajo ningún concepto soslayar los principios constitucionales y supranacionales, aún cuando los delitos que se pretenden investigar y penar sean extremadamente graves.

También expresa que la seguridad jurídica y el límite al poder punitivo y de persecución del Estado de Derecho se encuentran en juego.

Según la defensa una sentencia puede resultar o no plausible, puede herir las más íntimas convicciones, puede devenir injusta ante la evolución del derecho de gentes o simplemente del derecho especial aplicable al caso, pero los conflictos judiciales no pueden permanecer eternamente abiertos sujetos al cambio de postura jurisprudencial y/o doctrinaria; ningún Estado de Derecho puede soportarlo sin comprometer su responsabilidad interna e internacional (fs. 449).

Expresa que, de ahí, la doctrina de la “cosa juzgada írrita”, que reconoce su origen en el derecho romano, tenga una interpretación que fue y es de carácter restrictiva en el derecho privado primigeniamente y en el derecho público en la actualidad.

Acentúa que el instituto se encuentra regulado en las leyes procesales civiles y que las corrientes doctrinarias son unánimes en atribuir carácter excepcional a la acción de nulidad contra una sentencia con el *status* de cosa juzgada. En todos los casos, reitera, se refieren a la aplicación del instituto en el derecho privado (fs. 449 vta.).

Expresa que el a quo al fundar su conclusión de que en el caso concurren las causas de error judicial e injusticia lo hizo sobre la base de casos y normas del derecho procesal civil, cuya aplicación analógica en el derecho penal se encuentra res-



tringido por los derechos y garantías del debido proceso penal y la defensa en juicio que poseen jerarquía constitucional.

Cita en su apoyo los votos de los ministros Argibay y Fayt, en el reciente caso “Riveros, Santiago Omar s/Recurso extraordinario”, para luego señalar que la garantía de la cosa juzgada se infiere del Preámbulo de nuestra Carta Magna y está expresamente incorporada desde la reforma constitucional de 1994 destacando el art. 8 inciso 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el art. 14 inc. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En un capítulo titulado “non bis in idem”, la defensora expresa que el a quo, con su decisión, ha violado dicho principio, con jerarquía constitucional (art. 8.4 CADH, 14.7 PDCyP; y menciona también al art. 1 CPPN).

Expresa que la garantía derivada de dicho principio reconoce fuente inmediata en la Quinta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América. Según la defensa, ella protege a los individuos contra la doble puesta en riesgo (*to be twice put in jeopardy*) de estar sujeto a un proceso penal por la misma ofensa (same offence), conclusión que apoya en los precedentes de la Corte Suprema registrado de Fallos, 299:221 y el dictamen del señor procurado general de Fallos, 298:736 (fs. 452/453). Tengamos presente que esta última cita de Fallos que realiza la defensora, corresponde a la decisión emitida por el Alto Tribunal en el caso “María Estela Martínez de Perón”, de fecha 22 de septiembre de 1977.

Asimismo, la defensora hizo referencia al caso “Almonacid” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que determina los casos en que la garantía del *ne bis in idem* no juega, que no se dan en autos.

Finaliza considerando que, de haber sido factible la revisión del proceso penal, la misma resulta de competencia absoluta de la justicia provincial, ya sea en su Cámara de Casación o ante la propia Suprema Corte de Justicia, quienes resultan las únicas legitimadas para efectuar el control de constitucionalidad de los fallos emanados de sus tribunales inferiores, “nunca la justicia federal” (fs. 454 vta.).

Concluye en que la decisión del a quo relativa a declarar la nulidad del fallo de la justicia ordinaria que absolvió a Alonso, es nula de nulidad absoluta, y, por ello, debe revocarse.

12) Por su lado, en la Alzada, Alonso designó un nuevo representante, el Dr. Kraiselburd, quien se limitó a mantener el recurso de apelación y, en la oportunidad brindada por el art. 454 C.P.P.N., no mejoró los fundamentos que había expuesto la defensora oficial.

Esta oportunidad procesal, empero, sí fue aprovechada por la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, cuyo representante legal, el Dr. Emanuel Lovelli, presentó el escrito que obra agregado a fs. 520/533, en el que argumenta en favor de la decisión del magistrado relativa a la anulación de los fallos del fuero ordinario, esgrimando las razones que, a su juicio, deben llevar a este tribunal a confirmar esa decisión.

El doctor Lovelli señala que Hitters, Chioventa y Bidart Campos están a favor de la revisión de la cosa juzgada y que ésta ha sido materia de creación pretoriana por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como se puede apreciar en el artículo de Andrés Gil Domínguez en la publicación de la Revista La Ley del 7 de marzo de 2006 “La acción de nulidad por Cosa Juzgada Irrita” (fs. 521 vta.).

Remarca que si las causales de revisión de la cosa juzgada, que el propio Domínguez indica en su artículo, son aplicables en el ámbito civil, en donde la verdad es un elemento respecto del cual las partes pueden disponer, con más razón, son aplicables en la esfera penal, en donde se tiende a desentrañar la verdad absoluta.

Cita en su favor un fallo de la Sala I Ad Hoc de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, en causa n° 39816 –AMIA– “Galeano, Juan José y Otros s/Delito de Acción Pública”, con fecha 29 de junio de 2007, que, según señala el Dr. Lovelli, revocó un sobreseimiento pasado en autoridad de cosa juzgada, utilizando las categorías enunciadas por Gil Domínguez.

Resalta que la sentencia absolutoria fue dictada sin habersele practicado a Natalia Suárez Nelson los análisis ADN, a pesar de que existían los recursos apropiados. Dice que “la medida estaba contenida dentro de las facultades del juez quien en definitiva no obró diligentemente para llevarla a cabo” (fs. 523 vta.). Expresa que la falta de producción de tal prueba no se correspondió con la protección del interés superior de Natalia Suárez Nelson, que por ese entonces era menor de edad (fs. 523 vta.).

En un capítulo que titula “Vicios de la voluntad”, el Dr. Lovelli destaca la situa-

ción de violencia a la que María Natalia era sometida, y resalta que “fue obligada a contraer matrimonio en el Paraguay, cuando se hallaban [ella y Alonso] prófugos de la justicia teniendo la edad de 16 años y de esta forma conseguir la emancipación y evitar ser extraditada para realizar la pericia de ADN” (fs. 523 vta.).

Como “Hecho nuevo”, el Dr. Lovelli señala que en el año 2006, se llevó a cabo el análisis de ADN, que determinó que María Natalia es hija de Mario César Suárez Nelson y María Elena Corvalán, ambos desaparecidos durante la última dictadura militar. Este hecho, para el letrado, “da un giro copernicano a esta causa al cambiar sustancialmente la plataforma fáctica, y convirtiendo ya, a la sentencia absolutoria, en insoportablemente injusta” y “solamente por este hecho trascendental la sentencia absolutoria merece ser descalificada en su autoridad de cosa juzgada...” (fs. 524).

Refuerza su argumentación, apelando al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Riveros, Santiago Omar s/Recurso extraordinario” (cons. 36 y 37), en el que el Alto Tribunal “declaró admisible la posibilidad de revisión de la cosa juzgada en materia penal” (fs. 524), y también a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Almonacid”, en la que dicho Tribunal sostuvo que “pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y el espíritu de la Convención Americana des- plaza la protección del *ne bis in idem*” (fs. 525 vta.).

Sostiene que es el fuero federal el competente para juzgar esta clase de delitos y que es un derecho de las víctimas asegurado por los organismos internacionales de derechos humanos la obtención de la verdad real de lo ocurrido, como así también de la justicia.

### **Consideraciones sobre la revocación de la cosa juzgada**

13) El a quo (al igual que el fiscal e, inclusive, el representante de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo) ha edificado la justificación de su temperamento en la circunstancia de que surgió una prueba nueva, el examen de histocompatibilidad, que, ahora, demuestra con certeza que María Natalia no es hija de Alonso, y que este hecho novedoso, ausente durante el proceso judicial en el fuero ordina-

rio, posee entidad para revocar la cosa juzgada, presentándose las causales de “error judicial” e “injusticia”.

Comparto la decisión del juez de declarar la nulidad de los fallos de la justicia ordinaria que absolvieron a Alonso por los delitos que aquí se lo está investigando y de no reconocer valor a la cosa juzgada. Las causales de “injusticia” y “error judicial”, sin dudas, están presentes, y estarían dadas las condiciones para hacer aplicación del criterio sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Almonacid”, que cita el fiscal federal y el representante de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo como aplicable al presente caso, relativo a que:

“[esa] Corte considera que si aparecen nuevos hechos o prueba que puedan permitir la determinación de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*” (párrafo 154).

Pero, además, existe otra razón, a mi juicio, para que, en este caso, se arribe a tal conclusión y es el hecho que el proceso llevado adelante en el fuero ordinario fue objeto de un concurso de delitos que ha rendido su beneficio.

El juez de primera instancia, doctor Bruni, para absolver a Alonso analizó la prueba testimonial y la documental, y estimó que de la misma no surgía la certeza necesaria para condenarlo. Respecto de la testimonial, consideró que los testigos sólo pudieron señalar que no habían visto embarazada a la señora Di Mattía, supuesta madre de María Natalia, pero tal prueba, para el juez, a lo sumo, podía indicar que ésta última no era hija de la primera; no era suficiente para tener por acreditado directamente el hecho de la sustracción y el resto de los delitos imputados a Alonso. En cuanto al análisis de la prueba documental, otorgó plena validez al certificado de nacimiento confeccionado en el Registro de las Personas, en el cual, con base en el certificado médico del Dr. Bosia, el oficial público dejaba asentado que Omar Alonso y María del Luján Di Mattía eran los padres biológicos de María Natalia. Convine transcribir la parte pertinente de las consideracio-

nes del juez Bruni sobre este punto:

“En efecto, la partida de nacimiento, que en fotocopia luce a fs. 9/8, constituye un instrumento público en los términos del art. 979 del C. Civil. Como tal, hace plena fe de los hechos o actos que la misma trasunta 8arts. 993 y sgtes. del C.C.). La investigación realizada, en orden a la inserción en ella de declaraciones falsas –en este caso el nacimiento de María Natalia Alonso–, no han logrado a mi juicio, mellar la fuerza convictiva de la misma. Base de dicho instrumento, y en consecuencia, objeto principal de aquella, lo ha sido, indudablemente, el certificado de nacimiento expedido por el Dr. Francisco Antonio Bosa, obrante a fs. 120. El profesional mencionado, da cuenta en el mismo, haber asistido el parto de María Natalia Alonso, el día 8 de agosto de 1977, siendo las 16:50 hs., en el domicilio de la calle 39 n° 622, 2do. “A”, de esta ciudad. Bosa presta declaración testimonial en esta causa, en dos oportunidades (fs. 28/30 y 520/522). En ambas relata pormenorizadamente, los motivos y circunstancias en que se produjo su intervención profesional. En las audiencias respectivas fue amplio y profusamente interrogado respecto al alumbramiento producido, sin que sus dichos hubieren sido desacreditados en el curso de este proceso, por probanza alguna. Es más, ratificando su presencia en dicho lugar, también presta declaración testimonial, su ocasional acompañante, Salvador Sgro (fs. 590), quien confirma los motivos de aquella... En conclusión nada ni nadie ha logrado desmerecer los dichos de Bosa, y en consecuencia, desvirtuar la validez intrínseca de aquel certificado y de la partida de nacimiento a la que da origen. A tenor de lo expuesto y en virtud de lo establecido por el art. 256 del C.P.P., dicho instrumento público hace plena prueba de las constancias en él insertas” (fs. 793/795 de la causa n° 2413 “Di Mattia, María de Lujan”, que corre agregada a esta causa penal).

En la Cámara de Apelaciones del fuero ordinario, luego de que el doctor Benjamín R. Sal Llargués votara por condenar a Alonso por la comisión de los delitos imputados, el doctor Juan A. Oliveira emitió su voto por la absolución, al cual posteriormente adhirió el doctor Horacio D. Piombo. Al igual que el juez Bruni, el doctor Oliveira coincidió en que no existía prueba que acreditase directamente los hechos por los cuales se acusaba a Alonso, valiéndose de la prueba docu-

mental y testimonial existente en la causa para fundar su opinión relativa a que Alonso debía ser absuelto:

“Base de la absolución del acusado... se encuentra en que no ha podido conmovearse legalmente la validez de las partidas de nacimiento de fs. 8/9, así como del certificado médico que acredita el nacimiento de la hija del acusado de fs. 129, por medio de la cual se indica que en fecha 16 de Agosto de 1976 se inscribió en el Registro Civil o de Las Personas de la ciudad de la Plata, el nacimiento de una menor del sexo femenino, que ocurriera en fecha 8 de dicho mes y año, que fue anotada con el nombre de María Natalia, siendo sus padres el acusado Omar Alonso y su madre María del Luján Di Mattia, considerándose que el nacimiento fue constatado por el médico Dr. Francisco Antonio Bosia.

En efecto, tal documento –la partida de nacimiento– que fuera confeccionado por las autoridades correspondientes (arts. 1, 2, 3, 4, 10, 1, 20, 22, 27 con los formalidades que indica el art. 32) y por el obligado a solicitar la inscripción, según el art. 30 inc. 1 sobre la base del certificado del médico o de los obstetras (art. 31, todos del D/L 8204 ratificado por la ley 16418 nacional); y el art. 90 y éste último con las formalidades que requieren los arts. 91 y 93 del decreto 1360, reglamentario de la ley 7842 Orgánica del Registro de las Personas de la Provincia de Bs. As., los que de conformidad al art. 24 del D/L Nacional 8204 y art. 979 y 993 y stes. del Código Civil, hacen plena fe de sus afirmaciones mientras no se acredite lo contrario por los mecanismos que permite la ley.

Participo con la afirmación del juez de grado de que la investigación tendiente a determinar la veracidad o falsedad de dicho instrumento, la misma encuentra plena confirmación de su veracidad en los testimonios: del médico que consta haber asistido –por el documento y sus testimonios–, señalando el Dr. Bosia a fs. 28/30 y 520/522, que el mismo asistió en el parto, en la fecha indicada y en hora aproximada a las 16:50, a la señora Di Mattía y en el domicilio de ésta, sito en calle 39 n° 622, Piso 2, Dpto. A, en forma ocasional, por cuanto concurrió a recibir una donación de parte del acusado en compañía de dos personas, y la circunstancia de además de no ser médico, que la asistiera con anterioridad a la emergencia, su especialidad –no obstante el poco tiempo que llevaba de recibido– era médico clínico y no partero u obstetra, no teniendo tampoco experiencia

en pediatría, por lo que aconsejó el reconocimiento médico tanto de la paciente como de la criatura por los respectivos especialistas.

Que ello se encuentra corroborado en cuanto a la fecha de nacimiento por la atención pediátrica por parte del Dr. Hugo Pérez Salas, quien a fs. 225, afirmó haber asistido a una criatura “recién nacida”, –señalando que la característica de tal afirmación eran el color rojo del cuerpo, propia de los recién nacidos, y el hecho de que aún tenía el cordón umbilical– en el lugar y fecha indicado por el Dr. Bossia, y continuó haciéndolo hasta el año 1986, agregando a fs. 557/558 las fichas de seguimiento de la misma (obrando fotocopia de las mismas a fs. 226).

...A su vez, a fs. 590 Salvador Sgro, la persona indicada por el Dr. Bossia confirma en su declaración en plenario que a la fecha y hora indicada por el citado galeno, concurrió y a los fines indicados en su carácter de miembro de una cooperadora, juntamente con el secretario de dicha cooperadora, señor Genoni, y el mencionado médico en carácter de tesorero de dicha institución, al domicilio del acusado Alonso a retirar una donación de parte de este último, lugar en el que el Dr. Bossia debió atender un parto de la dueña de casa; que en tal oportunidad escuchó un barullo sin saber qué pasaba, y luego le fue informado ese mismo día por Genoni que la señora de Alonso había tenido un nena...” (Voto del juez Oliveira, fs. 458vta./460 de la causa 2413).

Asimismo, el magistrado se apoyó en el art. 65 del Código Civil, que establece que “se tendrá por reconocido el embarazo de la madre, por la simple declaración de ella o del marido”, para presumir que la señora Di Mattía estuvo embarazada (fs. 458 vta./460).

Se advierte entonces que, el juez Oliveira reconoció pleno valor a la partida de nacimiento, a los dichos de la pareja Alonso y a las testimoniales que se insertaron en el plan ideado para conseguir una sentencia favorable.

14) Como vemos, el análisis de ADN lo que realmente demostró procesalmente fue que los jueces del fuero ordinario dictaron la absolución de Alonso, incurriendo en el error producido por un concurso de delitos, desplegado durante el trámite del proceso penal por los propios imputados y por testigos, hechos ilícitos que consistieron en la falsificación de la partida de nacimiento (al menos, ide-

ológicamente) (292 y/o 293 C.P.), en el uso de este documento en el proceso penal (art. 296) y en las declaraciones testimoniales falsas (art. 275 C.P.) de Francisco Bosia, Salvador Sgro y Hugo Salas Pérez. Tanto en primera instancia como en la Cámara, la partida de nacimiento y esas declaraciones fueron decisivas para crear en los magistrados la convicción acerca de la falta de prueba para responsabilizar al mencionado Alonso.

Aquí no cabe abundar sobre los detalles de esa maniobra delictiva, los que serán tratados con detenimiento al analizar “el hecho” (ver apartado II, punto 6). Sólo importa destacar que ha habido, entonces, un claro concurso de delitos que ha rendido su beneficio y una terminante violación del debido proceso legal que impide reconocer efectos a la cosa juzgada. Esta es la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que enseña que la inmutabilidad de la decisión judicial “requiere la existencia de un trámite anterior contradictorio en el que se hayan respetado substancialmente las exigencias de la garantía de la defensa en juicio” (Fallos: 255:162; 256:398; 258:220, entre otros) y que aclara que “la admisión de la cosa juzgada genérica no significa que su reconocimiento no pueda condicionarse a la inexistencia de dolo en la causa en que se expidió la sentencia y que esta posibilidad... es asimismo valedera para desconocer eficacia final a la sentencia dictada en un juicio donde incurrió en estafa procesal” (Fallos: 254:320; 278:85, considerando 18). Esta doctrina es sobre la cual algunos de los ministros edificaron sus votos en el pronunciamiento de Fallos: 298:736, “María Estela Martínez de Perón”, citado en los agravios por la defensa, en la que se investigaba a la ex Presidente de la Nación, por la posible comisión de libramiento de un cheque, pronunciamiento del Alto Tribunal que decidió revocar la decisión de la Alzada de la Capital Federal que había decidido hacer lugar a la excepción de cosa juzgada en favor de aquélla.

En conclusión, la absolucón dictada en este contexto por los jueces del fuero ordinario carece de valor, y el fallo absolutorio no hace cosa juzgada, por ser el fruto de un concurso delictivo.

15) Respecto del agravio esgrimido por la defensa referente a que la justicia federal no es la competente para decidir esta causa, corresponde también su rechazo. El fundamento de esta conclusión se apoya en lo prescripto por la ley 48 y en la



jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que atribuye a la justicia federal el juzgamiento de los hechos cometidos por los funcionarios del último gobierno militar. ¿Por qué corresponde atribuir responsabilidad por el presente caso al último gobierno militar? La respuesta surge de analizar el contexto en que se cometió el hecho que nos ocupa.

El presente caso de apropiación de hijos de padres supuestamente “subversivos” resulta sólo uno de los tantos que caracterizaron el período de la dictadura militar. En efecto, dentro del plan criminal del último gobierno militar, también fue una práctica sistemática la desaparición de los hijos de los supuestos “subversivos”. Estos, en su mayoría, eran jóvenes, varones y mujeres, de entre 20 y 30 años, que se encontraban en edad de procrear, circunstancia que, por sí sola, hacía presumir que los máximos responsables de las Juntas, desde el inicio, habían previsto y regulado el destino que se les darían a aquellos niños que, o bien quedaban desamparados luego del secuestro de sus padres, o bien nacían durante el cautiverio de sus madres.

Sin embargo, en la causa 13/84, la Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal requirió un poco más que esa suposición, pues consideró que no existía prueba que acreditase que esa práctica integró también el plan criminal (*Fallos*, 309:292); consideración que fue uno de los puntos de la sentencia pasibles de las más serias críticas (Marcelo SANCINETTI-Marcelo FERRANTE, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Hammurabi, 1999, pág. 169).

Empero, las investigaciones posteriores a la restauración del gobierno constitucional corroboran aquella presunción y demuestran definitivamente que el plan criminal de la dictadura abarcó la desaparición de niños. Alarma, por ejemplo, el hecho de que se hayan conocido que existiesen “órdenes secretas antisubversivas”, dictada por el entonces Jefe del Estado Mayor del Ejército, General Viola, el 17 de diciembre de 1976, que contemplaban la manera en que debían actuar los encargados de las operaciones de seguridad respecto de la detención de “jefes, hombres, mujeres y niños”, y que específicamente existiese un documento titulado “Instrucciones sobre el procedimiento a seguir con menores de edad hijos de dirigentes políticos o gremiales cuando sus progenitores se encuentran detenidos o desaparecidos”, proveniente del Ministerio del Interior, de abril 1977, docu-

mento que no fue ubicado y que se presume que fue destruido (ver SANCINETTI-FERRANTE, *op. cit.*, pág. 102/103 y 169).

16) Las posteriores investigaciones realizadas, entre otros organismos, por la CONADEP (*Nunca más*, Eudeba, 2006, pág. 303 y ss, 7.º edición) y las judiciales llevadas adelante por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal también apoyan este razonamiento, relativo a que la desaparición de los niños era una práctica prevista y regulada por los usurpadores del poder durante el período 1976-1983. Cabe citar, por ejemplo, el fallo de los por entonces integrantes de la Sala I, Dres. Vigliani y Riva Aramayo, de la nombrada Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, en la causa n.º 30.312, caratulada “VIDELA, Jorge Rafael s/prisión preventiva”, en fecha 9 de septiembre de 1999, quienes tuvieron que decidir acerca de la vinculación del imputado con la sustracción de algunos menores durante la última dictadura militar. En tal análisis, los jueces desecharon la vaga alegación de la defensa de Videla de su ajenidad respecto de esos casos de secuestro, y fundamentaron su opinión sobre la base de numerosos testimonios citados por el Juez Markevich, pero especialmente por las declaraciones del Teniente de Fragata (RE) Jorge Eduardo Noguey y de Emilio Fermín Mignone, quienes habían referido:

“que la sustracción de los menores formaba parte de la actividad ilegal diseñada por la Jefatura del ejército para ‘suprimir’ en su ámbito de actuación a quienes consideraba integrantes o colaboradores de las fuerzas guerrilleras o disidentes políticos con el régimen de facto, y de esta manera evitar que los menores crecieran en hogares en los cuales se les inculcara el odio hacia las instituciones militares”.

17) Esos datos que indican que el plan criminal de la dictadura se extendió a los hijos de los supuestos “guerrilleros o subversivos”, se confirman con la prueba de mayor relevancia, a mi juicio, que existe sobre esta materia, constituida por el valioso trabajo, de público y notorio, realizado por la “Asociación Abuelas de Plaza de Mayo”, que prueba, no sólo el carácter sistemático de la desaparición de niños, al que recién aludimos, sino también su aberrante carácter generalizado. Así lo demuestra la recuperación de casi 90 nietos que, durante su precoz niñez, fueron estirpados de sus raí-

ces familiares, sobre todo en los primeros años del golpe militar, para ser posteriormente entregados a personas desconocidas con ánimos de retenerlos como hijos propios. La cifra indicada resulta menos del 20% de la totalidad de los niños desaparecidos, respecto de los cuales, hoy, sigue sin conocerse su destino.

18) Este contexto que determina la responsabilidad del gobierno militar en la planificación de la sustracción de menores de edad, se confirma en esta causa con los dichos categóricos de la propia María Natalia Suárez Nelson que vincula al Capitán de Navío Juan Carlos Herzberg, como el responsable de su entrega a Alonso.

En tales condiciones, resulta evidente que la justicia local no tiene competencia para juzgar delitos que fueron diagramados por funcionarios públicos del último gobierno militar, pues es la propia ley 48, en su art. 3, inc. 3, que atribuye el juzgamiento de esos casos al fuero de excepción, al estipular que le corresponde el conocimiento de “los crímenes cometidos en el territorio de las Provincias en violación de las leyes nacionales, como son todos aquellos que obstruyan o corrompan el buen servicio de sus empleados”.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación así también lo ha entendido en numerosos casos, en los que debió decidir si correspondía al fuero local o al de excepción el entendimiento de delitos enmarcados en el plan sistemáticos de terrorismo de estado cometidos por funcionarios del último gobierno militar, atribuyendo el juzgamiento de esos casos a la justicia federal, con apoyo en aquella normativa (*Fallos*, 310:94,1011,2331,2476; 311:67 y sus citas, entre otros).

## II. PROCESAMIENTO DE ALONSO, HERZBERG, AGRAVIOS Y SU TRATAMIENTO

(...)

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo:

1. CONFIRMAR la resolución apelada, MODIFICANDO la calificación legal de la conducta de Omar Alonso, considerándolo coautor de los delitos previstos y reprimidos por los arts. 146 (texto según ley 24.410) y 139, inc. 2 (texto según ley

24.410), en concurso ideal con el art. 293 C.P.

(...)

Tal es mi propuesta al Acuerdo.

EL DOCTOR FLEICHER DIJO:

Luego de una detenida lectura y estudio del complejo y fundado voto realizado por el Dr. Leopoldo Héctor Schiffrin, adhiero a la solución que propone.

(...)

Así lo voto.

EL DOCTOR COMPAIRED DIJO:

Adhiero al voto del doctor Schiffrin.

Por lo expuesto, el Tribunal RESUELVE:

1. CONFIRMAR la resolución apelada, MODIFICANDO la calificación legal de la conducta de Omar Alonso, considerándolo coautor de los delitos previstos y reprimidos por los arts. 146 (texto según ley 24.410) y 139, inc. 2 (texto según ley 24.410), en concurso ideal con el art. 293 C.P.

(...)



