

## El análisis de ADN en el proceso penal

*Alan Iud\**

### **I. Introducción.**

Una de las características salientes del ADN es su singularidad: la posibilidad de que dos personas tengan exactamente el mismo ADN es ínfima. No fue difícil, entonces, que se convirtiera en un elemento de prueba trascendente para la persecución penal. Así, el ADN hallado en la escena del crimen o en el cuerpo de la víctima se suelen presentar como la llave de maestra de la investigación penal: una prueba infalible e irrefutable. Si bien esa proposición puede ser cuestionada, en este trabajo me limitaré a estudiar su legítima procedencia en el proceso penal federal, a la luz de la legislación y jurisprudencia más reciente.

Nuestro país tiene el dudoso mérito de tener una profusa jurisprudencia sobre el tema. Como se sabe, la dictadura cívico-militar que gobernó de facto entre 1976 y 1983 implementó una práctica sistemática y generalizada de apropiación de niños, hijos de militantes políticos que fueron desaparecidos, procurando borrar todo elemento de ligazón entre unos y otros. Por entonces, nadie imaginaba que sería posible determinar la filiación de una persona con solo una pequeña muestra hemática. Inmediatos avances científicos y, fundamentalmente, la lucha de las Abuelas de Plaza de Mayo, produjeron que apenas restablecida la democracia comenzara a discutirse en los tribunales la validez del análisis de histocompatibilidad (HLA) -antecedente inmediato del ADN- como prueba en un proceso penal, así como la legitimidad de los procedimientos de extracción de sangre<sup>1</sup>.

Considero que lo resuelto en aquellos casos referidos a niños apropiados durante el terrorismo de Estado fue suficientemente estudiado y difundido<sup>2</sup>. El propósito de este trabajo, entonces, es abordar las problemáticas que este tipo de prueba plantea desde un punto de vista más general, sin referirnos a un hecho o delito en particular. De todos modos, el impacto que han tenido los casos

---

\* Abogado (UBA). Coordinador del Equipo Jurídico de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo. Publicado en "Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal. Nuevos estudios críticos de la jurisprudencia", editores Del Puerto, Buenos Aires, 2015, pág. 159-192.

1 Al parecer, nuestro país fue pionero en el uso judicial del ADN, pues ya en 1984 se realizaron las primeras pruebas de histocompatibilidad (antecedente inmediato del ADN) por orden judicial, en tanto que en el resto del mundo recién comenzarían a usarse dos años más tarde (según sostiene Michele Taruffo, cfr. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, trad. de Daniela Accatino Scagliotti, 1ra ed., ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 240).

2 Ver, por todos, Anitua, Gabriel Ignacio y Gaitán, Mariano (comps.), *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, 1ra. ed., Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2013.

referidos a la apropiación de niños sobre la legislación y jurisprudencia en la materia es notorio, por lo que algunas referencias a aquellos casos devienen ineludibles.

## **II. La jurisprudencia de la CSJN sobre injerencias corporales en el imputado.**

Uno de los problemas centrales de esta prueba es el referido al procedimiento de obtención del material biológico que presumiblemente contiene el ADN que se pretende decodificar. Más sencillamente: el ADN puede extraerse de muestras de sangre, piel, pelos, saliva -u otros fluidos corporales-, lo que convierte en trascendental la obtención de ese material. Desde el punto de vista médico-científico, se trata de un procedimiento sencillo. Desde el punto de vista jurídico, ha despertado intensos debates. Sin embargo, conceptualmente, los problemas que plantea no son distintos a los de otro tipo de pruebas en las cuales el imputado es obligado a someterse al control del órgano encargado de la persecución penal.

Así, tradicionalmente, ese tipo de material biológico se obtiene a través de una pequeña injerencia en el cuerpo de la persona cuyo ADN se pretende conocer. Los métodos más habituales en la práctica forense son una leve incisión para extraer sangre o un “hisopado bucal”. Metodológicamente, entonces, desde el punto de vista del derecho procesal penal se trata de una de las llamadas “injerencias corporales” en el imputado. Existen muchas prácticas similares, que se realizan con otros propósitos, como el test de alcoholemia o los procedimientos destinados a detectar ingestas de drogas encapsulada para ser transportadas en el cuerpo. Además, también hay otros procedimientos que -sin implicar estrictamente una injerencia en el cuerpo- suponen la sujeción o el sometimiento del imputado (e incluso de personas no imputadas) a algún tipo de prueba (v. gr. la rueda de reconocimiento).

Históricamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó la realización de este tipo de medidas y descartó que impliquen una violación de la garantía contra la autoincriminación. En 1963, muchos antes de que si quiera se hablara del ADN, la Corte dictó su primer precedente sobre el tema -*in re* "Juan José Cincotta" (Fallos: 255:18)-, y por unanimidad resolvió que “el requerimiento judicial del reconocimiento del imputado (...) no puede ser resistido con fundamento constitucional (...) en efecto, no está comprendido en los términos de la cláusula que veda la exigencia de 'declarar contra sí mismo' ni es corolario de exención postulada de producir otra prueba inculpativa. Ello, tanto porque la presencia del imputado en las actuaciones del proceso no es 'prueba' en el sentido de la norma del caso, cuanto porque constituye ejercicio corriente y

razonable ejercicio de la facultad estatal investigatoria de los hechos delictuosos”. A renglón seguido, la Corte citó jurisprudencia de su par norteamericana y equiparó la medida en cuestión con la identificación por huellas dactilares.

Ese criterio se mantiene inalterado hasta la actualidad y, de hecho no se detectan casos -por fuera de los relacionados a la apropiación de niños, que plantean problemas específicos- en los cuales la Corte haya abierto recursos sobre esta temática. Incluso, invocando aquel señero precedente, la Corte hasta lo ha reescrito. Así, se ha dicho que “desde antiguo esta Corte 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” (Fallos 318:2518 -H., G.S.- que se comenta luego y, con una ligera diferencia, Fallos 320:1717 “Zambrana Daza”<sup>3</sup>, entre otros). Si bien la frase no difiere sustancialmente con lo dicho en “Cincotta”, su origen en rigor no es ese precedente, sino otro fallo señero, pero de la Corte Suprema de Estados Unidos: *Holt v. United States* (218 U.S. 245)<sup>4</sup>. En cualquier caso, aquel aserto es aceptado casi unánimemente en la doctrina y jurisprudencia nacional: no se considera que este tipo de prácticas resulten violatorias de la garantía contra la autoincriminación<sup>5</sup>.

---

3 Debe señalarse que en el caso “Zambrana Daza” la invocación de “Cincotta” fue completamente desafortunada. En “Zambrana Daza” la discusión era otra: se discutía la legitimidad de una investigación penal iniciada por medio de la denuncia efectuada por una médica de un hospital público, quien había atendido a una mujer que asistió al nosocomio en busca de atención a las afecciones que sufría luego de ingerir cápsulas con estupefacientes. Es decir, no estaba en cuestión la legitimidad de la extracción de dichas cápsulas, sino del proceso en sí, a la luz del deber de secreto profesional, del derecho a la salud y la vida, y a la garantía contra la autoincriminación. La Corte, invocando el precedente “Cincotta”, remarcó que la garantía contra la autoincriminación no operaba sobre la obtención de evidencia de índole material y “producto de la libre voluntad del procesado”.

4 Allí el Juez Holmes dijo “[T]he prohibition of compelling a man in a criminal court to be witness against himself is a prohibition of the use of physical or moral compulsion to extort communications from him, not an exclusion of his body as evidence when it may be material” (La frase podría traducirse de este modo: “La prohibición de compeler a un individuo en una corte penal a declarar contra sí mismo es una prohibición del uso de compulsión física o moral para obtener expresiones, pero no excluye el uso de su cuerpo como evidencia cuando es de índole material”). La cita luego fue retomada en el precedente *Schemrber v. California* (384 US 757 -1996-), más divulgado entre nosotros, al cual nuestra Corte se remite expresamente.

5 Como señala Tapia, ello no implica que, en ciertas ocasiones, algunas de estas prácticas pueden resultar violatorias del derecho a la dignidad personal, a la integridad física y a no sufrir tratos inhumanos o degradantes. Ver Tapia, Juan Francisco, “Extracciones hemáticas compulsivas: en busca de una molécula contra la impunidad”, en Anitua y Gaitán, *ibídem*, ps. 125 y 134. Sobre la constitucionalidad de este tipo de medidas de prueba, ver por ejemplo, del mismo autor *Intervenciones corporales en el proceso penal*, 1ra ed., Ediciones Suárez, Mar del Plata, 2008, con una buena reseña de la jurisprudencia estadounidense, alemana y española y de las clasificaciones doctrinarias; o Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, 2da ed., 3ra. reimp., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 675; Maier, Julio B. J., “Las medidas de prueba en la búsqueda de los jóvenes apropiados y su constitucionalidad”,

### III. Los casos de apropiación de niños durante el terrorismo de Estado. Evolución de la jurisprudencia de la CSJN. ¿Impacto en los casos desvinculados del terrorismo de Estado?

Sobre la validez de la obtención de muestras de sangre al efecto de realizar análisis de histocompatibilidad (HLA), la Corte recién se pronunciaría en 1990, en un caso referido a apropiación de niños durante el terrorismo de Estado. La mayoría de la Corte sostuvo que la extracción de una muestra de sangre del niño “apropiado” para la realización de un análisis de histocompatibilidad excedía el objeto procesal de la causa -ceñido, según la interpretación de estos jueces, a investigar la falsificación ideológica de un documento nacional de identidad, paradójicamente el documento con el cual el niño desaparecido había sido inscripto por su madre biológica-, por lo que consideraron que no era una medida idónea ni necesaria y remarcaron que el menor no era víctima del hecho investigado (Fallos 313:1143, “Müller”). Así, el análisis de HLA fue descartado por razones de tipo procesal y no hubo un abordaje constitucional del problema, sin perjuicio de algunas menciones a modo de *obiter dictum* al derecho a la intimidad y el artículo 19 de la Constitución Nacional<sup>6</sup>. Cinco años después, la Corte volvió a rechazar realizar un análisis de HLA sobre el mismo niño, nuevamente con argumentos de naturaleza meramente procesal, pues declaró de oficio la prescripción de la causa (Fallos 318:2481; “C., J. A. s/ querrela por retención y ocultamiento de menor”, 04/12/95).

Sin embargo, en el mismo día la Corte se expidió por unanimidad de forma contundente sobre la constitucionalidad de este tipo de estudios, convalidando la extracción de muestras hemáticas de un niño que se presumía apropiado e incluso de sus presuntos apropiadores, que revestían la condición de imputados, aunque el caso en principio estaba desvinculado del terrorismo de Estado (Fallos 318:2518; “Recurso de hecho deducido por la defensa de G. S. H. y M. T. A. de H. en la causa H., G. S. y otro s/ apelación de medidas probatorias”)<sup>7</sup>. Para así hacerlo, la Corte no solo tuvo en cuenta que se encontraba en juego el Derecho a la identidad del menor -contemplado en la Convención sobre los Derechos del Niño-, sino que se remitió expresamente al precedente “Cincotta” -con la “reescritura” del caso que comentara más

---

en *Violaciones a los Derechos Humanos frente a los derechos a la Verdad e Identidad*, AA.VV., 1ra ed., Abuelas de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2006; y “Buscando ADN. Cuestiones procesales en torno a las nuevas medidas de prueba”, en *El papel del sistema de justicia frente a las violaciones masivas a los derechos humanos*, AA.VV., 1ra ed., Abuelas de Plaza de Mayo Buenos Aires, 2009; o en esa última publicación Córdoba, Gabriela, “Obtención de ADN y *nemo tenetur*”, entre muchos otros.

6 Sobre el trasfondo de este caso, ver Iud, Alan, “La apropiación de niños y el análisis de ADN obligatorio”, en Anitua y Gaitán, *ibídem*, p. 230.

7 Se trataba de un caso de tráfico (compra-venta) de un niño.

arriba-, señalando así expresamente que la extracción hemática que debían soportar los imputados no implicaba ninguna lesión a la garantía contra la autoincriminación. Como ya se dijo, el criterio que aplica la Corte distingue entre “comunicaciones o expresiones que debieran provenir de la libre voluntad del imputado” y evidencia de índole material que puede obtenerse sin la voluntad de aquel. Según el Alto Tribunal, la garantía contra la autoincriminación solo veda la obtención coactiva del primer tipo de evidencia. Este criterio fue expresamente extendido a los casos de apropiación de niños durante el terrorismo de Estado un año más tarde (Fallos 319:3370, "Guarino, Mirta Liliana s/querella", rta. 27/12/1996), oportunidad en la cual la Corte recordó que en “H., G. S.” ya había “establecido la validez constitucional de medidas como la impugnada”.

La jurisprudencia de la Corte cambiaría cuando fue llamada a expedirse sobre extracciones hemáticas a niños presuntamente apropiados durante el terrorismo de Estado, pero que al momento de practicarse la medida ya habían alcanzado la mayoría de edad y se negaban a someterse al análisis. Así, en “Vázquez Ferrá” (Fallos 326:3758, 30/09/03), la Corte invalidó la orden de extraer una muestra hemática de la víctima, aún contra su voluntad. Identificar un criterio en ese fallo no es sencillo, pues la Corte contaba en ese entonces con ocho jueces, siete de los cuales propugnaron la misma decisión, pero con cuatro votos distintos. Lecturas apresuradas e intencionadas de aquél fallo afirman que la Corte sostuvo, sin más, que el análisis compulsivo violaba el derecho a la intimidad de la joven, protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional. Sin embargo, a mi modo de ver, aunque no se puede negar que la Corte tuvo en cuenta el derecho a la intimidad, para la mayoría del Tribunal (Petracchi, Moliné, Fayt, Vázquez) pesó decisivamente la prohibición prevista en la ley procesal de declarar contra los padres y que, fundamentalmente, según su criterio no se trataba de una medida necesaria para el objeto de la causa -pues los imputados habían confesado no ser los progenitores de la niña-. Estos jueces, sin embargo, explicaron débilmente (o directamente no explicaron) por qué una declaración debía ser equiparada a una medida en la cual el sujeto pasivo aparece como “objeto de prueba” que, como vimos, desde “Cincotta” la Corte distinguió en su jurisprudencia, al punto que jamás cuestionó que un imputado pudiera ser compelido a la realización de un análisis de ADN. Esta incoherencia es palmaria, pues es claro que si aquella prohibición de la ley procesal estuviera vinculada con la garantía de incoercibilidad con más razón debiera prohibirse un análisis compulsivo a un imputado, indiscutible

titular de aquella garantía<sup>8</sup>.

Este criterio fue dejado de lado cuando la Corte, con otra integración, tuvo que pronunciarse sobre dos casos similares. Como es sabido, entre los años 2003 y 2005, se produjo una profunda renovación en la integración de la Corte Suprema, la cual inició una revisión de su jurisprudencia sobre los crímenes del terrorismo de Estado, impulsando el proceso de memoria, verdad y justicia respecto de estos crímenes. Así, en 2005 dictó la nulidad de las leyes de obediencia debida y punto final, anuló los indultos a los responsables de los crímenes de lesa humanidad en 2007 y modificó el criterio de “Vázquez Ferrá” en 2009. Para esto último, dictó dos fallos distintos, el mismo día, en dos causas vinculadas estrechamente entre sí, conocidos como “Prieto 1” y “Prieto 2”.<sup>9</sup> En “Prieto 1” el recurso extraordinario se dirigía contra la obtención de una muestra de sangre de Emiliano Prieto en contra de su voluntad, en tanto que en “Prieto 2” el recurso extraordinario había sido admitido contra la orden de obtener ADN de prendas de vestir secuestradas en el domicilio de Guillermo Prieto y de entrecruzar ese ADN con el de las familias de los desaparecidos que se almacena en el Banco Nacional de Datos Genéticos<sup>10</sup>.

En “Prieto 1”, la mayoría de la Corte dispuso anular la medida, en tanto que en “Prieto 2” resolvió convalidarla. Ambos fallos contaron con diversos votos y argumentos, y sus mayorías se integraron de modo distinto. Sin embargo, no es difícil -con una lectura atenta- identificar el nuevo criterio fijado por el Alto Tribunal. Así, después de estos fallos, quedó claro que para el máximo tribunal hay un grupo de derechos -tales como el derecho a la intimidad o el pretendido derecho “preservar la propia identidad”- que no pueden oponerse como un límite infranqueable a la pretensión estatal de indagar sobre el origen biológico de una persona. Concretamente, para la Corte no solo no está vedado investigar la identidad de un presunto hijo de desaparecidos contra su voluntad, sino que es una obligación del Estado hacerlo. Ello surge claramente de “Prieto 2”, pero incluso puede advertirse en “Prieto 1”.

---

8 Para una reseña y crítica más abarcativa de este fallo, ver Iud, A., “La apropiación de niños y ...”, *ibídem*, o Bloch, Ivana V. y Hockl, María Cecilia, “La extracción compulsiva de sangre según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, también en Anitua y Gaitán, *ibídem*. También publicado en Lexis N° 0003/010414 o JA 2004-I-1001.

9 “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años”, 11/08/09 (“Prieto 1”, Fallos 332:1769) y “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años”, 11/08/09 (“Prieto 2”, Fallos 332:1835).

10 Este Banco fue creado en 1984, a instancias de las Abuelas de Plaza de Mayo, en el Servicio de Inmunología del Hospital Durand, para almacenar la información genética de las abuelas y sus familiares, a fin de compararla con la de aquellos niños que se pensara que podrían ser sus nietos apropiados. En el año 1987 se le otorga específica regulación legal, por medio de la ley 23.511, modificada en 2009 por la ley 26.548, que entre otras cosas transfiere al organismo a la órbita del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva.

Una lectura detallada y crítica de ambos fallos ya fue realizada oportunamente<sup>11</sup>. Pero al efecto de este trabajo es relevante señalar que los jueces Petracchi y Zaffaroni -que lideraron el acuerdo en “Prieto 1” e integraron la mayoría en “Prieto 2” con un voto concurrente- remarcaron que la extracción de una muestra hemática era una medida de prueba que no estaba prevista legalmente y sembraron dudas sobre su constitucionalidad “no sólo cuando se trata de imputados, sino en especial cuando se trata de testigos muy particulares”<sup>12</sup>. A mi modo de ver, y ante la ausencia de mayores referencias en el voto en cuestión, se trata de una indirecta alusión al principio constitucional de reserva de ley -o *nulla coactio sine lege*- que exige 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”<sup>13</sup>. Se llega a esta conclusión analizando el contexto de la cita: por un lado, los jueces señalan la ausencia de previsión legal de la medida e inmediatamente cuestionan su constitucionalidad; por otro, remarcan que su cuestionamiento alcanza tanto a imputados como a testigos, sobre los cuales no cabe extender sin más la garantía contra la autoincriminación<sup>14</sup>.

En cualquier caso, y más allá de las diferentes argumentaciones, para el Alto Tribunal en el caso “Prieto 1” la toma coactiva de una muestra hemática no superaría el *test* básico de toda injerencia legítima del Estado en los derechos de una persona, que requiere que sea necesaria, razonable, proporcionada e idónea<sup>15</sup>. Para los jueces Zaffaroni y Lorenzetti ese ejercicio de coacción estatal no sería necesario, pues el ADN podría obtenerse por otros medios “menos lesivos”, en tática

---

11 Nuevamente, en lo personal, Iud, A., “La apropiación de niños y ...”, *ibidem*. Hay varios artículos más en la misma obra que abordan el caso, destacándose especialmente los de Gabriel Ignacio Anitua y Nuria Piñol Sala.

12 Es pertinente efectuar una cita completa de este considerando, pues permite una cabal comprensión de su alcance: “no cabe duda alguna acerca de que sería prudente que el Estado evitase el penoso espectáculo del ejercicio de coerción física sobre una persona adulta para hacerle sufrir una lesión subcutánea que, en verdad, y cualesquiera sean los antecedentes de legislación comparada, no se haya previsto en la ley. Además resulta de dudosa constitucionalidad en nuestro derecho positivo vigente, no sólo cuando se trata de imputados, sino en especial cuando se trata de testigos muy particulares, como son las presuntas víctimas o sujetos pasivos del delito que se investiga. Una decisión semejante se proyectaría en forma negativa sobre la consideración pública de la justicia penal. De cualquier manera, esto puede obviarse, pues técnicamente existen en la actualidad medios que permiten recoger muestras sin invadir físicamente a la persona, de los que el Tribunal puede y debe echar mano antes de llegar al extremo de la coerción física” (consid. 14).

13 Guariglia, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación*, Ira ed., Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2005, pág. 204.

14 Es claro que un testigo tampoco puede ser forzado a autoincriminarse, simplemente entiendo que no sería lógico interpretar que los jueces de la Corte cuestionaron esta medida de prueba por afectar la garantía contra la autoincriminación, porque por más que un testigo también merezca el amparo de la garantía, si no tienen ninguna relación con el hecho imputado, no existe ningún riesgo de afectación a esa protección constitucional (razón por la cual, de hecho, los testigos declaran bajo promesa de decir verdad).

15 Ver al respecto también el dictamen del Procurador General de la Nación en “Vázquez Ferrá” y “Prieto 1”. Más abajo me explayaré sobre los requisitos de “necesidad”, “razonabilidad” y “proporcionalidad”, previstos expresamente en el art. 218 bis CPPN.

referencia al allanamiento que convalidan en “Prieto 2”. Para Argibay, la primera y segunda instancia judicial, directamente, no realizaron adecuadamente el test, por lo que deja la puerta abierta a evaluar nuevamente el asunto, si el magistrado que dicta la medida justificara su razonabilidad<sup>16</sup>.

En definitiva, estos fallos significan la adopción por parte del Alto Tribunal del principio de legalidad para las injerencias estatales en la esfera de protección de las personas. El criterio que surge de estos fallos se proyecta entonces sobre esta clase de medidas de pruebas, con independencia del estatus de víctima o imputado del sujeto sobre el cual debe practicarse, así como del tipo de delito que se investiga. El impacto de estos precedentes sobre el tema que nos ocupa se cristalizó con la sanción de la ley 26.549, que regula específicamente la obtención de ADN en el proceso penal.

#### **IV. El artículo 218 bis CPPN. ¿Qué significa “necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto”?**

Un mes después de que la Corte resolviera los casos “Prieto”, Abuelas de Plaza de Mayo y el Estado argentino firmaron un acuerdo de solución amistosa en el marco del caso “Vázquez Ferrá”, que había sido llevado a la CIDH por Abuelas luego del fallo de la Corte de 2003<sup>17</sup>. Uno de los puntos que contenía dicho acuerdo era el compromiso por parte del PEN de enviar al Congreso Nacional “un proyecto de ley para establecer un procedimiento para la obtención de muestras de ADN que resguarde los derechos de los involucrados y resulte eficaz para la investigación y juzgamiento de la apropiación de niños originada durante la dictadura militar”. Dicho proyecto finalmente devino en la sanción de la ley 26.549 que incorpora el artículo 218 bis al Código Procesal Penal de la Nación, regulando el procedimiento de obtención de ADN en la dirección fijada por la Corte en “Prieto 1 y 2”.

Francamente, no puedo realizar un análisis crítico de ese Acuerdo ni del art. 218 bis, pues estuve

---

16 Highton y Maqueda convalidaron la medida (y realizan el mentado análisis de proporcionalidad, razonabilidad e idoneidad, quizá dejando de lado un estricto análisis de necesidad). Los argumentos de Fayt y Petracchi transitan por otros carriles, aunque no está de más señalar que ambos se remiten a su voto en “Vázquez Ferrá”, donde habían remarcado que la extracción hemática no era necesaria para cumplir con la finalidad del proceso, y también habían hecho uso de interpretaciones analógicas de leyes procesales y de fondo, que necesariamente debieran ser revisadas luego de la sanción de la ley 26.549, que se verá a continuación.

17 El texto íntegro del Acuerdo fue reproducido en el Decreto 1800/09, que lo aprueba en el ámbito interno. También puede verse en el Informe 160/10 de la CIDH, que lo aprobó de acuerdo al procedimiento previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

involucrado en la redacción y sanción de ambos<sup>18</sup>. Además, ese ejercicio ya fue correctamente realizado en otros trabajos, cuyas evaluaciones comparto<sup>19</sup>.

Sintéticamente, el art. 218 bis regula el procedimiento para la obtención de ADN del imputado o terceras personas, autorizando expresamente una injerencia directa sobre el cuerpo de la persona a fin de recabar ese ADN de material biológico (sangre, saliva, pelos o piel), siempre que medie una orden judicial en la que se haya realizado el análisis de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto, bajo pena de nulidad. En lo que respecta a las víctimas, se les reconoce la facultad de negarse a someterse a una extracción directa de material biológico, supuesto en el cual deberá procederse a obtener ADN por vías alternativas (“como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro domiciliario o la requisita personal”). Sin embargo, dichas medidas están sujetas a su eficacia, por lo que una vez agotadas infructuosamente, será válida una injerencia directa en el cuerpo<sup>20</sup>.

Más allá de lo dicho, vale la pena detenerse a comentar qué significa que el juez debe evaluar la “necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto”, pues este requisito fue frecuentemente desatendido o malinterpretado en el poco tiempo que lleva esta norma.

En primer lugar, corresponde señalar que, más allá del señalamiento legal, es un criterio estable de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que las restricciones y limitaciones de los derechos individuales, para resultar legítimas, deben estar dispuestas por ley (requisito satisfecho con la sanción de la ley 26.549), “perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad,

---

18 Es claro que no soy legislador ni represento al Poder Ejecutivo Nacional (el trámite parlamentario de la ley 26.549 se inició en un proyecto del PEN), pero tal como se hizo público al momento del debate parlamentario, dicha reforma legal fue trabajada originalmente -incluso antes de los fallos Prieto 1 y 2-, desde el Equipo Jurídico de Abuelas de Plaza de Mayo, para lo cual contamos con la inestimable colaboración de Julio B. J. Maier y Gabriela Córdoba (ver *El papel del sistema de justicia frente a las violaciones masivas a los derechos humanos*, ibídem). Vale la pena destacar, también, que la formulación básica de este artículo -que se expresa en sus primeros párrafos- fue tomada del Código Procesal Penal para la provincia de Chubut elaborado por el Dr. Maier (Ley 4.566 de la Legislatura de la Provincia de Chubut, oportunamente aprobada, nunca puesta en vigencia y actualmente derogada) y del “Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación” de 1986, también desarrollado por ese notable jurista.

19 Ver en especial Piñol Sala, Nuria, “La obligación del Estado de restituir la identidad a las víctimas de desaparición forzada” y Filippini, Leonardo y Thorian, Karina, “ADN: el nuevo artículo 218 bis del Código Procesal Penal de la Nación”, en Anitua y Gaitán, ibídem.

20 En el mismo sentido, y con una muy buena reseña del debate legislativo que sustenta la posición, se pronuncian Piñol Sala y Anitua, ibídem. En sentido contrario, y sin mayores elementos que una lectura lineal de la ley, Bongiovanni Servera, José G, “La extracción ‘compulsiva’ de ADN del cuerpo de la víctima y el derecho de defensa del acusado”, en La Ley 08/04/2010, quien incurre en notables errores -incluso señalados expresamente en fallos judiciales- que lo llevaron a corregir y matizar su posición en un trabajo posterior (ver del mismo autor *La prueba de ADN en el proceso penal*, 1ra. ed., Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2012).

necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática”<sup>21</sup>. Es decir, son principios que rigen para toda clase de interferencias que realiza el Estado sobre la vida de los habitantes y, en lo que aquí interesa, son de aplicación para aquellas medidas de prueba que requieren el uso de la coerción o que implican una seria interferencia en el ámbito privado (v. gr. las intervenciones telefónicas). De hecho, el Juez Maqueda había señalado en “Prieto 2” que “el balance entre los intereses de toda persona a no sufrir invasiones a su privacidad y el interés estatal en la persecución penal debe incluir una necesaria ponderación de los instrumentos escogidos y los fines hacia los que se dirige la específica medida de coerción dispuesta en la causa. A dichos efectos corresponde tamizar la medida por los filtros de necesidad, adecuación y proporcionalidad” (cons. 10). La incorporación de estos requisitos en el texto del artículo 218 bis no hace más que despejar toda duda sobre su aplicación y elevar el estándar de garantías en la materia.

Respecto del requisito de *necesidad*, su enunciación más llana reclama que la medida sea necesaria para la indagación que implica el proceso. Es decir, la medida debe estar vinculada al objeto procesal y debe ser necesaria para verificar un hecho que aún no se encuentra probado. De todas formas, este último aspecto debe relativizarse, pues no debemos perder de vista que esta medida se practica en la etapa de investigación, por lo que lógicamente no hay juicios definitivos sobre aquello que está o no probado<sup>22</sup>. En el caso de los análisis de ADN, la propia ley autoriza a practicarlos con la finalidad de determinar la identidad de un individuo o de “constatar circunstancias de importancia para la investigación”. En este último caso se ha optado por una fórmula amplia, que autoriza al juez -quien aún dirige la investigación en el proceso penal vigente- a evaluar la relevancia de aquellas circunstancias que puede ser develada por medio de la obtención de ADN. Sin embargo, su decisión no puede ser arbitraria: el juez debe fundar su decisión y dar cuenta allí de esa relevancia, bajo pena de nulidad. Del mismo modo, si la orden de obtener ADN es dictada con la finalidad de determinar la identidad de un individuo, también debe ser necesaria para la investigación: no puede ordenarse un estudio de este tipo si la identidad no está en duda y su determinación por medio de

---

21 Corte IDH, caso “Tristán Donoso vs. Panamá” (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), sentencia del 27/01/2009, paragr. 56. Ver en este sentido Gaitán, Mariano, “La legitimidad de las pruebas genéticas sin consentimiento de la víctima según los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Anitua y Gaitán (comps.), *ibidem*, y también el voto del juez Luis García en “Noble Herrera, Marcela y otro s/ recurso de casación”, CFCP, Sala II, causa nro. 13.957, 02/06/2011.

22 Además, en una etapa de investigación de carácter inquisitivo, como la que aún rige en el Código federal de procedimiento, el juez está obligado a tomar todas aquellas medidas de prueba relacionadas con el hecho que estén a su alcance, sean de cargo o de descargo. Por ello, si bien un hecho puede considerarse probado desde la perspectiva de la acusación, eventualmente una medida de prueba como la que nos ocupa puede tornarse “necesaria” para verificar o descartar esa hipótesis. Claramente no es en esto en lo que se piensa cuando se exige que la medida se “necesaria” y no se trata más que de otra distorsión provocada por el mantenimiento del sistema inquisitivo.

este análisis no tiene importancia en el caso concreto.

El requisito de necesidad supone, además, que la medida sea idónea para aquello que se pretende probar (*principio de idoneidad*), cuestión que en este tipo de casos no presenta mayor dificultad, pues no se discute que los análisis de ADN son un método fidedigno de determinación de la identidad biológica de un sujeto. Como es obvio, este requisito implica que debe haber algo con qué realizar el análisis: por ejemplo, si no se encuentra ADN en la escena del crimen, carece de sentido realizar una extracción de material biológico del imputado.

Finalmente, otro subprincipio del requisito de necesidad es que aquello que se pretende probar no pueda ser determinado por medios menos restrictivos (*principio de subsidiariedad o de lesividad*). Una enunciación general de este principio puede encontrarse en los “Principios de Siracusa”, que en su número 11 declara que “Al aplicar una limitación, un Estado no utilizará medios más restrictivos de lo que sea necesario para lograr el propósito de la limitación”. De allí que, como señala Luis García “la necesidad, según el subprincipio de subsidiariedad, impone examinar cuáles son las medidas disponibles previstas en la ley para alcanzar de modo idóneo la finalidad que se persigue, y elegir de entre las disponibles la que acarree menos restricciones a los derechos del afectado, o al menos restricciones menos intensas. La Corte IDH ha expresado a este respecto, que 'cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue' (caso “Yatama vs. Nicaragua”, Serie C., N° 127, 23/06/05, parágr. 206)”<sup>23</sup>.

Este requisito, de todas formas, no es absoluto, pues esas medidas alternativas deben ser igualmente eficaces. Así, el Procurador General de la Nación en su dictamen en el Fallo “Prieto 1” -más allá de que allí se propugnaba la aplicación del art. 218 del CPPN, pues aún no se había sancionado la ley 26.549 y se comentaba la regulación legal en Alemania-, señaló que “En cuanto al requisito de necesidad, se considera, en relación con los exámenes corporales, (...) que son necesarios no sólo cuando no hay ningún otro medio de prueba alternativo, sino incluso cuando los demás medios probatorios disponibles no permiten el esclarecimiento del hecho con la seguridad requerida, o no se puede descartar que vayan a perder eficacia, por ej., porque el autor podría retractar la confesión que ha brindado”.

---

23 Ver voto del Dr. Luis García en “Noble Herrera”, *ibídem*.

En la consideración de la eficacia también debe ser tomado en cuenta el tiempo que pueden insumir esas medidas alternativas, pues los jueces también están obligados a conducir el proceso de manera diligente y a procurar que éste no exceda un “plazo razonable”. En este sentido, se destaca que la medida de obtención y comparación de ADN, desde el punto de vista científico, es sumamente rápida para los tiempos de la justicia argentina<sup>24</sup>.

Como es evidente, la aplicación de estos principios “al caso concreto” implica que el juez debe enunciar en su resolución si hay o no hay medidas alternativas disponibles y, en caso de que las haya, debe indicar por qué no las considera eficaces. En definitiva, de forma general podemos decir que si lo que está en juego en un caso es la identidad de una persona y esta puede ser determinada, por ejemplo, por medio de la toma de una huella dactilar para su posterior comparación, no cabe realizar una extracción coactiva de material biológico para decodificar su ADN con tal finalidad<sup>25</sup>.

Por su parte, el principio de *razonabilidad* requiere que la decisión de llevar a cabo la medida de prueba en cuestión encuentre respaldo en una labor procesal previa que autorice fundadamente a sospechar que el imputado sea responsable de alguno de los delitos que se investigan<sup>26</sup>. Si bien el art. 218 bis no requiere -como sí está previsto en el art. 218 para las inspecciones corporales- que haya “grave sospecha” sobre el imputado, se exige cuanto menos que la hipótesis persecutoria tenga algún viso de “probabilidad” y haya una labor procesal previa que la respalde<sup>27</sup>. No debe perderse

---

24 El procedimiento de tomar una muestra de material biológico no demora más que unos segundos. Luego, la obtención de ADN y de un perfil genético completo de ese material puede realizarse en menos de 24 horas y su comparación con otro perfil genético puede hacerse inmediatamente. Lógicamente, esos tiempos son más prolongados si debe realizarse la comparación con muchos perfiles genéticos, pero sigue siendo un procedimiento rápido (por ejemplo, el Banco Nacional de Datos Genéticos realiza la comparación con todo su archivo en aproximadamente tres semanas). En cualquier caso, el libramiento de un oficio en nuestro burocrático y anquilosado sistema judicial suele insumir más tiempo.

25 En ese ejemplo, considero que lo más coherente con el principio de subsidiariedad es reconocer que la decodificación del ADN implica una injerencia mayor sobre la persona, en tanto que no hay grandes diferencias entre la obtención de coactiva de unas pequeñas gotas de sangre, o de saliva, y las huellas dactilares. De hecho, recientes avances científicos permiten obtener ADN por medio de la toma de huellas dactilares: en la fricción que se realiza al apoyar el dedo entintando en un papel se descaman células corporales. El método se lo conoce bajo el nombre de “DIGIFIRMA” y ya es de práctica habitual por parte del Banco Nacional de Datos Genéticos.

26 Ver en este sentido los dictámenes de la Procuración General de la Nación en los precedentes de Fallos: 318:2481 “C., J.A.” y 318:2518 “H., G.S.”; 319:3370 “Guarino”, “Vázquez Ferrá” Fallos: 326:3758 y especialmente en “Prieto 1” y “Prieto 2”

27 Al respecto, según Taruffo, “es pertinente realizar una distinción entre verosimilitud y probabilidad, pues el juicio de verosimilitud no proporciona (...) ningún dato cognoscitivo respecto de la verdad o falsedad del enunciado, mientras que la noción de probabilidad concierne a la existencia de razones válidas para juzgar como verdadero o como falso un enunciado. (...) En síntesis, la probabilidad es función de la justificación que se atribuye a un enunciado, sobre la base de los elementos cognoscitivos disponibles. En el ámbito del proceso, donde las informaciones disponibles son las que resultan de las pruebas, es posible que ellas proporcionen un cierto grado de confirmación a algún enunciado sobre un hecho relevante para la decisión. Se podrá decir, entonces, que ese enunciado es 'probablemente verdadero', siempre que se entienda, bajo esa expresión, que las pruebas adquiridas en el proceso proporcionan razones suficientes para considerar confirmada la hipótesis de que ese enunciado es

de vista, como ya hemos dicho, que esta medida se practica en la etapa de instrucción, por lo que basta con que la hipótesis acusatoria sea viable: no se requiere que haya auto de procesamiento o una citación a prestar declaración indagatoria.

En definitiva, una orden de obtención de ADN puede ser considerada razonable cuando del análisis lógico y circunstanciado de las pruebas colectadas surja de modo plausible que la hipótesis persecutoria goza de vigor y pueda justificarse por qué se requiere obtener el ADN de una determinada persona.

En cuanto al requisito de *proporcionalidad*, primero que nada se debe recordar que se trata de un principio básico de toda intervención estatal en el ámbito de protección de los habitantes. Su formulación más llana reclama que la intervención estatal en cuestión responda a un fin legítimo y, especialmente, que la restricción que genera en los derechos fundamentales no sea desproporcionada de acuerdo a ese fin y a los derechos en juego. Así, la Corte IDH tiene dicho que “el principio de proporcionalidad constituye un importante criterio o herramienta de aplicación e interpretación de normativa interna y de instrumentos internacionales, para determinar la atribución de responsabilidad al Estado. Ello depende de la naturaleza del derecho que se alega violado, de las limitaciones generales o específicas que admita su goce y ejercicio, y de las particularidades de cada caso” (caso “Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, Serie C., N° 140, 31/01/06, parágr. 133).

De esta forma, el análisis de proporcionalidad exige que se tenga en cuenta la gravedad de los delitos objeto de investigación y los derechos en juego. Indudablemente, una pauta objetiva de la gravedad de un delito es la pena prevista en el Código Penal frente a su comisión<sup>28</sup>. De todos modos, es el juez quien debe ponderar la “gravedad” en el caso concreto, pues el legislador optó por no definir un catálogo de delitos para los cuales es admisible la medida ni fijar una pena mínima en expectativa que la torne procedente.

Esa evaluación debe realizarse considerando los derechos que están involucrados en el caso,

---

verdadero” (Taruffo, M., *ibidem*, p. 107). En lo que aquí interesa, que la hipótesis persecutoria tenga “probabilidad” implica que no haya sido descartada de forma contundente por otras pruebas recabadas antes y que, por el contrario, haya elementos concretos que respalden esa hipótesis, aunque luego resulte ser falsa.

28 Por su puesto, también es relevante si se trata de un crimen de lesa humanidad o de una grave violación a los derechos humanos, independientemente de la pena que prevea el Código Penal, pues esa clase de hechos acarrearán responsabilidad internacional del Estado. Como se sabe, cualquiera de los delitos previstos en el Código Penal puede constituir un crimen de lesa humanidad, si se reúnen los requisitos de este concepto (que se inscriba en un ataque generalizado y sistemático contra la población civil y sea cometido por parte de un agente estatal o con la aquiescencia del Estado).

observando así no solo los derechos de la persona sobre la cual se pretende practicar la medida, sino también los de las víctimas afectadas por el delito investigado o, incluso, si éste puso en juego un interés estatal especialmente protegido. También, como señala el juez Luis García, “si se encuentran en conflicto derechos que en abstracto no tienen preeminencia sobre otros, debe examinarse en concreto la cantidad de derechos en conflicto, y la intensidad o gravedad de la limitación a ese derecho que la medida concreta que se impugna acarrearía respecto de cada uno de esos derechos, porque los derechos pueden ser de igual rango en abstracto, pero la intensidad de la lesión que la medida de injerencia produce puede ser apreciada diferenciadamente en concreto”<sup>29</sup>.

Así, en principio, podemos pensar que un hecho de hurto -en el cual por definición no hay violencia- no puede ser calificado de “grave” y resultaría dudoso que un análisis de ADN ordenado en una causa de esas características supere el requisito de proporcionalidad. Pero si los objetos hurtados fueran, por ejemplo, obras arqueológicas o artísticas merecedoras de especial protección, la medida de obtención de ADN resultaría viable. De todas formas, más allá de los ejemplos que nos podamos imaginar, lo cierto es que en la práctica el análisis de ADN suele estar asociado a casos especialmente graves, como homicidios, violaciones y la apropiación o tráfico de niños.

Por otro lado, como vimos, la injerencia que implica la obtención de ADN es muy limitada, pues el material biológico se obtiene en muy pocos minutos y a través de medios que no implican ninguna lesión corporal. Incluso, esos medios son habituales en la práctica médica y los pacientes se someten con cierta frecuencia a ellos sin mayores contratiempos.

Finalmente, no está de más señalar que cierta doctrina y jurisprudencia ubica metodológicamente los requisitos de necesidad y razonabilidad como elementos del principio de proporcionalidad<sup>30</sup>. Lo cierto es que, a la luz del art. 218 bis, las clasificaciones no tienen mayor relevancia siempre que se satisfagan las disposiciones de la norma.

---

29 De su voto en “Noble Herrera”, *ibidem*.

30 Así, Bloch y Hockl señalan que “la justificación de la procedencia de la medida depende de su adecuación al principio de proporcionalidad, a saber: ‘a) una medida es idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella [...] esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal; b) que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin; y c) que, aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos...’ (Tribunal Constitucional español, sala 1ª, sent. 207/1996) A los requisitos ya enunciados debe sumarse que por el sacrificio que importa una medida de esta índole, su disposición suponga la preexistencia de indicios que hayan conducido a establecer una sospecha fundada respecto de los imputados y no sea el producto de un indeliberado celo investigativo” (ver Bloch, I.V. y Hockl, M. C., *ibidem*).

## V. La jurisprudencia reciente.

Como vimos, la jurisprudencia de la Corte en relación al análisis de ADN sobre imputados nunca estuvo en discusión y el artículo 218 bis es suficientemente claro. Quizás ello explique que -por fuera de los casos referidos a apropiación de niños durante el terrorismo de Estado- los tribunales inferiores no le hayan prestado especial atención a este asunto.

Así, luego de los fallos “Prieto” y de la sanción del artículo 218 bis, no se registran precedentes de la Cámara Federal de Casación Penal dignos de mención<sup>31</sup>. De hecho, uno de los precedentes más interesantes es apenas dos días anterior a “Prieto” aunque la Casación, con buen tino, se pronunció en el mismo sentido que lo haría el Alto Tribunal. Se trata del fallo “Chalom”<sup>32</sup>, referido a un caso de apropiación de niños en principio desvinculado del terrorismo de Estado. El juez de instrucción había ordenado realizar una extracción compulsiva de sangre a madre e hija -nacida en 1978-, quienes se negaron a someterse al estudio y apelaron la medida. Una vez elevado el caso a la Cámara del Crimen, la Sala IV confirmó la orden de extraer sangre a la madre (imputada) y anuló la orden referida a la hija (víctima). Frente a ello, solo presentó recurso de casación la defensa de la imputada, lo que restringió la intervención de la Cámara de Casación exclusivamente a analizar la legitimidad de la extracción de sangre a la madre. La Sala I de este tribunal confirmó la orden, para lo cual remarcó que se trataba de medida necesaria y pertinente al objeto procesal, remitiéndose a lo resuelto por la Corte en “Müller” y “H., G. S.”. Además, la Casación rechazó el argumento de que a la hija “no le interesa” saber su identidad, remarcando que se investigaba un delito de acción pública. La defensa también había planteado que no habría con qué comparar el ADN de la madre, dado que se había anulado la orden de extraer sangre a la hija -por lo que la medida no sería idónea-, pero la Cámara también rechazó este argumento señalando que podría allanarse la casa de la víctima y obtenerse ADN de objetos que ésta hubiera utilizado, como un cepillo de dientes o de pelo. En el caso, entonces, los jueces utilizaron criterios que apenas dos días después adoptaría la Corte Suprema -y que ya venían aplicándose por parte de tribunales inferiores- y luego el propio Código Procesal Penal de la Nación.

---

31 Esto posiblemente esté relacionado con el punto que trataré en el acápite siguiente: la admisibilidad (o no) del recurso de casación para impugnar esta medida. No considero, claro está, el caso “Noble Herrera” -del cual cito en varias ocasiones el voto del juez Luis García-, pues se refiere a una causa donde la hipótesis acusatoria era que se trataba de apropiaciones de niños durante el terrorismo de Estado.

32 CFCP, Sala I, “Chalom, Sara Eugenia y Ventura, Ricardo Salomón s/ recurso de casación”, Causa nro. 9956, reg. 14473, 09/08/2009.

Luego de la reforma de la ley procesal, en el ámbito de la Casación se destaca el fallo “Díaz”<sup>33</sup>. La defensa de un imputado de abuso sexual con acceso carnal interpuso un recurso de casación contra la confirmación de una orden de la jueza de instrucción que disponía realizar una extracción de muestras de sangre del imputado Díaz a fin de comparar su perfil genético con los que se obtuvieron de otras muestras secuestradas en la causa y “determinar si aquél es portador del síndrome de inmunodeficiencia adquirida -SIDA/HIV- que padece la víctima, toda vez que ésta se podría haber contagiado de dicha enfermedad de transmisión sexual durante los actos de abuso por los cuales se procesó al imputado”. La defensa alegaba que esta orden violaba su derecho a la integridad física y moral, a la intimidad, a que el Estado lo “deje a solas” y a no ser forzado a autoincriminarse. La Sala II de la Casación rechazó el planteo. En primer lugar, el Tribunal remarcó que la medida ordenada se encuentra expresamente prevista en el artículo 218 bis, satisfaciéndose así los principios de “reserva de ley restrictiva” y *nulla coactio sine lege* que “impone que solo por ley puede autorizarse una intromisión en la intimidad y vida privada...”. Luego, se esgrime como fundamento el derecho a la verdad y se señala que pesa sobre el Estado el deber de efectuar investigaciones judiciales diligentes y, en particular, prevenir y sancionar adecuadamente los actos de violencia contra las mujeres, invocándose la Convención de Belém do Pará y precedentes del sistema interamericano de derechos humanos. Finalmente, el Tribunal descarta que la medida vulnere la garantía contra la autoincriminación, recordando la jurisprudencia de la Corte Suprema” (en particular “Cincotta” y “H., G.S.”) y la mejor doctrina en la materia -trabajos del Dr. Julio Maier y Gabriela Córdoba<sup>34</sup>-.

El Tribunal se vio obligado a ingresar a un terreno espinoso, pues resulta innegable que el padecimiento del síndrome de HIV es una cuestión privada y un “dato sensible”, tal como lo define el artículo 2 de la ley de habeas data (ley 25.326), por lo que posee una especial protección. Sin embargo, como se sostiene en este mismo fallo, ello no implica que esté vedado indagar judicialmente si una persona es portadora de este síndrome -no hay una prohibición probatoria absoluta<sup>35</sup>-. En el caso, determinar si el imputado era portador de ese virus parece razonable, pues

---

33 CFCP, Sala II, “Díaz, Ernesto Rubén s/ recurso de casación”, causa nro. 14.090, reg. 19.518, 25/11/2012.

34 En particular Córdoba, Gabriela, “*Nemo tenetur se ipsum accusare*: Principio de pasividad”, en Baigún, David (comp.), “Estudios sobre justicia penal”, 1ra ed., Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2005.

35 Como explica Guariglia, Beling “consideraba que todos los casos de lo que él llamaba ‘prohibiciones probatorias’ constituían límites al principio de averiguación de la verdad. Dentro de ellas, Beling distinguía entre las prescripciones (*Rechtätze*) que impiden decidir sobre un hecho determinado (*prohibiciones probatorias absolutas*) y aquellas que se limitan a establecer que un determinado medio de prueba es inadmisibles (*prohibiciones probatorias relativas*), pero no el objeto de prueba, que permanece inaccesible para la persecución penal”. Así, las prohibiciones probatorias absolutas sustraen “del ámbito de la investigación penal *hechos completos*”. Guariglia, F., *ibidem*, p. 8 y ss.

se vincula directamente con la extensión del daño causado por el abuso sexual que se le imputaba (cfr. art. 41.1 CP), siempre que pueda probarse el nexo causal entre dicho abuso y el contagio que sufrió la víctima. Además, en algún pasaje del fallo se invoca que la defensa había señalado que esta circunstancia podía probarse por medios menos invasivos, como por ejemplo a través de la historia clínica del imputado. Pero este argumento carece de sentido si se advierte que la extracción de sangre también había sido ordenada al efecto de determinar el perfil genético del imputado, por lo que ya de por sí iba a practicarse.

En la Cámara del Crimen, en cambio, se registran algunos casos más. Ya con anterioridad a la sanción de la ley 26.549, esta Cámara había admitido la legitimidad de la extracción de sangre a los imputados, descartando toda violación a la garantía contra la autoincriminación, invocando el señero precedente “Cincotta” de la Corte Suprema. La medida había sido admitida incluso para casos de robo, sin mayor indagación sobre su razonabilidad o proporcionalidad en el caso concreto<sup>36</sup>. Incluso se había admitido su procedencia, aunque en la resolución que ordenara la medida no se hubieran expresado los motivos que la sustentaban, a pesar de que la Cámara señalara que debía dictarse por auto fundado<sup>37</sup>.

En este mismo sentido, también antes de “Prieto”, otra sala de esta Cámara revocó una orden que había dispuesto obtener sangre o saliva de un menor y de su “madre”, pues consideró que en el caso no había elementos serios que pusieran en duda la filiación del menor<sup>38</sup>. A pesar de que la víctima todavía era menor, la Cámara invocó lo resuelto por la Corte Suprema en “Vázquez Ferrá”, así como la prohibición de declarar contra ascendientes (art. 242 CPPN) y señaló que en el caso no había reclamantes, por lo que el análisis nada aportaría a la identidad del menor, y que no había elementos “serios” que pongan en duda la filiación, por lo que consideró que la intromisión no era válida. Así, dijo que “Para ordenar una medida como la que aquí se impugna es necesario que existan elementos suficientes que ameriten su realización, es decir que pongan *seriamente* en duda la filiación de una persona, lo cual no ocurre en el sub examine dada la falta de legitimación de la denunciante y la ausencia de una parte interesada que alegue algún tipo de vínculo de parentesco con el menor” (destacado en el original).

Indudablemente, el énfasis que la Cámara le otorga a la “seriedad” de la duda sobre la filiación no

---

36 CNCC, Sala VII, “Geruchalmi, Vanesa”, expte. 33916, 09/04/08.

37 CNCC, Sala I, “L., M. O.”, Nulidad, expte. 35771, 26/03/09.

38 CNCC, Sala VI, “Cabero, Adriana Mabel s/ apelación”, expte. 35358, 05/09/08.

es exigible luego de la sanción de la ley 26.549. Como vimos, esta norma exige que el análisis sea razonable, pero no llega al estándar de “grave sospecha” exigido para las medidas de inspección corporal y mental (cfr. art. 218 CPPN). También es criticable que se invocara la “falta de legitimación de la denunciante” para invalidar la medida, pues se trata de un delito de acción pública y, por ende, no se requiere legitimación alguna para denunciarlo, como señalara correctamente la Casación en “Chalom”. Idéntica censura exige el criterio de invocar la regla del art. 242 del CPPN, pues repitiendo la incoherencia en la que incurriera la Corte al fallar en “Vázquez Ferrá”, la Cámara señaló que esa norma tiene por fundamento “por un lado preservar la cohesión familiar de manera concordante con el principio constitucional que apunta a la protección integral de la familia (art. 14 bis de la C.N.), y por otro evitar que el testigo se encuentre en la angustiante alternativa de suministrar al Estado los medios para punir a aquéllos con quienes lo une intensos lazos afectivos, siendo este el caso aun cuando el vínculo esté cuestionado”. Como dijimos, este criterio es absolutamente incompatible con la convalidación de la extracción compulsiva de sangre a los imputados, quienes se encuentran amparados por la garantía contra la autoincriminación: si se afirma que una medida de este tipo no viola esa garantía, entonces no se puede paralelamente equiparar las declaraciones con las extracciones de sangre o saliva. Por último, que la Cámara tomara en cuenta “la ausencia de una parte interesada que alegue algún tipo de vínculo de parentesco con el menor” no parece inadecuado, pues un correcto análisis de proporcionalidad exige contemplar esa circunstancia, en tanto se relaciona directamente con la identificación de los derechos en tensión<sup>39</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia posterior a la sanción de la ley 26.549, la Cámara del Crimen invariablemente ha confirmado las órdenes de realizar este tipo de medidas de prueba, aún en casos de robo<sup>40</sup>. Incluso, contrariamente a lo que aquí he sostenido, se ha dicho que la “proporcionalidad” enunciada legalmente no se relaciona con la gravedad del delito investigado, sino con la evaluación entre el medio seleccionado y el fin perseguido”, convalidándose así la orden de extraer sangre a un

---

39 Ello sin perjuicio de que no puedo, ni me cabe, expedirme sobre el acierto o el error de la decisión final de la Cámara, pues no conozco los detalles del caso concreto. La poca información que se ha volcado en el fallo nos permite, solamente, expedirnos sobre la pertinencia de la invocación de ciertos criterios.

40 Así, la Cámara rechazó la impugnación de una orden de extraer sangre a un imputado para comparar con las muestras de saliva halladas en una colilla de cigarrillo en la casa donde se había producido un robo: “la medida guarda efectiva vinculación con el objeto procesal del sumario, siempre que no puede descartarse, a partir de los dichos de C.A.T., que hubieran ingresado a su vivienda más de cuatro sujetos y que uno de ellos pudiera ser el encausado F., debido a la descripción que brindaran las víctimas al agente policial M. C., quien sostuvo que coincide con la fisonomía de aquél, además de que la circunstancia de que resultara detenido junto a C. –cuyas huellas digitales fueran halladas en la camioneta utilizada en uno de los hechos aquí investigados- permite así entenderlo, debido a que la totalidad de los eventos habrían sido cometidos por grupos de entre dos y seis personas”. CNCC, Sala VII, “F., R.”, expte. 39862, 09/11/10.

imputado de robo simple en grado de tentativa para obtener su ADN y cotejarlo con el perfil genético hallado en un destornillador secuestrado en el lugar del hecho<sup>41</sup>. A mi manera de ver, el Tribunal realizó una interpretación sumamente estrecha del principio de proporcionalidad, pues éste efectivamente remite a la “evaluación entre el medio seleccionado y el fin perseguido”, pero tal evaluación no puede realizarse prescindiendo de la gravedad de los hechos, cuestión que se vincula directamente con la legitimidad del fin perseguido. Es decir, no se trata sencillamente de una relación proporcionada entre medio y fin, sino que se exige que el fin sea legítimo.<sup>42</sup>

Por último, en el precedente “V.R.Q.”<sup>43</sup>, la Cámara del Crimen rechazó un planteo de nulidad introducido por la defensa de un imputado respecto de la orden de realizar un estudio comparativo de ADN tendiente a comprobar la existencia de vínculo biológico paterno entre el imputado y dos niños, así como el vínculo materno entre éstos últimos y una mujer víctima de violación. La defensa alegaba que la orden no cumplía los requisitos de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad que prescribe el art. 218 bis CPPN. La Cámara sostuvo que “la determinación del vínculo filial está íntimamente relacionada con la constatación del acceso carnal y, por ello, la comparación del ácido desoxirribonucleico es un medio idóneo para acreditar ello”. Agregó que “la medida es razonable pues existen indicios suficientes que avalan su producción, todos los cuales fueron reseñados detalladamente en el requerimiento fiscal (...), al cual el juez se remitió, exponiendo también sus propios motivos”. Asimismo, el Tribunal señaló que “la obtención de ADN es proporcional en función de confrontar el grado de injerencia que implica en el cuerpo, con los hechos denunciados y la prueba recolectada hasta el momento”. Finalmente, los jueces destacaron que “Tampoco se advierte una intromisión ilegítima al ámbito privado de los niños y su madre, ya que deberá ser practicada del modo menos lesivo, en atención a lo previsto en los párrafos 4° y 5° del art. 218 bis del C.P.P.N.”, a pesar de que la defensa evidentemente carecía de agravio para objetar la obtención de ADN de las víctimas. Así, de manera sintética pero ajustada a la letra de la ley, la Cámara verificó la procedencia de la medida.

---

41 CNCC, Sala V, “M, J. R. s/ robo”, expte. 37.600/11, 30/03/12.

42 Nuevamente, no conozco todos los elementos del caso necesarios para evaluar si la ponderación efectuada por el Tribunal es adecuada. Solo cabe señalar que la decisión fue por mayoría y que en el voto de minoría se sostuvo: “Coincido en lo conceptual con los fundamentos vertidos por mis colegas en relación a la extracción compulsiva de sangre, pero no puedo dejar de mencionar que en este caso particular la orden luce desproporcionada con respecto al hecho que se le atribuye y no resulta una prueba que pueda definir el ingreso del proceso a la etapa oral y pública, por lo que considero que toda medida de esta naturaleza que se relaciona con una cierta invasión al cuerpo del imputado debe ser excepcional y limitada, por lo que no convalidaré la decisión de la primera instancia.” (del voto de la Dra. Mirta López González).

43 CNCC, Sala V, “Incidente de nulidad de V. R. Q.”, expte. 39.296, 24/06/10.

## **VI. Acerca de los medios de impugnación.**

El artículo 218 bis CPPN prevé expresamente que la vía de impugnación de esta medida de prueba es la nulidad. Ello es coherente con las disposiciones de orden general del CPPN, que establecen el carácter inapelable de las medidas de prueba (art. 199). Sin embargo, el somero repaso que efectuamos en el acápite anterior refleja que se han admitido recursos de apelación e incluso de casación para cuestionar la realización de una medida de este tipo. La Corte Suprema, incluso, admitió recursos extraordinarios en los casos referidos a apropiación de niños durante el terrorismo de Estado.

En los precedentes que reseñamos no se advierte ninguna fundamentación por parte de la Cámara del Crimen para admitir los recursos de apelación. En el ámbito federal, en cambio, la Cámara de Apelaciones de la Capital Federal incurrió en el error de invocar los precedentes “Vázquez Ferrá” y “Prieto” para admitir una queja por apelación denegada introducida por la defensa de los imputados<sup>44</sup>. Sostengo que es un error pues ese criterio no consulta dos diferencias sustanciales: la sanción de la ley 26.549 y, fundamentalmente, no toma en cuenta que los recursos extraordinarios admitidos por la Corte en aquellos casos habían sido planteados por las presuntas víctimas.

En la Cámara de Casación, por su parte, en el ya mencionado precedente “Díaz” el recurso de queja por casación denegada fue admitido bajo el argumento de que la medida provoca un “gravamen de imposible reparación ulterior”<sup>45</sup>, aunque las particularidades que presenta el caso no pueden pasarse por alto, así como que fue dictado por jueces que integraban transitoriamente -como subrogantes- este Tribunal.

A mi modo ver, carece de todo sentido que se admitan recursos de casación -y mucho más extraordinarios- contra una medida de estas características, que no deja de ser una medida de prueba. Adoptar una decisión contraria implicaría someter a los procesos en los cuales se dicte esta orden a una paralización de hecho, pues si bien la Casación debe expedirse en esta clase de recursos en un plazo de 30 días -cfr. art. 465 bis CPPN-, este plazo rara vez se respeta. Y la Corte Suprema, como tristemente sabemos, carece de todo tipo de límite temporal para expedirse<sup>46</sup>. A ello se suma que actualmente hay una regulación legal específica y que la jurisprudencia es uniforme: una

---

44 CNCCF, Sala II, “Cabral, Nolasco y otros s/ dejar sin efecto diligencias (extracción de muestras biológicas)”, causa n° 30.944, 02/11/11.

45 CFCP, Sala II, “Díaz, Ernesto Rubén s/ recurso de casación”, causa nro. 14.090, reg. 18.643, 09/06/11.

46 Adviértase que si se admite un recurso de casación con el argumento de que la medida provoca un “gravamen irreparable” y se alega la violación de garantías constitucionales -no autoincriminación, privacidad, etc.-, luego será difícil no conceder un recurso extraordinario si la orden de obtención de ADN es confirmada.

medida de este tipo no vulnera garantías constitucionales. Lógicamente, esta no es una regla absoluta, pues deberá verse las particularidades de cada caso: cualquier acto procesal es potencialmente recurrible por la vía extraordinaria, siempre que se reúnan los estrictos requisitos de la ley 48. El punto es que la consolidada jurisprudencia que guía la materia no permite alegar, sin más, que una medida de este tipo viola garantías constitucionales.

## **VII. El dictamen PGN en “Molinero”.**

Párrafo aparte merece un dictamen presentado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la Procuración General de la Nación, con la firma de Luis González Warcalde<sup>47</sup>. Como se indica al comienzo del dictamen “En una investigación emprendida en virtud de la posible comisión de delitos de homicidio, tormentos, lesiones y robo, y tras agotar otras medidas de prueba dirigidas a identificar a los posibles responsables, el titular del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n° 2 ordenó extraer muestras de sangre de cuatro personas condenadas o sometidas a proceso por la comisión de delitos semejantes a los investigados, con el objetivo de comprobar si su información genética se correspondía con la obtenida de los restos de cabellos hallados en la escena del crimen. Las cuatro personas implicadas en las medidas ordenadas (...) objetaron la extracción compulsiva de sangre para el estudio de correspondencia genética, exigiendo su declaración de nulidad en razón de que la consideraron violatoria de los derechos constitucionales a no declarar contra sí mismo, a la intimidad y al debido proceso requerido para una intervención de esa clase. El juez de instrucción rechazó el pedido de declaración de nulidad, resolución que fue después confirmada por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal”. Contra esa decisión, la defensa de dos de los imputados interpuso recurso extraordinario federal, alegando que se viola derechos garantizados por el artículo 18 de la Constitución Nacional. “En especial, el recurso afirma, en primer término, que la medida es inválida pues ella violaría 'uno de los principios básicos que rigen el proceso penal de acuerdo al cual, corresponde al Estado el deber de probar la acusación con total prescindencia de participación del imputado'. Por otro lado, los recurrentes sostienen que, aun si la clase de medida dispuesta fuera en principio válida, su adopción requeriría de la comprobación judicial previa de que existe 'grave y fundada sospecha' o 'absoluta necesidad' -requisitos que la defensa toma de la regulación del artículo 218 del Código Procesal Penal de la Nación sobre inspecciones corporales y mentales de

---

47 “Molinero, Ángel Eduardo y otros s/ recurso de casación”, S.C. M. 698, L. XLVII, dictamen de fecha 12/07/2012.

personas distintas del imputado-. La decisión atacada, en cambio, dispuso la extracción de sangre cuestionada sobre la base del estudio de un grupo de casos judiciales identificados por la División Homicidios de la Policía Federal cuya evaluación por parte de la fiscalía interviniente arrojó como resultado que mostraban rasgos en común con el aquí investigado (cercanía temporal y geográfica, misma clase de víctimas, misma forma de operación, etc.). Esa semejanza entre casos -se sostiene en el recurso- no brinda un fundamento constitucionalmente suficiente para adoptar la medida en cuestión respecto de los condenados o procesados en otras causas, por lo que el haberla ordenado sobre esa base viola el derecho al debido proceso de las personas así afectadas”.

El Procurador señala que el recurso debe ser admitido parcialmente, pues entiende que el primero de los agravios no fue adecuadamente fundado, a lo que agrega que existe sobre el punto una clara jurisprudencia de la Corte -en la cual se funda el fallo impugnado-. En cambio, considera correcta la admisión efectuada sobre el segundo de los agravios - “el que se dirige contra el estándar probatorio con arreglo al cual se ordenó la extracción de sangre para la prueba de correspondencia genética en el caso en examen”-, pues entiende que la discusión sobre si las evidencias recolectadas en la causa “son constitucionalmente suficientes para ordenar los exámenes genéticos compulsivos” involucra el derecho al debido proceso.

Para el Procurador, la respuesta a ese interrogante es afirmativa: “En efecto, la pretensión del agente fiscal de identificar genéticamente a procesados y condenados por delitos semejantes al que está siendo investigado en estas actuaciones fue sometida a un control judicial previo mediante el que se determinó la existencia de alguna sospecha basada en evidencia objetiva -a saber, las similitudes entre el caso investigado y otros casos, con individuos procesados o condenados, en lo que respecta a la época de comisión, la zona en la que los hechos tuvieron lugar, las características de las víctimas y el modo de operación del delito-. La invasión de los intereses alegados por quienes hoy recurren es lo suficientemente menor, en comparación con el objetivo del esclarecimiento y eventual castigo de los graves delitos cometidos, como para que una sospecha de esa naturaleza - controlada judicialmente sobre la base de evidencia objetiva- brinde una razón suficiente para justificarla.”

Agrega que “Exigir un estándar probatorio mayor -demandando, por ejemplo, una sospecha más específica- equivaldría a extender a las pequeñas perturbaciones aquí en cuestión el tratamiento que la Constitución Nacional brinda a las invasiones, mucho más intensas, en el domicilio y los papeles privados (cf. a este respecto, Fallos: 321:510, disidencia del juez Petracchi).” Es interesante notar

que al fallar en los dos casos “Prieto”, la Corte estableció el criterio de que un allanamiento sería una medida menos invasiva que una extracción directa de una muestra biológica y el dictamen del Procurador luego recupera y hace propio ese criterio -“aunque la invasión sea pequeña, el respeto debido a la dignidad de las personas obliga a tomar las muestras biológicas de un modo no invasivo del cuerpo si es que esto es razonablemente posible, y permite recurrir a la intrusión física sólo una vez descartada esa posibilidad (cf. arg. cons. 20 del voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni en Fallos: 332:1769 y 332:1835)”-. A mi modo de ver, los dos criterios son contradictorios: si un allanamiento es una invasión “mucho más intensa” que una extracción compulsiva -con lo que concuerdo-, no cabe recurrir al primero de modo preferente y solo frente a su fracaso practicar una extracción compulsiva<sup>48</sup>. Y si bien es cierto que la Corte fijó ese criterio -y que luego fue recogido en la ley 26.549, aunque exclusivamente en relación a las víctimas-, el dictamen del Procurador pierde coherencia al hacerlo propio, desatendiendo las particularidades del caso “Prieto” y extendiendo su alcance a un proceso de otra naturaleza.

El Procurador agrega dos comentarios relevantes a su dictamen. En primer lugar, descarta que exista un derecho “a no ser identificado genéticamente” y equipara este método de identificación con otros menos cuestionados, como la identificación por imágenes o por huellas dactilares: “el peso relativo del derecho alegado a no ser identificado genéticamente por los órganos de la persecución penal, en comparación con el interés público en el esclarecimiento y castigo de crímenes graves, no es sensiblemente distinto que el que cabe reconocer al interés en no ser identificado mediante imágenes o registros de huellas dactilares.” Con acierto, agrega que “el procedimiento de identificación genética ordenado en estas actuaciones está limitado a lo necesario para individualizar a los recurrentes con la precisión suficiente para establecer o descartar identidad genética con la muestra de cabellos hallada en el escenario del crimen que se investiga.” Es decir que no puede realizarse ninguna otra utilización de la información genética que se recabe.

El segundo comentario se relaciona directamente con el ejercicio de coerción estatal habilitado para practicar la extracción de material biológico. Como es evidente, dicha extracción “presupone la presencia física de la persona implicada”, frente a lo cual el Procurador señala que “dado que esa presencia física bien puede no estar asegurada, es bueno advertir que nada de lo dicho aquí implica una modificación de los estándares constitucionales aplicables para la detención y arresto de personas, o el registro de sus domicilios”. Esta aclaración es pertinente a fin de evitar que por vía de

---

48 Ver en este sentido Iud, Alan, *ibídem*.

analogía se extienda este criterio a otro tipo de medidas de coerción y prueba. En esta dirección, en el artículo 218 bis expresamente se indica que “El uso de las facultades coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización”. Parece claro entonces que es procedente -al menos desde el punto de vista legal- trasladar por la fuerza pública a una persona que se niega a someterse al estudio, no pudiendo prolongarse su sujeción más tiempo que el necesario –y escaso- para practicar la extracción<sup>49</sup>. Esta conclusión se refuerza sin mayor esfuerzo con solo recordar que la ley autoriza el traslado por la fuerza pública de testigos (art. 154 CPPN) e inclusive, en ciertos casos, su arresto (arts. 247 y 248 CPPN), así como que ya desde antes de la sanción de la ley 26.549, el CPPN admitía restricciones a la libertad personal al realizar inspecciones (art. 219).

En cualquier caso, no deja de ser llamativa la omisión en el dictamen de toda consideración sobre la ley 26.549. En este sentido, si bien coincido con el Procurador en que el análisis de ADN no requiere de una “grave sospecha”, el estándar que propicia en su dictamen parece ser excesivamente bajo e inferior a lo dispuesto en el artículo 218 bis que exige expresamente que se indique que la medida es necesaria, razonable y proporcionada en el caso concreto. Así, concluye su dictamen afirmando “que no existen (...) reparos constitucionales para el dictado de una orden judicial de extraer de una persona una muestra física mínima, cuando ello es *razonablemente necesario* para avanzar en la investigación de un *crimen severo*, y si la decisión ha sido tomada sobre la base de información objetiva que funda alguna sospecha, *incluso débil*, en relación con la persona a la que se dirige la medida” (el destacado me pertenece). Aun cuando en este párrafo aparecen las referencias a los requisitos de necesidad y -tácitamente- proporcionalidad (dado que se refiere a un “crimen severo”), admitir la medida sobre la base de una sospecha débil elimina el requisito de razonabilidad.

La discusión planteada por la defensa y por el Procurador era interesante. Sin embargo, resulta evidente que el recurso tenía serios defectos de admisibilidad. Y si bien en el dictamen del Procurador se entendía que el recurso debía ser admitido por encontrarse en juego el “debido proceso”, abrir la vía extraordinaria bajo ese argumento indudablemente podría tener el efecto de que cualquier medida mínimamente relevante dictada en el ámbito del proceso penal excitara la intervención de la Corte<sup>50</sup>. En definitiva, lo cierto es que en “Molinero” la Corte declaró

---

49 Cfr. al respecto Córdoba, *Gabriela*, “*Nemo tenetur se ipsum accusare*: Principio de pasividad”, ibídem.

50 Por ejemplo, el argumento de González Warcalde fácilmente permitiría impugnar por la vía extraordinaria hasta una citación a declaración indagatoria, pues para dictar tal decisión debe haber evidencia relevante recolectada

inadmisible el recurso con la simple invocación del art. 280 CPCCN<sup>51</sup>.

### **VIII. El “Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual”.**

En línea con el dictamen de la PGN en “Molinero” -que asemeja la identificación genética con las huellas dactilares o fotografías- recientemente el Congreso Nacional sancionó la ley 26.879 por la que se dispone la creación del “Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual”. Este Registro “almacenará y sistematizará la información genética asociada a una muestra o evidencia biológica que hubiere sido obtenida en el curso de una investigación criminal y de toda persona condenada con sentencia firme por los delitos [contra la integridad sexual previstos en el Libro Segundo, Título III, Capítulo II del Código Penal]<sup>52</sup>” (arts. 2 y 3). Así, vemos que el registro se integra con perfiles genéticos obtenidos por dos vías distintas: por un lado, material biológico recabado en el marco de un proceso penal, cuya titularidad se desconoce<sup>53</sup>; por otro, el perfil genético de los condenados por delitos contra la integridad sexual, de quienes además se dejará registro no solo de su nombre y DNI, sino también de una foto actualizada, fecha y lugar de nacimiento y domicilio actual<sup>54</sup>. A tal efecto, se prevé expresamente que “Una vez que la sentencia condenatoria se encuentre firme, el juez o tribunal ordenará de oficio los exámenes tendientes a lograr la identificación genética del condenado y su inscripción en el Registro” (art. 5). Es decir que se ordena la realización de un examen de ADN no como una medida de prueba para un proceso penal en particular, sino al solo efecto de inscribir el perfil genético del condenado en el Registro. Sin embargo, eventualmente, la información que se obtenga a partir de dicho examen podría incorporarse a un proceso penal específico (cfr. art. 2). Si así no fuera, claro está, el Registro carecería de utilidad.

---

previamente. Indudablemente, la exigencia de que haya pruebas se relaciona directamente con el derecho al debido proceso. ¿”Cuánta” o “qué” prueba debe haber? Es imposible definirlo en abstracto. Es que, como es evidente, la cuestión no deja ser de hecho y prueba, en principio ajena a la instancia extraordinaria.

51 CSN, “Molinero, Ángel Eduardo y otros s/ recurso de casación”, M. 698, L. XLVII, 14/02/13.

52 Se trata del delito de abuso sexual y sus figuras agravadas (arts. 119 a 124 del CP).

53 Art. 6: “El Registro contará con una sección especial destinada a autores no individualizados, de los delitos previstos en el artículo 2º, en la que constará la información genética identificada en las víctimas de tales delitos y de toda evidencia biológica obtenida en el curso de su investigación que presumiblemente correspondiera al autor. Su incorporación será ordenada por el juez de oficio, o a requerimiento de parte.”

54 El inciso f) del art. 3 dispone que en el registro debe constar el “Domicilio actual, para lo cual el condenado, una vez en libertad, deberá informar a la autoridad los cambios de domicilio que efectúe”. Sin embargo, no se prevé ninguna sanción frente al incumplimiento de este deber, aunque no hay que descartar -dado el inflacionismo penal al que ya nos acostumbramos- que sea introducida por vía de reglamentación. En cualquier caso, y como veremos a continuación, si ya la ley en su totalidad presenta dificultades desde el punto de vista constitucional, esta “obligación” vulnera garantías constitucionales elementales, pues impone deberes de por vida a aquel que ha cumplido la pena.

Esto nos permite preguntarnos acerca de la constitucionalidad de este Registro. Una primera objeción se relaciona con la *necesidad* de la injerencia: como vimos, la extracción de material biológico de la persona condenada se realiza una vez concluido el proceso, frente a la eventualidad de que aquel que ha sido condenado luego *reincida*. Es decir, la medida no es necesaria para ninguna investigación en particular y no tiene otra fundamentación que la mera conjetura de la reincidencia futura del condenado. Si bien la ley impone la obtención de información genética de condenados por una muy específica categoría de delitos -abuso sexual-, no se ha dispuesto almacenar la información genética que se obtenga en aplicación del art. 218 bis CPPN -lo cual hubiera derribado esta objeción<sup>55</sup>-, sino que se regula un nuevo supuesto de procedencia legal de la injerencia. Así, es factible que se ordene obtener la información genética de un condenado respecto del cual no fue necesario practicar ningún análisis de ADN en el proceso que llevó a su condena (porque no había dejado material genético en la escena del crimen con el cual fuera posible efectuar una comparación).

Una segunda objeción, ya de mayor envergadura, impone preguntarnos acerca de la legitimidad de la selección o distinción que la ley establece. ¿Es constitucionalmente legítimo, en este caso, diferenciar entre personas condenadas por una categoría específica de delitos y el resto de los ciudadanos? Debe tenerse presente que la Corte IDH tiene dicho que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana” y recordó que la Corte Europea de Derechos Humanos “siguiendo los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos, ha sostenido que el principio de igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho establecido en la Convención no sólo debe buscar un fin legítimo: el artículo 14 [del Convenio Europeo de Derechos Humanos -que establece la prohibición de discriminación-] se viola igualmente cuando se establece de manera clara que no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo.” Y según la propia Corte IDH “[n]o habrá, pues, discriminación si una distinción de

---

55 En este sentido, la ley 26.548 que regula el funcionamiento del Banco Nacional de Datos Genéticos, en su artículo 6 dispone que allí “se registrará la información genética de aquellas personas cuyas muestras hayan sido remitidas al Banco Nacional de Datos Genéticos a través de una causa judicial, así como aquella que se haya aportado a través de la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad. La información genética ingresada quedará registrada en el Archivo Nacional de Datos Genéticos con el único objeto de asegurar su comparación con los datos que se incorporen en el futuro.” Es decir, se establece el almacenamiento de muestras recabadas por la propia voluntad del titular de la misma o en virtud de una orden judicial dictada en un proceso específico en el cual resultaba necesario practicar un análisis de ADN (art. 218 bis CPPN).

tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.”<sup>56</sup> Así, “los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana”<sup>57</sup>.

La situación de las personas condenadas es particularmente problemática, pues incluso la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce la condena como un factor de distinción legítimo para el ejercicio de derechos políticos (cfr. art. 23 inc. 2 CADH). Así, a primera vista, aparece como un criterio objetivo de distinción. Pero la ley prevé que “La información obrante en el Registro sólo será dada de baja transcurridos cien (100) años desde la iniciación de la causa en la que se hubiera dispuesto su incorporación o por orden judicial” (art. 10), extendiendo las consecuencias jurídicas de la condena de manera perpetua, lo que indudablemente resulta propio del derecho penal de autor.

Por otro lado, se destaca que esta ley no establece ninguna restricción en el ejercicio de derechos para quien esté incluido en este Registro y se dispone expresamente que los datos allí obrantes son considerados “sensibles y de carácter reservado, por lo que sólo serán suministradas a miembros del Ministerio Público Fiscal, a jueces y a tribunales de todo el país en el marco de una causa en la que se investigue alguno de los delitos [contra la integridad sexual previstos en el Libro Segundo, Título III, Capítulo II del Código Penal]” (art. 7)<sup>58</sup>. Se agrega que la ley prohíbe expresamente “la

---

56 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, 17/09/03, Serie A No. 18, parágrs. 89 a 91. La Corte agrega que “Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran. Por ejemplo, una desigualdad sancionada por la ley se refleja en el hecho de que los menores de edad que se encuentran detenidos en un centro carcelario no pueden ser recluidos conjuntamente con las personas mayores de edad que se encuentran también detenidas. Otro ejemplo de estas desigualdades es la limitación en el ejercicio de determinados derechos políticos en atención a la nacionalidad o ciudadanía.”

57 *Ibidem*, paragr. 105.

58 Se destaca la medida del legislador nacional en este sentido, que contrasta con las decisiones adoptadas en muchas legislaturas provinciales de crear registros similares, divulgarlos en Internet y establecer prohibiciones especiales

utilización de muestras de ácido desoxirribonucleico (ADN) para cualquier fin que no sea la identificación de personas a los efectos previstos en esta ley” (art. 11).

Sin embargo, la finalidad de la norma en cuestión dificulta convalidarla sin mayores reparos. Como es evidente, su finalidad es claramente de prevención especial: se basa en la idea de disuadir a quien comete este delito de que reincida, pues al haber quedado registrado su perfil genético será fácilmente identificado como el autor del nuevo hecho<sup>59</sup>. Así, si bien el Registro se tornaría operativo ante un nuevo acto imputable a aquel que ya fue condenado, su trasfondo es propio del derecho penal de autor -vedado en un Estado de Derecho- pues se refiere a un grupo especialmente diferenciado de personas, que se consideran “sospechosas” de cometer un delito en el futuro. Un registro o banco universal -como lo es registro de huellas dactilares en manos del Registro Nacional de las Personas- superaría esta objeción<sup>60</sup>.

---

para quienes estén inscriptos en el mismo. Ver al respecto Wurstten, Federico, “Acerca de los registros de condenados por delitos sexuales”, disponible en [http://www.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/07/registros\\_de\\_agresores\\_sexuales.pdf](http://www.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/07/registros_de_agresores_sexuales.pdf).

59 El debate legislativo es muy ilustrativo al respecto. Por ejemplo, la Diputada Ruiz dijo: “Ojala que con esta ley podamos disuadir a todos los delincuentes que quieran perpetrar algún delito de carácter sexual. Ojala sepan que el Estado los va a perseguir hasta meterlos presos y desistan de realizar cualquier intento.” Por su parte, el Diputado Albrieu -informante del proyecto convertido en ley en el recinto de la Cámara de Diputado-, al explicar las vías de incorporación al registro sostuvo que “El otro caso es aquel en el que no se ha encontrado a un culpable en la investigación, pero se guarda ese registro genético para una posible investigación posterior. Son *numerosos* los casos en que se encuentra material genético y no se tiene con qué compararlo. Teniendo en cuenta el *alto grado de reincidencia* que tienen los agresores sexuales, es un imperativo contar con este instrumento de política criminal”. El destacado me pertenece: es notable en todo el debate legislativo la continua referencia de los diputados y senadores a la “cantidades de casos” o la “reincidencia”, sin brindar mayores elementos que sustenten esas afirmaciones. En contraste, el Diputado Manuel Garrido, sostuvo que “De acuerdo a datos de 2008 del Servicio Penitenciario Federal, los delitos contra la propiedad tuvieron una tasa del 44 por ciento de reincidencia; los relativos a estupefacientes, un 22 por ciento; los delitos contra las personas, un 19 por ciento; y los delitos contra la integridad sexual, una reincidencia del 8 por ciento...”. Por su parte, la Diputada Marcela Rodríguez -la única que votó en contra-, señaló que “Aunque existe un subregistro y una invisibilidad de las cifras, más del 71 por ciento de las agresiones sexuales denunciadas corresponden a agresores conocidos: familiares, esposos, novios, amigos, compañeros de trabajo. Estamos hablando de padres que violan a sus hijas, maridos, novios, curas, empleadores, violaciones en instituciones de salud, o sea, de situaciones en las que en general la denuncia resulta casi imposible. En el 29 por ciento restante, sin necesidad de registro alguno, es donde más probabilidades existen de que haya algún tipo de condenas, y para eso no necesitan registro. En este tipo de casos y en general cuando hay registros con casos seguidos de muerte, como en todos los delitos, el sistema funciona un poco mejor. Cuando las mujeres nos animamos a denunciar conocemos a nuestros agresores, podemos decir: fue tal persona, pero el problema es que ni siquiera nos creen. ¿Ahora además se va a requerir una muestra genética para que nos creen?”

60 Crear un banco o registro de esas características (auténticamente universal) puede traer otro tipo de inconvenientes, presentar otras objeciones constitucionales o erigir una política criminal al menos discutible, según cuál sea su finalidad, pero en principio no estaría imbuido del derecho penal de autor. Ver al respecto dictamen del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), suscripto por Alberto Binder y Luis M. Chichizola, respecto del proyecto de ley 1.504-D.-2006, en el cual se proponía crear un “Registro Nacional de Huellas Genéticas Digitalizadas” cuyo objeto sería: “a) Facilitar el esclarecimiento de los hechos sometidos a investigación judicial, particularmente en lo relativo a la individualización de las personas responsables y sobre la base de la identificación de un perfil genético del componente de (ADN) no codificante; b) Identificar y contribuir al paradero de personas extraviadas, desaparecidas o fallecidas; c) Resolver controversias judiciales en relación a la identidad de autores o supuestos autores de hechos delictivos perpetrados por personas individuales o bandas organizadas portando identificación y/o indumentaria falsa de organismos de seguridad; d) Discriminar las huellas del personal policial que interviene de alguna forma en el lugar del hecho y procede a la disposición del cordón criminalístico,

## IX. El caso “Maryland v. King”: análisis de ADN sin orden judicial.

Hasta aquí hemos vistos que, en la legislación y jurisprudencia nacional, más allá de algunas objeciones que podamos tener, el sistema de garantías aún goza de buena salud. Una rápida mirada al estado de cosas en otras latitudes permite ver que la tendencia mundial va a pasos acelerados en otra dirección. Quizás el más claro ejemplo de ello es el reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso “Maryland v. King”<sup>61</sup>.

Alonzo King fue detenido en el año 2009, acusado de amenazar a un grupo de gente con un arma de fuego -lo que fue calificado como crímenes de primer y segundo grado-. Al ingresar a un centro de detención en el Estado de Maryland, se le realizó un hisopado bucal para obtener su ADN, de

---

como un aspecto de la cadena de custodia y para determinar posibles casos de contaminación biológica de evidencia; e) Jerarquizar a las fuerzas de seguridad a través de medidas relacionadas con huellas genéticas digitalizadas que procuren reasegurar su prestigio, buen nombre y transparencia; f) Elaborar estadísticas relativas al comportamiento de la delincuencia en la Nación, tasas de reincidencia y otros datos significativos que pudiesen desprenderse del análisis estadístico de esta información; g) Contribuir a resolver conflictos suscitados en causas judiciales no penales, siempre que medie pedido expreso y fundado de la autoridad judicial interviniente y que aquél guarde conformidad con lo establecido en la presente Ley”. A tal fin, se proponía integrar el Registro con “a) Huellas genéticas asociadas a la evidencia que hubiere sido obtenida en el curso de una investigación policial o en un proceso penal y que no se encontraren asociadas a persona determinada; b) Huellas genéticas de las víctimas de un delito obtenidas en un proceso penal o en el curso de una investigación policial en la escena del crimen, siempre que expresamente la víctima no se hubiese opuesto a su incorporación; c) Huellas genéticas de cadáveres o restos humanos no identificados, material biológico presumiblemente proveniente de personas extraviadas y de personas que teniendo un familiar desaparecido o extraviado, acepten voluntariamente donar una muestra biológica que pueda resultar de utilidad para su identificación; d) Huellas genéticas que se encontraren asociadas a la identificación de personas imputadas, procesadas o condenadas en un proceso penal o contravencional; e) Huellas genéticas del personal perteneciente a la Policía Federal Argentina, Prefectura Naval Argentina, Gendarmería Nacional, Policía de Seguridad Aeroportuaria y al Servicio Penitenciario Federal; f) Huellas genéticas de toda persona que voluntariamente manifieste su deseo de incorporar su perfil genético al Registro”. En el dictamen del INECIP se sostuvo que “Considerando las finalidades previstas, su cumplimiento resultaría más simple y efectivo en caso de contar con un registro universal que contenga las fichas genéticas con los datos no codificantes provenientes de análisis de ADN de todos los habitantes de la Argentina. En tal caso, para el cumplimiento de las finalidades contempladas en el artículo 3º, se contaría con una base de datos 'patrón', como el actual registro de huellas dactilares, produciéndose la prueba en el proceso judicial, al comparar las muestras obtenidas, en el lugar del hecho en el caso de un hecho delictivo o las aportadas o solicitadas por las partes en el caso de las causas no penales, con las de la base patrón. Las dificultades de implementación de un Registro Universal pueden ser sorteadas a través de diferentes modalidades de ejecución. (...) Ya no genera mayores discusiones en la doctrina y jurisprudencia, que están a favor de la constitucionalidad de la extracción compulsiva de sangre para la realización de exámenes de ADN no codificantes. Ello en virtud de que no es el imputado el sujeto de prueba sino el objeto; no se lo obliga a hacer algo (manifestaciones, explicaciones, determinaciones o decisiones), sino a tolerar que otros hagan algo, es una mera fuente pasiva de elementos de cargo en su contra. Sin embargo, esta aclaración se torna innecesaria a tono de la recomendación de la universalización del Registro de Huellas Genéticas que obligaría a toda la población a realizarse el examen en cuestión. Esta opción ya ha sido analizada en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en ocasión de manifestarse sobre la constitucionalidad de la extracción compulsiva de sangre, en el que se señaló que: “La Recomendación N° R (92) 1 del Consejo de Ministros de Europa de 1992 había previsto la posibilidad de que las extracciones de muestras corporales para el examen de ADN se extiendan no sólo a los sospechosos sino también a 'cualquier otra persona'... (...ver José Francisco Etxeberria Guridi, 'Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal', Ed. Comares, Granada, 2000, p.135)...” (con cita del voto de Maqueda en “Vázquez Ferrá”).

<sup>61</sup> “Maryland v. King”, 569 U.S. (2013), resuelto el 3 de junio de 2013.

acuerdo a una ley de dicho Estado -Maryland DNA Collection Act-, que establece que se debe obtener el ADN de toda persona que es arrestada por “ofensas serias” (*serious offenses*)<sup>62</sup>, como parte del procedimiento de fichaje de rutina. El perfil genético de King resultó coincidente con el hallado en el cuerpo de una víctima de una violación ocurrida en el año 2003, cuyo autor no había sido individualizado. King fue acusado de ese delito y reclamó la exclusión de esa evidencia, alegando que se había violado la Cuarta Enmienda de la Constitución estadounidense, que establece que “El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones irrazonables, será inviolable, y no se expedirán al efecto órdenes judiciales si no se apoyan en una causa probable, sustentada por juramento o promesa y describan el lugar el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o incautadas”<sup>63</sup>. Inicialmente, King fue condenado a prisión perpetua (sin posibilidad de libertad condicional) por la violación, pero la Cámara de Apelaciones de Maryland revocó la condena, pues entendió que el ADN de King había sido obtenido por medio de una intromisión irrazonable en su persona, lo que violaba la Constitución. El fiscal apeló y el caso fue llevado a la Corte Suprema.

En el voto de mayoría, redactado por el juez Kennedy<sup>64</sup>, se destacó que -según la ley de Maryland- si bien se toma una muestra de material biológico del individuo cuando ingresa al centro de detención, esa muestra no es analizada -y no se obtiene su ADN- sino hasta después de que un juez controle en una audiencia los cargos que se le imputan y determine si hay “causa probable” (*probable cause*)<sup>65</sup> para detenerlo<sup>66</sup>. Si el juez entiende que no hay “causa probable”, la muestra de

---

62 Más específicamente, la ley autoriza a obtener muestras de ADN de “*an individual who is charged with ... a crime of violence, or an attempt to commit a crime of violence; or ... burglary or an attempt to commit burglary*” (“un individuo que es acusado de un crimen violento, o de intentar cometer un crimen violento, o de robo en una vivienda, o de intentar cometer un robo en una vivienda”). Como se explica en el fallo, la ley de Maryland califica como “*crimes of violence*” el homicidio, la violación, el “asalto en primer grado” (*first-degree assault*), el secuestro, incendio intencional, abuso sexual, entre otros. En el voto de mayoría también se señala que los 50 Estados que integran EEUU requieren la obtención de ADN de los condenados por “*felony*” (delitos graves) y que 28 Estados y el Estado federal aprobaron leyes similares a la de Maryland. Estas traducciones, así como las posteriores, me pertenecen.

63 “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”.

64 Coincidieron con él John Roberts, Clarence Thomas, Stephen G. Breyer y Samuel Alito.

65 El análisis de la protección de la Cuarta Enmienda tiene dos elementos principales. La primera es si hay una expectativa razonable de privacidad. Una vez superada esta cuestión, debe verificarse si se cumplieron los requerimientos constitucionales de la Cuarta Enmienda, que son “causa probable” y orden judicial (*warrant*) o su excepción.

66 Se trata de la audiencia de “*arraignment*” (literalmente “arreglo”), que se produce en los días posteriores al arresto. Básicamente, en esta audiencia un juez le indica al individuo sintéticamente cuales son los cargos que se le imputan y le pregunta cómo se declara: inocente, culpable o “*nolo contendere*” (reconoce el hecho pero no asume las consecuencias de una demanda civil sobre el mismo). Cabe destacar que el imputado no necesariamente recibe asistencia letrada antes de la audiencia (por lo cual, si la requiere, se le brinda esa asistencia y luego responde cómo se declara), aunque en los casos en los cuales el imputado se encuentra detenido generalmente tiene entrevistas con

ADN debe ser inmediatamente destruida, así como si el individuo finalmente no es condenado o se le otorga un indulto incondicional. Además, se señaló que la ley limita expresamente qué tipo de información puede ser agregada a la base de datos de ADN y que sólo puede utilizarse con fines identificatorios (por ejemplo, no puede usarse para verificar relaciones familiares).

Luego, Kennedy remarcó que en el caso se había realizado un hisopado bucal, por medio de un procedimiento “rápido e indoloro”, en el cual “el hisopo toca dentro de la boca del detenido, pero no requiere una intrusión quirúrgica debajo de la piel (...) y no amenaza su salud o seguridad”. Y si bien reconoció que el procedimiento es un “registro” (o intrusión o búsqueda, “*search*” en inglés), por lo que está sometido al escrutinio de la Cuarta Enmienda, señaló que “el hecho de que la intrusión sea despreciable es central para determinar su razonabilidad”. Así, “decir que aquí rige la Cuarta Enmienda es el punto de partida, no el final del análisis. La función de la Cuarta Enmienda es constreñir, no todos los registros como tales, sino aquellos registros que no están justificados en las circunstancias o que están hechos de una manera inadecuada<sup>67</sup>. Como lo indica el texto de la Cuarta Enmienda, la última medida de la constitucionalidad de un registro estatal es su 'razonabilidad'<sup>68</sup>. Al responder al interrogante de cuándo un registro es razonable, la Corte ha privilegiado 'cierta cantidad de sospecha individualizada... como un prerequisite de un registro o búsqueda constitucional. Pero la Cuarta Enmienda no impone un requisito irreductible de esa sospecha'<sup>69</sup>. En ciertas circunstancias, como 'frente a ciertas necesidades de las agencias encargadas de hacer cumplir la ley, expectativas de privacidad disminuidas, intrusiones mínimas, o similares, la Corte ha encontrado que ciertas circunstancias generales, o individuales, pueden volver razonable un registro o incautación sin orden judicial'<sup>70</sup>. Esas circunstancias disminuyen la necesidad de una orden judicial, porque 'el interés público es tan grande que no se requiere ni una orden judicial ni una causa probable'<sup>71</sup> o porque el individuo ya está anoticiado, por ejemplo por su empleo<sup>72</sup>, o por las condiciones de su liberación de la custodia estatal<sup>73</sup>, de que debe esperar cierta razonable intromisión policial en su privacidad. La necesidad de una orden judicial es quizás mínima cuando un registro no involucra discrecionalidad que pueda ser adecuadamente limitada por la

---

un defensor antes de esta audiencia. En dicha audiencia, si el acusado se declara culpable (o “*nolo contendere*”), ya puede realizar un acuerdo con el fiscal acerca de su pena (*plea bargaining*).

67 Con cita del precedente *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966).

68 Con cita de *Vernonia School Dist. 47J v. Acton*, 515 U.S. 646 (1995).

69 Con cita de *United States v. Martinez-Fuerte*, 428 U.S. 543 (1976).

70 Con cita de *Illinois v. McArthur*, 531 U.S. 326 (2001).

71 Con cita de *Maryland v. Buie*, 494 U.S. 325 (1990).

72 Con cita de *Skinner v. Railway Labor Executives Assn.*, 489 U.S. 602 (1989).

73 Con cita de *Samson v. California*, 547 U.S. 843 (2006).

'intermediación de un juez imparcial entre el ciudadano y el agente de la policía'<sup>74</sup>."

Teniendo en cuenta esos antecedentes, Kennedy destaca que el procedimiento que establece la ley de Maryland se aplica sobre individuos que ya están en custodia policial por una ofensa seria y con "causa probable", por lo que "la obtención de ADN no está sujeta al juicio de los policías cuya perspectiva puede estar influenciada por su involucramiento primario en la habitualmente competitiva tarea de descubrir el crimen"<sup>75</sup>. Agrega que "virtualmente no hay hechos que un juez imparcial deba evaluar"<sup>76</sup>, por lo que considera que no es necesaria una orden judicial. Sin embargo, ello no exime al registro del requisito de "razonabilidad", que es "la piedra angular de la Cuarta Enmienda". En consecuencia, el registro "debe ser razonable en su objetivo y en su forma de ejecución". Para determinar si es razonable, "se debe sopesar la promoción de intereses legítimos del Estado y el grado de intrusión del registro en la privacidad del individuo"<sup>77</sup>.

De acuerdo al juez Kennedy, la finalidad de la ley de recolección de ADN de Maryland es "la necesidad de los agentes de las fuerzas de seguridad de fichar e identificar, de forma segura y precisa, a las personas y objetos bajo su custodia". Este es el "interés legítimo del Estado" al cual sirve la norma en discusión. Recuerda que "está fuera de discusión que 'la causa probable' provee justificación legal para arrestar a una persona sospechada de un crimen" y que "el Estado tiene derecho a requisar al imputado cuando es legalmente arrestado"<sup>78</sup>. Agrega que "el procedimiento administrativo de rutina en una comisaría de fichar y clasificar al imputado (...) tiene diferentes justificaciones constitucionales". En ese contexto, afirma que "cuando existe causa probable para remover a un individuo de los canales normales de la sociedad y retenerlo en custodia legal, la identificación por ADN juega un papel crítico en servir a esos intereses".

Primero, debe saberse quién ha sido arrestado: "la identidad de un individuo es más que su nombre o su número de Seguridad Social, y el interés del Estado en su identificación va más allá de asegurarse que el nombre correcto sea escrito en su imputación". Agrega que, de hecho, "es bien sabido que un aspecto de la conducta delictiva es que los perpetradores tomarán inusuales medidas para ocultar no solo su conducta, sino también su identidad", para lo cual cambian no solo su

---

74 Con cita de *Treasury Employees v. Von Raab*, 489 U.S. 656 (1989).

75 Con cita de *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968).

76 Con cita de *Skinner*, *supra*.

77 Con cita de *Wyoming v. Houghton*, 526 U.S. 295 (1999).

78 Se remite a *Michigan v. De Fillippo*, 443 U.S. 31 (1979), donde se dijo que "la constitucionalidad de un registro relacionado con un arresto no depende de si hay algún indicio de que la persona arrestada tiene armas o evidencias de un delito. El hecho de un arresto legal, por sí solo, autoriza el registro".

nombre sino también su apariencia física.

En este sentido, destaca que “la historia delictiva de un sospechoso es una parte fundamental de su identidad que la policía debe conocer cuando procesa su detención. Comúnmente ocurre que personas detenidas por delitos menores pueden resultar ser los más desviados y peligrosos criminales”<sup>79</sup>. Así, remarca que la policía ya busca este tipo de información crucial para la identificación, para lo que “usa medios rutinarios y aceptados tan variados como la comparación de las fotos de los sospechosos con los dibujos de personas de interés, mostrando la foto de su prontuario a potenciales testigos, y por su puesto haciendo comparaciones computarizadas de las huellas dactilares del detenido con una base de datos de conocidos criminales y casos sin resolver. Al respecto, la única diferencia entre el análisis de ADN y el uso aceptado de la base de datos de huellas dactilares es la incomparable precisión que provee el ADN” (el destacado me pertenece).

Así, Kennedy señala que “como una huella dactilar, los 13 CODIS loci<sup>80</sup> no son por sí mismos evidencias de ningún crimen en particular, de la manera en que un test de drogas puede ser por sí mismo prueba del uso de ilegal de narcóticos”. Y agrega: “Al respecto, el uso de la identificación

---

79 Ejemplifica este punto con el caso del condenado por un atentado en Oklahoma, Timothy McVeigh, o el “asesino serial” Joel Rifkin, detenidos inicialmente por conducir sin licencia, o “uno de los terroristas involucrados en los ataques del 11 de septiembre, que fue parado y multado por exceso de velocidad apenas dos días antes”. Francamente, no se comprende de qué forma las autoridades estadounidenses hubieran evitado esos atentados si hubieran contado con el ADN de esta persona...

80 Por los “13 CODIS loci” se refiere a los marcadores genéticos que según la ley de Maryland deben decodificarse. Entre nosotros, la ley 26.879 expresamente prevé que “La información genética registrada consistirá en el registro alfanumérico personal elaborado exclusivamente sobre la base de genotipos que segreguen independientemente, sean polimórficos en la población, carezcan de asociación directa en la expresión de genes y aporten sólo información identificatoria apta para ser sistematizada y codificada en una base de datos informatizada” (art. 4). Como explica la genetista Belén Rodríguez Cardozo, “Sólo el 2% del ADN humano es codificante. El 98% restante constituye el ADN no codificante al que se le atribuye, entre otras funciones desconocidas, la estructural y reguladora. Es en este ADN donde se concentra la mayor parte de la variabilidad genética entre individuos, ya que sus mutaciones no están sometidas a una selección tan fuerte como las que ocurren en el ADN codificante, que pueden tener importantes consecuencias fenotípicas. Casi la mitad del ADN no codificante está constituida por ADN repetitivo, entre el que cabe destacar las secuencias repetidas en tándem (...), constituidas por una secuencia determinada que se repite consecutivamente una detrás de la otra un número variable de veces. Atendiendo al tamaño de la unidad de repetición, estas secuencias se denominan satélites (unidad de repetición: 1.000-10.000 nucleótidos), mini satélites (unidad de repetición: 7-100 nucleótidos) o microsatélites (cuya unidad de repetición contiene de 2 a 6 nucleótidos). La posición que ocupa una determinada secuencia de ADN en el cromosoma se denomina locus. En una célula humana cada locus se encuentra por duplicado, uno en el cromosoma de origen paterno y el otro en el cromosoma de origen materno. A cada una de las distintas formas alternativas que ocupan un locus que aunque muy similares entre ellas presentan alguna diferencia) se le denomina alelo. (...) Dentro de la pequeña proporción de ADN distintivo existen regiones hipervariables o polimórficas que son las que nos permiten usar la información genética con fines de identificación. Es importante reseñar que (...) la variabilidad genética entre individuos se concentra principalmente en el ADN no codificante y que, por tanto, de un análisis de individualización genética con fines forenses no puede extraerse ningún tipo de información sobre características fenotípicas (rasgos físicos, susceptibilidad a enfermedades o fármacos, etc.)”. Rodríguez Cardozo, María Belén, “Banco Nacional de Datos Genéticos: la identificación de los jóvenes desaparecidos en la Argentina”, en *Las Abuelas y las genética. El aporte de la ciencia en la búsqueda de los chicos desaparecidos*. 1ra. ed. Abuelas de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2008., p. 138.

por ADN no es diferente que comparar la cara de un detenido con los afiches de búsqueda de sospechosos no identificados, o comparar tatuajes con los símbolos de conocidas pandillas para revelar la afiliación criminal o comparar las huellas dactilares con las recolectadas en la escena del crimen (...). El ADN es otro sistema métrico de identificación usado para conectar al detenido con su actuación pública, como se refleja en los registros de sus acciones que están disponibles para la policía. (...) Usa diferentes formas de identificación que un nombre o una huella dactilar, pero su función es la misma”.

En segundo lugar, Kennedy señala que es un deber de los oficiales encargados de la custodia de un detenido asegurarse que no creen un excesivo riesgo para el personal y el resto de la población penitenciaria. “Para este propósito, los oficiales deben conocer qué tipo de persona están custodiando y el ADN les permite tomar decisiones determinantes sobre cómo proceder”.

En tercer lugar, sostiene que el análisis de ADN tiene directa relación el interés del Estado de asegurar que los acusados no se fuguen. “Una persona arrestada por un delito menor pero que sabe que aún debe responder por crímenes pasados puede estar más inclinado a huir de sus imputaciones inmediatas, por temor de que un contacto continuado con el sistema de justicia penal lo exponga a uno o más graves crímenes. Por ejemplo, un acusado de robo que anteriormente cometió un abuso sexual puede estar más inclinado a fugarse, sabiendo que en cada Estado se tomará una muestra de su ADN que lo vinculará con una imputación más seria por violación. Además, esto se vincula con los intereses de la seguridad; un detenido que se fuga representa un riesgo para los oficiales de la policía, otros detenidos, víctimas de crímenes previos, testigos y la sociedad en general”.

En cuarto lugar, “la conducta pasada de un detenido es esencial para estimar el peligro que representa para el público e influirá en la decisión de un tribunal acerca de si debe ser liberado bajo fianza. (...) La identificación por ADN del sospechoso de un crimen violento provee información decisiva a la policía y a la justicia para determinar su peligrosidad futura. (...) El interés no es especulativo. (...) Agencias del gobierno al rededor del país han encontrado evidencia de que numerosos casos en los cuales detenidos por graves crímenes fueron arrestos podrían haber sido identificados como violentos a través del ADN vinculándolos con crímenes previos, pero luego cometieron crímenes adicionales porque esa identificación no fue usada para detenerlos”<sup>81</sup>.

---

81 Cabe destacar que remite a diversos estudios disponibles en Internet sobre “crímenes prevenibles”.

Por último, Kennedy remarca que “en el interés de la justicia, la identificación de un detenido como el perpetrador de algún crimen atroz puede tener el saludable efecto de liberar a una persona erróneamente encarcelada por el mismo crimen”.

Así, luego de insistir y profundizar en la similitud entre la identificación por huella digital y por ADN, destacando las ventajas de esta última<sup>82</sup>, concluye que “en el balance de razonabilidad requerido por la Cuarta Enmienda (...) la Corte debe dar gran peso tanto al significativo interés del Estado en la identificación de los detenidos como al incomparable potencial de la identificación por ADN para servir a ese interés”.

En cambio, para Kennedy “en comparación con el sustancial interés del Estado y la extraordinaria efectividad de la identificación por DNA, la intrusión de un hisopado bucal para obtener una muestra de ADN es mínima. Es verdad, un significativo interés estatal por sí solo no es suficiente para justificar un registro. El interés del Estado debe sopesarse con el grado de expectativa legítima de privacidad del individuo que es invadido por el registro. En la consideración de esa expectativa en este caso, sin embargo, es fundamental afirmar la validez del arresto por un delito grave.” Así, recuerda que “aunque la exigencia subyacente de la Cuarta Enmienda es siempre que el registro y secuestro sea razonable, lo que es razonable depende del contexto en el cual ese registro tiene lugar<sup>83</sup>. (...) La expectativa de privacidad de un individuo bajo custodia policial necesariamente es de un alcance limitado<sup>84</sup>. Tanto su persona como su propiedad en inmediata posesión pueden ser registradas en la comisaría<sup>85</sup>. El registro del cuerpo de un detenido cuando está siendo fichado bajo custodia puede involucrar una exploración relativamente extensiva<sup>86</sup> (...), incluyendo requerir al menos a algunos detenidos que levanten sus genitales o que tosan en cuclillas<sup>87</sup>”.

Además, Kennedy indica que “aquí la razonabilidad considera otras dos circunstancias en las cuales la Corte ha sostenido que una sospecha particularizada no es categóricamente requerida:

---

82 “La identificación por ADN es una técnica avanzada superior a la huella dactilar en muchas formas, a tal punto que insistir en las huellas dactilares como la regla tendría poco sentido tanto para los expertos forenses como para los legos. La intrusión adicional sobre la privacidad de un detenido más allá de la asociada con la huella dactilar no es significativa (...) y el ADN es una forma notoriamente más precisa para identificar detenidos. Un sospechoso que ha cambiado sus características faciales para evadir la identificación fotográfica o incluso que ha tomado la más ardua tarea de alterar sus huellas digitales no puede escapar del poder revelador de su ADN” (p. 21).

83 Con cita de *New Jersey v. T. L. O.*, 469 U.S. 325 (1985). A modo de ejemplo, recuerda que al evaluar la invasión que implican los análisis de orina a los atletas de colegios secundarios, la Corte sostuvo que su “expectativa de privacidad” era inferior a la del resto de los estudiantes.

84 Con cita de *Bell*, 441 U.S.

85 Con cita de *United States v. Edwards*, 415 U.S. 800 (1974).

86 Con cita de *Robinson*, 414 U.S.

87 Con cita de *Florence*, 566 U.S.

expectativas disminuidas de privacidad e intrusiones mínimas<sup>88</sup>. Esto no sugiere que cualquier registro es aceptable solo porque una persona está bajo custodia. Algunos registros, como las cirugías invasivas<sup>89</sup>, o el registro del domicilio del detenido<sup>90</sup>, involucran intromisiones más grandes o expectativas de privacidad más elevadas que las presentes en este caso” y requieren de una orden judicial que las autorice. “Aquí, en contraste con los aprobados procedimientos estandarizados que se realizan sobre cada detenido, un hisopado bucal involucra una intrusión incluso menor y más breve. Una ligera frotación en el interior de una mejilla no lastima la piel ni involucra ningún riesgo, trauma o dolor<sup>91</sup>. (...) Una breve intromisión en el cuerpo de un detenido está sujeta a la Cuarta Enmienda, pero un hisopado por su naturaleza no incrementa la indignidad que de por sí acompaña a los acontecimientos relacionados con un arresto”.

En último lugar, Kennedy destaca que al tomarse ADN no codificante no se revelan las características genéticas del detenido y que “incluso si pudiera proveer alguna información, de hecho, no es analizado con ese propósito” y la ley de Maryland prohíbe ese tipo de estudios.

En consecuencia, concluye su voto afirmando que “la identificación por ADN de los detenidos es un registro razonable que puede ser considerado parte del procedimiento de fichaje de rutina. Cuando la policía hace un arresto apoyado en causa probable de un delito grave y lleva al sospechoso a una comisaría para retenerlo bajo su custodia, tomar un hisopado bucal y analizar su ADN es, como las huellas dactilares y las fotografías, un procedimiento policial de fichaje legítimo que es razonable bajo la Cuarta Enmienda”. Así, lógicamente, revocan el fallo de la Corte de Apelaciones de Maryland.

Más enriquecedor que comentar este fallo es revisar el voto de la disidencia, redactado por el juez de perfil conservador Antonin Scalia<sup>92</sup>, con un tono inusualmente duro con el voto de la mayoría. Así, ya en el inicio Scalia afirma que “la Cuarta Enmienda prohíbe registrar a una persona buscando evidencia de un delito cuando no hay base para creer que esa persona es culpable de un delito o posee evidencia incriminatoria. Esta prohibición es categórica y no admite excepciones; descansa en el corazón de la Cuarta Enmienda. Cuando esta Corte ha permitido un registro sin sospecha alguna, ha insistido en algún motivo justificatorio distinto de la investigación de un crimen. Es

---

88 Con cita de *McArthur*, 531 U.S.

89 Con cita de *Winston*, 470 U.S. 753.

90 Con cita de *Chimel v. California*, 395 U.S. 752 (1969).

91 Con cita de *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966).

92 Adhirieron las tres juezas que integran la Corte y que, indudablemente, representan su sector más progresista: Ruth Bader Ginsburg, Sonia Sotomayor y Elena Kagan.

obvio que no existe ningún motivo 'no investigativo' en este caso. La afirmación de la Corte de que el ADN es tomado, no para resolver crímenes, sino para identificar a aquellos que están bajo custodia del Estado, desafía la credulidad de los crédulos. Y la comparación que hace la Corte del registro de ADN de Maryland con otras técnicas, como las huellas dactilares, puede parecer válida solo a aquellos que no saben más sobre cómo funciona el registro de ADN que lo que la opinión pública actual ha elegido decirles”.

Luego, tras una breve reseña del surgimiento de la Cuarta Enmienda, señala que para que un “registro e incautación” (*search and seizure*) sea válido debe haber no solo una orden judicial fundada en “causa probable”, sino que se debe “individualizar el lugar a registrar y la persona o las cosas a ser incautadas”. Y recordó que la Corte ha dicho que incluso cuando una orden judicial no es constitucionalmente necesaria, la prohibición general de “registro irrazonable” que contiene la Cuarta Enmienda exige la misma sospecha individualizada<sup>93</sup>. Además, señala que “si bien hay una estrechamente moderada categoría de registros sin sospecha constitucionalmente admitidos”, esa categoría “nunca ha incluido registros designados para responder a las necesidades normales de aplicación de la ley”<sup>94</sup> y que “incluso el nombre habitual de los registros sin sospecha -registros de 'necesidades especiales'- en sí mismo refleja que deben estar justificados, *siempre*, en otras preocupaciones diferentes que el descubrimiento del crimen” (destacado en el original). “Hemos aprobado análisis de drogas al azar de los empleados del ferrocarril, pero sólo porque la necesidad del Estado de 'regular la conducta de los empleados ferroviarios para garantizar la seguridad' es distinta de 'la normal aplicación de la ley'. (...) También hemos aprobado registros sin sospecha en escuelas públicas, pero sólo porque ahí el Estado actúa en fomento de su responsabilidad como guardador y tutor de niños confiados a su cuidado”<sup>95</sup>.

Así, “mientras la Corte está en lo cierto al afirmar que hay casos en los cuales hemos permitido registros sin una sospecha individualizada, 'en ninguno de estos casos aprobamos un registro cuyo propósito primario fuera detectar evidencia de un crimen ordinario’<sup>96</sup>. Esa limitación es crucial. Solo cuando está en juego una finalidad estatal distinta de resolver los delitos autorizamos el uso de la fórmula sin 'razonabilidad' con la que la Corte se enreda en detalle hoy. Para decirlo de otra forma, tanto la legitimidad del método de la Corte y la corrección de su resultado depende integralmente de

---

93 Con cita de *Chandler v. Miller*, 520 U.S. 305 (1997).

94 “*The normal need for law enforcement*”, con cita de *Skinner v. Railway Labor Executives Assn.* 489 U.S. 602 (1989).

95 Con cita de *Vernonia School Dist. 47J v. Acton*, 515 U.S. 646.

96 Con cita de *Indianapolis v. Edmond*, 531 U.S. 32 (2000).

la veracidad de una sola proposición: que el propósito primario de estos análisis de ADN es distinto de simplemente obtener evidencia de crímenes. Y como detallo aquí, esa proposición es incorrecta.”

En el resto de su voto, Scalia pacientemente discute los fundamentos del voto de la mayoría. Así, afirma que si bien es cierto que una persona puede ser válidamente requisada al ser detenida, el objeto de ese registro debe ser buscar armas o evidencia que puede ser fácilmente destruida, o bien evidencia relevante para el crimen por el cual se produce el arresto. Y en cuanto a la reducción de la expectativa de privacidad del detenido, y el carácter “breve y mínimo” de la intromisión que implica el hisopado, haciendo gala de un incisivo sarcasmo se pregunta si entonces es válido que la policía realice “una breve y mínima intromisión en su domicilio, quizás husmeando un poquito alrededor de su patio”<sup>97</sup>.

Continúa: “sin importar el nivel de la invasión, *nunca* son permitidos los registros sin sospecha si su finalidad principal es resolver crímenes” (destacado en el original). “Un registro relacionado a un arresto sirve a otros fines (como la seguridad de los policías, en búsqueda de armas) o no es sin sospecha (como cuando hay razones para creer que el detenido tiene evidencia relevante para el crimen del arresto)”. Y retomando el sarcasmo, Scalia afirma que “sintiendo (acertadamente) que se necesita más, la Corte elabora al detalle la forma en la cual este registro sirvió al propósito especial de 'identificar' a King. Pero eso me parece totalmente errado, al menos que 'identificar a alguien' signifique 'buscar evidencia de que ha cometido crímenes no relacionados con el crimen que ocasiona su arresto'. (...) Si identificar a alguien significa encontrar qué crímenes irresueltos ha cometido, entonces la identificación es indistinguible de la aplicación ordinaria de la ley que nunca fue usada para justificar registros sin sospecha.”<sup>98</sup>

Luego, se dedica a demostrar que el análisis de ADN en este caso ni siquiera sirvió para la finalidad identificatoria que le asigna la mayoría de la Corte, cuyo propósito sería tomar medidas de prevención para los agentes encargados de su custodia y los demás detenidos. Así, reseña que si

---

97 “*And could the police engage, without any suspicion of wrongdoing, in a 'brief and... minimal' intrusion into the home of an arrestee -perhaps just peeking around the curtilage a bit? (...) Obviously not*”. Cabe destacar que el término “curtilage” no tiene una traducción directa al castellano, pues se refiere a un concepto jurídico inexistente en nuestra tradición: remite al territorio que rodea una vivienda, incluyendo cualquier construcción o estructura asociada, dentro del cual el residente puede tener una “expectativa razonable de privacidad” y donde desarrolla “acciones privadas”. Etimológicamente, el término tiene origen en la palabra “courtyard”, que puede ser traducido como “patio”.

98 Y agrega: “Registrar cada automóvil legalmente detenido, por ejemplo, puede revelar información acerca crímenes irresueltos cometidos por el conductor, pero nadie diría que ese registro tenía el propósito de 'identificarlo' y ningún tribunal sostendría su legalidad”.

bien el hisopado bucal se realizó el mismo día que King fue detenido, no se hizo nada con esa muestra sino hasta después de la audiencia de “*arraignment*”<sup>99</sup>, pues así lo prevé expresamente la ley, la cual tuvo lugar tres días después de la detención. Scalia se pregunta “si la finalidad de esta ley es determinar si King puede ser liberado bajo fianza, ¿por qué prohíbe que el análisis de ADN empiece antes del 'arraignment'? ¿Por qué Maryland se resigna a simplemente esperar que la decisión sobre la fianza tarde lo suficiente para que la 'identificación' se realice antes de que el detenido sea liberado? La verdad, sabida por Maryland y crecientemente por el lector: este registro no tuvo nada que ver con establecer la identidad de King”. Por si fuera poco, Scalia destaca que más allá de las previsiones legales, la muestra recién comenzó a ser procesada pasados tres meses del arresto, obteniéndose el resultado tres semanas después. Y mientras ello sucedía, King fue liberado bajo fianza. En definitiva, Scalia concluye que “si algo fue 'identificado' cuando la base de datos de ADN mostró una coincidencia, no fue King, cuya identidad ya era conocida (...) sino la 'muestra previamente obtenida del crimen anterior’”<sup>100</sup>.

Si con lo dicho hasta aquí la refutación de Scalia ya era contundente, una breve reseña de la ley de Maryland termina por demoler el argumento de la mayoría. Así, indica que en una sección titulada “Finalidad de la recolección y análisis de muestras de ADN” se señalan cinco propósitos para los cuales puede realizarse este análisis y que está prohibido cualquier otro uso: “a esta altura, no sorprenderá al lector saber que el propósito imaginado por la Corte no está incluido entre ellos”. En cambio, la ley prevé expresamente que el análisis de ADN “es parte de una investigación oficial de un crimen”. Incluso, “la ley enumera dos instancias en las cuales la muestra de ADN puede ser analizada con fines identificatorios: 'para ayudar a identificar restos humanos' (...) y 'para ayudar a identificar a personas desaparecidas'. Ninguna mención a la identificación de detenidos.”

Para concluir, Scalia señala que “la Corte intenta reforzar su teoría de la identificación con una serie de analogías fuera de lugar. ¿Tomar muestras de ADN no es lo mismo, se pregunta la Corte, que tomar fotografías de una persona? No, porque eso no involucra un registro referido en la Cuarta Enmienda. No involucra una intromisión física dentro de la persona”. Y luego, remarca las diferencias con las huellas dactilares, cuya finalidad primaria efectivamente es identificar a los

---

99 Ver nota al pie 66.

100 Y luego, siguiendo con su sarcasmo, contesta una de las comparaciones que se hacen en el voto de la mayoría: “Ningún angloparlante mínimamente competente diría, tras notar la similitud de un conocido detenido con 'un afiche de búsqueda de un sospechoso no identificado previamente' que el detenido fue entonces identificado. Fue el sospechoso no identificado previamente quien fue identificado, tal como aquí fue el violador previo no identificado”.

detenidos, aunque luego también puedan servir para resolver casos irresueltos<sup>101</sup>.

En definitiva, Scalia afirma que “resolver crímenes irresueltos es un objetivo noble, pero ocupa un lugar menor en el panteón americano de objetivos nobles que la protección de nuestro pueblo de registros policiales sin sospecha. La Cuarta Enmienda debe prevalecer”.

## **X. Conclusión.**

En estas breves líneas repasé la legislación nacional y la jurisprudencia más reciente referida al análisis de ADN en el proceso penal. Contrariamente a lo que podría seguirse de una mirada apresurada, estos análisis ya no despiertan mayor discusión en lo referido a su constitucionalidad. Más aún, es notable que en el último lustro se elevó el estándar de protección de los afectados por esta medida, a través de la jurisprudencia de la Corte y, especialmente, de la ley 26.549. Sin embargo, un breve repaso por los precedentes de los tribunales inferiores deja ver que esa disposición, sus fundamentos constitucionales y sus consecuencias, todavía no terminan de ser internalizadas por los operadores judiciales, aunque no se registran grandes desvíos. En cambio, resulta mucho más preocupante que el Congreso Nacional sancionara la ley 26.879 -de creación del “Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual”- sin tomar en cuenta la jurisprudencia y, ni si quiera, la propia ley 26.549 (votada por muchos de los diputados y senadores que también votaron la ley 26.879), sobre la cual hubo una ausencia total de referencia en el debate legislativo. Esta circunstancia no puede pasar inadvertida, pues como lo deja ver la propia creación de ese Registro y el caso “Maryland vs. King”, los indetenibles avances científicos harán técnicamente viables múltiples usos y aprovechamientos del ADN, lo que sin dudas abrirá nuevos debates y exigirá extremar el estudio acerca de las garantías constitucionales, tanto para impedir que sean violadas como para evitar caer en dogmatismos obtusos que lleven a desaprovechar, sin más, esos avances. Espero sinceramente que este artículo contribuya a que esos debates por venir tengan la seriedad y profundidad que requieren.

---

101 Agrega un cuadro comparativo entre el análisis de huellas dactilares y el análisis de ADN muy ilustrativo. Mientras el resultado del primer tipo de análisis se obtiene en aproximadamente 27 minutos, el análisis de ADN puede demorar meses, demasiado prolongado para servir en la “identificación” de un detenido.