

Título: La extracción compulsiva de sangre y la tutela constitucional del derecho a la intimidad. Conflicto entre derechos fundamentales

Autor: Basterra, Marcela I.

Publicado en: DFyP 2011 (mayo), 02/05/2011, 195

Cita Online: AR/DOC/960/2011

Sumario: 1. Colisión entre derechos fundamentales. 2. Protección constitucional del derecho a la intimidad. 3. El derecho a la verdad objetiva. 4. Lineamientos jurisprudenciales. 5. Reflexiones finales.

Abstract: "Puede afirmarse que la libertad de intimidad encuentra una de sus limitaciones en el deber del Estado de prevenir los delitos, así como en la exigencia de procesar y condenar a los responsables de los mismos. Ahora bien, la obligación de investigar del Estado también reconoce ciertos límites, y justamente, uno de ellos es compatibilizar su actividad, con el principio de protección de los derechos de las víctimas".

1. Colisión entre derechos fundamentales

En el presente trabajo nos proponemos el estudio sobre la validez constitucional de la prueba de extracción compulsiva de sangre, lo que presupone un exhaustivo análisis de los términos en que se plantea el conflicto entre dos derechos fundamentales; el derecho a la intimidad y el derecho a la verdad objetiva. Puede advertirse en forma manifiesta la colisión; por un lado, del derecho a la libertad de intimidad o a la autonomía personal del presunto hijo de desaparecidos, que no desea conocer su identidad biológica. Y por el otro, el derecho a la verdad objetiva o biológica, del que son titulares los familiares de las personas desaparecidas que quieren conocer y posiblemente reconstruir, los vínculos filiatorios perdidos como consecuencia del accionar del Estado argentino, en un determinado período de nuestra historia.

Estos derechos se advierten como antagónicos, ya que la discusión se plantea en términos de ponderación de uno sobre el otro, en forma constante. Sin embargo, en este caso como en cualquier otro de colisión de derechos, es posible encontrar puntos de armonía. Para arribar a la solución del conflicto, es necesario remitirnos a las argumentaciones esgrimidas por la doctrina jurídica acerca de la confrontación de derechos, en términos genéricos.

Previamente a introducimos en el análisis de los distintos métodos de resolución ante el supuesto de conflictividad de derechos, es relevante mencionar que en torno a este aspecto existen dos posturas contradictorias.

La primera, propia de las doctrinas ius naturalistas, se inclina por la negación de la posibilidad de confrontación entre normas jurídicas naturales. Siguiendo esa línea de razonamiento, se considera que al emanar el derecho de la sabiduría divina; es universal, inmutable y absoluto, por lo que no puede contener objeciones, de allí surge que las rivalidades jurídicas sólo se admiten en un concreto ordenamiento positivo. Por ello entienden que en el derecho natural no hay colisión real, sino aparente, porque uno de los derechos que se cree en pugna, no es tal, y en consecuencia; únicamente subsiste el que debe imperar dentro del orden armónico de la naturaleza. (1)

La segunda postura —casi exclusiva de los positivistas— propicia criterios de evaluación flexibles, tendientes a determinar qué derecho deberá sobreponerse al otro. Parte de reconocer la existencia de intereses enfrentados, pero como la finalidad del orden jurídico no es otra que buscar una justa conciliación para alcanzar el fin social de la humanidad, se asegura la preponderancia de los que resultan principales para la comunidad. (2)

La mayoría de la doctrina tradicional (3) aborda el tema desde una óptica de derechos antagónicos, argumentando que es inevitable que los derechos colisionen unos con otros, dado que los límites entre éstos son imprecisos y vagos. Por consiguiente, se torna necesario hacer prevalecer uno de éstos, postergando al otro; elección que tendrán que realizar los jueces ante el caso concreto, para determinar en definitiva, qué derecho debe sacrificarse y cuál ponderarse.

No obstante, la disputa no requiere de mayorazgos a fin de lograr una solución, por el contrario, al finalizar

cada contienda todos los derechos permanecen en un mismo pie de igualdad. En efecto, así como no hay derechos absolutos, tampoco hay liderazgos permanentes. En algunos casos, se privilegia un derecho sobre el otro, pero esta elección solamente indica una tendencia, es decir, un criterio único aplicable al litigio correspondiente. (4)

Si bien el punto de partida sobre la interpretación de las prerrogativas constitucionales es que los derechos coexisten, es decir que son armónicos entre sí, dado que la Constitución es un conjunto de derechos individuales y sociales que gozan de igualdad jerárquica, por lo que la convivencia entre ambos debe ser pacífica; no puede desconocerse, que muchas veces —en casos concretos— se advierte una presunta colisión entre derechos. Esta última hipótesis se constituye cuando en un determinado supuesto, un derecho es diametralmente opuesto a otro; de manera tal que su existencia implica la anulación del derecho que está enfrente.

Cabe agregar a lo expuesto, que en realidad el conflicto se da sólo aparentemente entre los derechos, porque el antagonismo verdadero se presenta entre las pretensiones y los intereses individuales de cada una de las partes en litigio. Lo que existe, son derechos que poseen entre sí puntos de contacto —no conflictos propiamente dichos— tal es el caso del principio de autonomía personal y el derecho a la verdad objetiva. Más aún, podría argumentarse que hay derechos que son tendencialmente opuestos, ya que en su formulación abstracta no contienen los mecanismos que posibiliten su armonización, máxime teniendo en cuenta que los bienes humanos que pretenden amparar pueden tender hacia contenidos divergentes. (5)

En otras palabras, para la doctrina moderna (6) la confrontación de derechos no existe, sino que el punto neurálgico de la discusión está en el interés de las partes en cada uno de los procesos. No son las normas jurídicas las que confrontan; en sentido contrario, el antagonismo se produce entre los sujetos en conflicto. Cada individuo alega que su derecho fundamental ha sido menoscabado por la conducta de otro, que a su vez esgrime la violación de un precepto constitucional. Por ende, se trata de una contienda de intereses subjetivos, antes que de una oposición de normas constitucionales. (7)

Dicho de este modo, pareciera que se trata de una cuestión meramente teórica; sin embargo, es trascendental mencionar que la postura que se adopte en torno a este tema es de suma relevancia, porque terminará condicionando la interpretación jurisprudencial ante una hipótesis de conflicto entre derechos fundamentales.

A efectos de darle solución a esta situación de conflictividad, generalmente se utilizan dos métodos disímiles de decisión constitucional, por un lado; el principio de jerarquización de los derechos, y por el otro; el denominado "balancing test".

El primer sistema, consiste en establecer niveles de jerarquía entre derechos constitucionales. Así, se plantea la existencia en abstracto de un orden jerárquico entre los derechos fundamentales, que lleva a determinar ante un conflicto concreto, qué derecho deberá prevalecer sobre el otro. Obviamente será aquél que posea el rango jerárquico superior en el régimen de categorización.

El segundo sistema de interpretación constitucional, utilizado para superar las tensiones que se presentan entre derechos fundamentales, es el rotulado como "balancing test". Se trata de una creación de la doctrina estadounidense, traducida como la búsqueda de equilibrio o balanceo entre derechos.

Este método se basa en la evaluación de los bienes jurídicos en colisión, teniendo en cuenta las diferentes circunstancias existentes en un determinado proceso, para luego resolver qué derecho prevalece, a efectos de otorgarle solución al litigio. La decisión a la que se arribe únicamente tendrá aplicación en ese caso concreto. Es decir, que no existe un orden jerárquico que reconozca, en abstracto, el rango superior de un derecho; sino que una vez que se manifiesta la confrontación, se opta por uno de los derechos en pugna, ponderando los elementos característicos del proceso.

Independientemente de la técnica que se adopte, lo cierto es que la cuestión a dilucidar implica la realización de una ardua tarea de interpretación y ponderación sobre los derechos, garantías y principios constitucionales involucrados. Sabido es, que la Constitución Nacional no establece derechos absolutos, sino que por el contrario, son susceptibles de reglamentación legal conforme surge de los artículos 14 y 28 de la Ley Suprema. Es decir, que el pleno ejercicio de los derechos encuentra su límite en la reglamentación, siempre que ésta sea razonable o responda al criterio de proporcionalidad.

La regla de la razonabilidad se articula en tres subprincipios; 1) idoneidad; implica que toda reglamentación deberá ser adecuada para contribuir a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, 2) necesidad; significa que entre todas las medidas que ofrecen la misma aptitud para alcanzar el objetivo propuesto, se escogerá la más benigna y, 3) proporcionalidad en sentido estricto; principio que exige una adecuada relación, entre la finalidad perseguida y el significado del derecho intervenido. En caso de no cumplirse con estos principios básicos, se vulnera el derecho fundamental involucrado. (8)

En tal sentido, cobra vital importancia la regla de razonabilidad consagrada en el artículo 28 Constitucional, en virtud del cual las declaraciones, derechos y garantías no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. En consonancia, la Corte Suprema ha reiterado en varios precedentes, (9) que "(...) la interpretación de las normas constitucionales ha de realizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente. Para obtener dicha unidad la correcta inteligencia de sus cláusulas no alterará el equilibrio del conjunto dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de todas las demás (...)".

De ello se desprende que ante un conflicto entre dos derechos de igual jerarquía, deberá ponderarse aquella interpretación que permita conciliar el contenido de los mismos, tendiente a asegurar el efectivo ejercicio de ambos.

A tal fin, será necesario determinar, por un lado, a qué límites se encuentra sujeto el derecho a la intimidad del supuesto hijo de desaparecidos; y por el otro, si el derecho a la verdad objetiva de la presunta familia biológica, constituye una limitación al principio de autonomía personal. Para ello se torna indispensable realizar previamente, un estudio de cada uno de estos derechos que permita explicar sus fundamentos.

2. Protección constitucional del derecho a la intimidad.

El Estado Social y Democrático de Derecho se justifica en la medida que permite en primer lugar, el desarrollo individual y la libre autodeterminación del individuo y, en último término, en el grado que asegura al ciudadano ser realmente libre.

El eje sobre el que se articulan las configuraciones políticas es en esencia la persona humana. La totalidad de los derechos de la personalidad requieren un mayor acercamiento, un estudio más amplio, y en todo caso una aproximación jurídica. Pero no en base a la idea que destaca o da importancia a éstos, por el número de veces que son violados o de los que se tiene una mayor conciencia; y sí de aquélla que tiene su origen en lo más innato de la persona, en lo más radical de la estructura social. Uno de estos derechos es indudablemente el derecho a la intimidad, (10) el que está garantizado expresamente en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Se otorga el mismo grado de protección a esta prerrogativa en el artículo 18, al disponer que son inviolables la libertad de comunicación y de domicilio; que sólo a través de una ley se determinará en qué casos, y con qué justificativos podrá procederse al allanamiento y ocupación domiciliaria.

En la reforma constitucional de 1994 se incorpora el artículo 43 —tercer párrafo— que reconoce la garantía de habeas data, la cual otorga la posibilidad de hacer efectiva la tutela del derecho a la autodeterminación informática. Asimismo, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, contienen un abanico de normas tendientes a preservar el derecho a la intimidad. (11)

Este derecho fundamental se encuentra reglamentado en el artículo 1071 bis del Código Civil. (12) Si bien menciona el resguardo de la "vida ajena", el bien jurídico tutelado es la vida ajena en lo que hace a su aspecto privado. Sin embargo, no todos los hechos que conforman la vida de otras personas están amparados por las disposiciones del Código Civil, sino sólo aquéllos que se consideran pertenecientes al ámbito de reserva de la existencia de cada individuo.

Del análisis sistematizado e integrador de la normativa referida al derecho fundamental a la intimidad, surgen, tal como lo he señalado en otras oportunidades, (13) cuatro niveles de protección: 1) el principio de autonomía personal, 2) el derecho a la intimidad, 3) el derecho a la privacidad y, 4) el derecho a la autodeterminación informática.

Pocos autores han establecido una diferencia clara entre los conceptos de intimidad y privacidad, (14) en forma genérica la doctrina los utiliza como sinónimos, o por lo menos, de manera indistinta en la mayoría de los

casos. (15)

La propia Corte así lo hace en "Ponzetti de Balbín". (16) En este precedente, el Máximo Tribunal delimitó el contenido del derecho a la privacidad entendiendo que no sólo comprende la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad; sino también a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas, tales como la integridad corporal o la imagen. Asimismo, señaló que nadie puede dar a conocer información no destinada a ser difundida sin su consentimiento. Agrega, que sólo por ley podría justificarse tal intromisión siempre y cuando exista un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (Considerando 8°).

El concepto de intimidad está directamente vinculado con el de privacidad, existe entre ambos una relación de género —privacidad— a especie —intimidad—, es decir, que lo íntimo es más "íntimo" que lo privado. Al hablar de privacidad incide de manera fundamental el lugar o ámbito donde se realicen los actos privados, y el grado de expectativa de privacidad que una persona puede esperar en determinadas circunstancias. Todos tenemos la misma protección en relación al derecho a la intimidad, en ésta, nadie por ningún motivo, puede tener acceso sin nuestra autorización. Sin embargo, no todos tenemos la misma protección a la privacidad, dado que un personaje público o famoso tendrá una expectativa menor de privacidad que alguien anónimo o desconocido.

La privacidad o vida privada es aquello genéricamente reservado, por ejemplo; el estado civil de una persona o si tiene hijos. La "intimidad" es lo que está absolutamente vedado al conocimiento de los demás; las relaciones sexuales dentro de ese matrimonio, si la persona en cuestión no se casó o no tuvo hijos porque es homosexual y eligió no tenerlos, si tiene un impedimento físico, o simplemente porque decidió no ser madre o padre. (17)

2. a. El principio de autonomía personal.

El principio de autonomía de la persona humana es uno de los ejes del sistema de derechos individuales, y por lo tanto, del Estado Constitucional de Derecho que tiene como fin esencial al ser humano, a diferencia de las formas totalitarias cuyos fines son "transpersonalistas", es decir, más allá de la persona humana ya que el fin es el Estado en sí mismo.

Este principio que también podemos denominar de reserva o autorreferencia está contenido en el artículo 19 de la Constitución que en su primera parte establece; "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exenta de la autoridad de los magistrados". Esta norma, es el reaseguro de quienes siendo adultos y con plena capacidad se niegan a conocer su verdadera identidad.

El precepto constitucional recepta el principio de autonomía personal y el derecho a la privacidad en forma específica, como norma de apertura del sistema de derechos individuales. Es un principio cardinal de nuestro orden jurídico, y tal como explicaba Nino (18) tiene un carácter tan básico que la mayoría de los derechos reconocidos en el artículo 14, son instrumentales en relación a éste. Tales derechos no serían significativos si no estuvieran en función de la libertad de cada individuo, de elegir su propio plan de vida y juzgar por sí mismo la validez de los diferentes modelos de excelencia humana, decidiendo qué cosas pertenecen y cuáles no, al ámbito de su privacidad. El autor expresa, que "la intimidad es una esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás y se materializa en el derecho a que los demás no tengan información documentada sobre hechos, respecto de una persona, que esta no quiere que sean ampliamente conocidos".

El principio de autonomía implica que cada persona adulta, mayor de edad —excluye a los menores— con consentimiento; es decir, que posea discernimiento, intención y libertad —no se aplica a incapaces que no pueden comprender sus actos— puede escoger el que considere "mejor" plan de vida para sí misma, aunque éste implique un daño personal. Sólo el daño a terceras personas opera como límite a la elección del propio plan elegido. (19)

Ello por cuanto, si bien atendiendo a la literalidad del artículo 19 se podría afirmar que los límites a la libertad de intimidad son la ofensa al orden y a la moral pública, como también el perjuicio a terceros. Lo cierto

es, que el concepto de orden público carece de validez universal dado que es un término relativo y dinámico, motivo por el cual no puede ser un obstáculo al ejercicio del principio de autonomía personal. Algo que en un determinado momento histórico y socio-cultural fue considerado como de orden público, puede dejar de serlo con el devenir del tiempo. Esa relatividad y dinamismo es con mayor fuerza aplicable a la definición de moral pública. Siguiendo esta línea argumental, puede concluirse válidamente que el único límite frente a la libre voluntad de las personas en el ejercicio de sus derechos fundamentales, lo constituye la consumación de un daño directo a los derechos de los demás. (20)

Entonces, mientras que el derecho a la privacidad o intimidad surge como un reclamo de no exposición al público o a la sociedad, el principio de autonomía aparece como un reclamo al respecto más absoluto por las conductas "autorreferentes", es decir la no intervención estatal en los planes de vida que cada uno elige, reconociendo como único límite el de no dañar a terceros.

John Stuart Mill (21) ha sostenido que, "El único fin por el cual la humanidad tiene permitido, individual o colectivamente, interferir en la libertad de acción de cualquiera de sus miembros, es la autoprotección. El único propósito por el cual el poder puede ser concretamente ejercido sobre cualquier miembro de una sociedad civilizada, en contra de su voluntad, es prevenir el daño a otros. Su propio bien, sea físico o moral, no es justificación suficiente".

A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Halabi", (22) adoptando excelentes estándares, señaló que "el derecho a la intimidad y la garantía consecuente contra su lesión actúa contra toda "injerencia" o "intromisión" "arbitraria" o "abusiva" en la "vida privada" de los afectados". Asimismo recordó que la Corte IDH (23) ha expresado, que "el poder del Estado para garantizar la seguridad y mantener el orden público no es ilimitado, sino que, su actuación está condicionada por el respeto de los derechos fundamentales de los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción y a la observación de los procedimientos conforme a derecho".

Sin perjuicio que en el punto 4 denominado "Lineamientos Jurisprudenciales" del presente trabajo, se analicen exhaustivamente los precedentes de mayor trascendencia en la materia que nos ocupa, es de suma importancia reseñar que la jurisprudencia constitucional no ha sido en absoluto ajena al tema en análisis. Por el contrario, el Alto Tribunal desde hace aproximadamente tres décadas, se ha ocupado de ir delineando los contornos del principio de autonomía personal en varios de sus pronunciamientos.

Así, el punto de partida puede situarse en el año 1978 con el fallo "Colavini", (24) en el que utilizando argumentos visiblemente perfeccionistas, subrayó que la autodegradación moral que el consumo estupefacientes implica, constituía razón suficiente para que el Estado interfiriera tratando de inducir a los individuos a adoptar modelos de conducta consideradas dignas. No obstante, a partir del año 1986 en autos "Capalbo" (25) y "Bazterrica" (26) se advierte un cambio radical de criterio, produciéndose un notorio avance hacia la plena vigencia del principio de autonomía personal, doctrina que fuera consolidada recientemente en el caso "Arriola". (27) Sin duda, en éstos últimos —así como en "Vázquez Ferrá"— (28) se anotan los más destacados estándares en la materia.

Otros fallos que pueden señalarse como "aperturistas", dado que contribuyeron a ampliar el ámbito de protección del principio de autorreferencia son "Sejean c/ Zaks de Sejean", (29) "Portillo" (30) y "Bahamondez", (31) todos versaban sobre el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia. A esta misma dirección apunta la línea jurisprudencial preponderante en materia de derechos reproductivos, donde tanto la Corte en "Portal de Belén", (32) como el Superior Tribunal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en autos "T. S. c/ GCBA s/ amparo", (33) con sólidos argumentos adscribieron al principio de autonomía personal.

Resta mencionar que el Máximo Tribunal se ha apartado de esta postura, en varios casos referidos al principio de reserva y elección sexual; sirva de ejemplo lo decidido en "Comunidad Homosexual Argentina —C.H.A.—". (34) Este criterio jurisprudencial ha sido reafirmado por la Cámara Nacional de Apelaciones en "Asociación Argentina de Swingers c/ Inspección General de Justicia —I.G.J.—". (35) Finalmente en el año 2006, en "Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual", (36) la Corte decidió ponderar nuevamente el principio de autorreferencia.

3. El derecho a la verdad objetiva

La verdad histórica hace referencia a la existencia de un hecho determinado, sin cuestionar su aspecto positivo o negativo, ni emitir juicios de valor al respecto. Se trata de poner a disposición del conocimiento de las personas, un suceso fáctico. Desde esta perspectiva, el derecho a la verdad cobra vital importancia en situaciones de violaciones a los derechos humanos, donde el Estado tiene la obligación de investigar, procesar y finalmente condenar a los responsables, como también de informar a las víctimas y a toda la sociedad cómo sucedieron tales acontecimientos. (37)

El denominado "derecho a la verdad" fue reconocido en forma implícita, por la jurisprudencia de la Corte IDH, en aquellos casos de violaciones a derechos humanos protegidos expresamente por el Pacto de San José de Costa Rica. En efecto, en el decisorio "Velázquez Rodríguez" (38) sostuvo que "el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance".

Una década más tarde, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia "Petric" (39) comienza a elaborar una tenue insinuación acerca de esta prerrogativa fundamental, manifestada a través del deber de veracidad que recae sobre los medios de comunicación. En este orden de ideas, el ministro Boggiano señala; "En el ámbito de la información a través de la prensa, uno de los supuestos del vínculo entre informador y receptor es la veracidad; el receptor espera del emisor una información veraz, y este último espera ser creído por el primero" (Considerando 6° de su voto). En idéntico sentido Fayt puntualiza que, "(...) la tarea de informar importa tender a la verdad objetiva, en tanto la comunicación está destinada a servir al ciudadano para que éste construya su propia visión de la cuestión que se comunica. Lo que se exige al periodista —y hoy más que nunca al medio de prensa— no es la objetividad metafísica, sino honestidad profesional, es decir veracidad; fin que se alcanza al presentar todas las facetas posibles de una realidad cada día más compleja e incomprensible" (Considerando 20 de su voto).

Con mayor precisión, la disidencia Boggiano en autos "Suárez Masón" (40) hace expresa referencia al derecho a conocer la verdad. Formalmente entendió que, "(...) el derecho consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituido por los sentimientos y las relaciones familiares de proximidad existencial y, por lo tanto, el desconocimiento de la verdad acerca de las circunstancias de la desaparición de su hija y de dónde se hallan sus restos afecta gravemente su derecho a la identidad y a la intimidad, que en su fase positiva, habilita la presentación (...)" (Considerando 14 de su voto).

Mención especial merece el fallo "Urteaga", (41) en el que el Alto Tribunal determinó el alcance y contenido del derecho a la verdad objetiva. (42) Así, juzgó; "Que dentro de esos derechos protegidos por la cláusula del art. 33 (...) se encuentra el derecho a conocer la verdad sobre personas desaparecidas con quienes existen vínculos jurídicos familiares que originan derechos subjetivos familiares, ya que tal derecho emana substancialmente del principio republicano y de la publicidad de los actos de gobierno que surge de tal principio y que —según el recurrente— ha sido violado en el caso por la omisión del Estado en dar información acerca del paradero o destino de su hermano" (Considerando 20 del voto del ministro Bossert).

A mayor abundamiento, Petracchi consideró; "Que en la medida en que lo solicitado representa el ejercicio de un interés legítimo, y en tanto ello no vulnera en modo alguno la intimidad de terceros, no cabe restringir la legitimación activa del recurrente, con base en que no se trata de "datos referidos a su persona". Pues proteger el derecho a conocer todo lo relativo a la muerte de un familiar cercano ocurrida en las circunstancias referidas significa, en última instancia, reconocer el derecho a la identidad y a reconstruir la propia historia, los cuales se encuentran estrechamente ligados a la dignidad del hombre" (Considerando 16 de su voto).

Similar criterio es adoptado por un sector de la doctrina, (43) en el entendimiento que el sistema de derechos tiene como fin afianzar un procedimiento garantista en el que la víctima del delito ocupe el rol central. Es decir, que aún en los casos concretos donde la percepción penal no pueda ejercerse respecto de determinados delitos y autores, se atenderán otros aspectos, que sin estar orientados a sancionar, estén estrechamente vinculados con el denominado derecho a la verdad.

En suma, descubrir la conducta presuntamente delictuosa y su autoría para comprobar si deben establecerse sanciones o no, continúa siendo el núcleo primario del proceso penal, pero cuando se incorpora la tutela de la víctima en un lugar de privilegio; la extinción de la acción penal en su versión clásica no agota el litigio. En estas hipótesis, se realizarán investigaciones encaminadas a satisfacer los derechos de aquéllas.

La verdad procesal en su acepción clásica, connota la correspondencia o concordancia entre el evento empírico o *quaestio facti*, y el evento normativo o *quaestio juri*. La definición de la verdad procesal estará mediada por un procedimiento de comprobación empírica, a través de la prueba del acaecimiento del hecho y de una interpretación —lo suficientemente armónica— del contenido de la prescripción, para arribar a la dilucidación de la posible identidad entre facticidad y descripción normativa de la misma. (44)

Se suele reconocer a la filiación y a la identidad como dos derechos que se complementan recíprocamente; mientras la filiación se condice con la identidad de la persona, esta última a su vez, se encuentra íntimamente relacionada con sus vínculos filiatorios. Los seres humanos simplemente por su condición, tienen derecho a conocer su origen. Siguiendo estos argumentos puede afirmarse que la primera identidad de las personas es la filiación.

El punto de conflicto aparece, cuando la faz estática de la identidad, como por ejemplo los datos identificatorios, se encuentra dislocada de la faz dinámica —vínculos familiares, vida en relación, etc.— Ello ocurre en el momento que la filiación establecida de una persona y su emplazamiento familiar, no se corresponden con su realidad biológica. (45) En tal sentido, es necesario advertir que el derecho a la identidad no produce efectos exclusivamente en su titular, por el contrario, también involucra a cada uno de los integrantes de la familia. Justamente, la identidad de cada componente del grupo familiar está basada en la interacción con los otros miembros.

Los vínculos filiatorios constituyen una relación, lo que equivale a decir que no atañen a un solo sujeto, sino que —en un sentido amplio— abarca a toda descendencia en línea directa, comprensiva de la serie de intermediarios o anillos de la cadena que vinculan a una persona determinada con cualquiera de sus antepasados. Desde esta perspectiva, reposando la filiación por lo general en el presupuesto biológico, se deduce sin esfuerzo que la determinación de la identidad genética afecta no sólo a aquél de cuya identidad se trata, sino también a todos los que con éste están entrelazados por un supuesto vínculo de parentesco. (46)

Sentado ello, resulta lógico que el ordenamiento jurídico reconozca el derecho de los terceros afectados, a interponer la acción correspondiente, con la finalidad de establecer los vínculos familiares, esto es, el derecho que les asiste a la familia biológica de buscar y conocer la verdad real.

4. Lineamientos jurisprudenciales

4. a. "Vázquez Ferrá".

Un precedente paradigmático de la Corte Suprema en torno a esta temática, está dado por la sentencia "Vázquez Ferrá". La causa se originó en la querrela promovida por la madre de Susana Pegoraro, con motivo de la desaparición de su hija en el año 1977, quien se encontraba embarazada de cinco meses. A su vez, manifiesta que su nieta nació cuando su hija estaba detenida en la Escuela de Mecánica de la Armada, y que habría sido entregada al Sr. Policarpo Vázquez —quien se desempeñaba en la base naval de submarinos de Mar del Plata— e inscripta en el Registro Civil como Evelin Karina Vázquez Ferrá.

La Cámara confirmó la resolución de primera instancia, en cuanto había dispuesto; 1) retener los documentos filiatorios de Evelin Vázquez Ferrá, y 2) la realización de una prueba hemática sobre la nombrada, a fin de determinar su verdadera identidad. La Alzada ordenó que la prueba se lleve a cabo con el auxilio de la fuerza pública, en el hipotético caso que Evelin no prestara su consentimiento. Contra ese pronunciamiento la querellada —Vázquez Ferrá— interpone recurso extraordinario, en el entendimiento que la medida ordenada implicaba una clara vulneración a varios derechos constitucionalmente reconocidos.

La Corte aplica excelentes estándares al erigirse en defensora de la autonomía personal de la recurrente, y por mayoría decidió declarar inadmisibles la procedencia de la extracción compulsiva de sangre, al considerar que "(...) forzarla a admitir dicho examen, resultaría violatorio de respetables sentimientos y consecuentemente,

del derecho a la intimidad asegurado por el artículo 19 de la Constitución, a más de constituir una verdadera aberración la realización por medio de la fuerza de la extracción a la cual se niega" (Considerando 10).

Es preciso destacar la disidencia parcial del ministro Maqueda, quien expresa que si bien hay un agravio a derechos humanos básicos, tales como; la privacidad, la incoercibilidad, la esfera de intimidad, la dignidad de la persona, la integridad física, psíquica y moral, y a la vida familiar; lo que debía dilucidarse en el caso, es si el juez está facultado a ir en contra de la libre voluntad emanada de una persona adulta, no sólo en relación a la falta de consentimiento para la extracción de sangre, sino, en cuanto a la negativa a que esa medida, además se utilice como base probatoria en contra de terceros, a los que siente como sus padres, aún en conocimiento de que ello puede no ser así.

Argumenta que el Alto Tribunal ha señalado en el mencionado precedente "Ponzetti de Balbín", que el derecho a la privacidad e intimidad sustentado en el artículo 19 de la Constitución, se encuentra. "(...) en relación directa con la libertad individual y protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas; la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, (...) y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen. No obstante, concluye que es imperioso conjugar armoniosamente aspectos propios de la esfera de la intimidad de las personas, protegidos por la norma constitucional, con otros que la trascienden y acaban por interesar a la sociedad en su conjunto, obvio objeto de protección del orden normativo.

Si bien no pude soslayarse la solidez argumental del voto de referencia, consideramos oportuno destacar que el decisorio de la mayoría implica una defensa señera del principio de autonomía personal.

4.b. "Gualtieri de Prieto".

Aproximadamente seis años después, la CSJN limita su postura en defensa del principio de reserva en autos "Gualtieri de Prieto". (47) En el caso, la Asociación Madres de Plaza de Mayo promueve denuncia por la desaparición de noventa y cinco niños, presuntamente hijos de personas desaparecidas durante el último gobierno militar, entre los que se encontraba la menor G. G. P.

La Sra. Petrona Catalina Izaguirre de Peralta actúa como querellante en la causa por tratarse de la madre de María Ester Peralta, quien fuera secuestrada en el año 1976 y posteriormente desaparecida al momento de cursar el quinto mes de embarazo, por lo que la actora adjudica a G. G. P. la posibilidad de ser su nieto biológico.

El objeto de las actuaciones se circunscribe a determinar la responsabilidad criminal de quienes en la actualidad son legalmente sus padres —G. A. P. y E. E. G. de P.—, los que se encuentran imputados de haber participado en la sustracción del menor G. cuando era un recién nacido, y en consecuencia, de haber alterado su identidad.

En primera instancia se ordenó que los imputados concurrieran —con el entonces menor— al Banco Nacional de Datos Genéticos a fin de realizar un examen de histocompatibilidad, mediante la extracción de una muestra de sangre. El matrimonio se opone a la realización de la prueba apoyado por el menor, quien al cumplir la mayoría de edad, interpone recurso extraordinario cuestionado la medida.

Tal situación motivó a que la juez interviniente, dispusiera el allanamiento en el domicilio del recurrente a fin de determinar la verdad biológica del supuesto hijo de desaparecidos, por medios alternativos a la extracción de sangre. Del mismo modo, ordena una pericia sobre los elementos secuestrados, tendiente a la obtención de una muestra de ADN para realizar los estudios de histocompatibilidad.

La decisión fue impugnada por G. G. P. en el entendimiento que violentaba sendos preceptos constitucionales, toda vez que prescribía contra su voluntad, la utilización de material biológico de su

propiedad, obligándolo a constituirse en objeto de prueba contra quienes él consideraba sus padres.

La Cámara Federal confirma el fallo de primera instancia. Para así resolver, ponderó que la interposición del recurso extraordinario contra la resolución que ordenaba la extracción compulsiva de sangre, no impedía la realización de otras medidas probatorias, dado que de admitirse lo contrario se paralizaría la investigación. Contra este pronunciamiento, se deduce nuevamente un recurso extraordinario.

El Máximo Tribunal por mayoría, declaró procedente el remedio federal y confirmó la sentencia recurrida. Expresó claramente que el allanamiento domiciliario realizado con la finalidad de obtener el ADN del supuesto apropiado, por medios alternativos a la extracción compulsiva de sangre, no contradecía derechos de jerarquía constitucional, tales como la vida, la salud, la integridad corporal y la intimidad. Ello, por cuanto la muestra había sido tomada sin invadir el cuerpo del recurrente, y su utilización tenía como fin último la tutela del interés público, manifestado en el derecho a la verdad objetiva.

Teniendo en cuenta que en el caso existía una confrontación de derechos de similar rango, el Alto Tribunal juzgó necesario lograr un punto de equilibrio entre ambos. Es decir, determinar de qué forma podía esclarecerse el derecho a la verdad biológica sin vulnerar la autonomía personal del recurrente, o en su caso, a costa de una mínima restricción en las prerrogativas de las víctimas involuntarias —niños, ahora adultos, apropiados— durante la última dictadura militar.

Siguiendo esta línea argumental, la Corte concluye que la medida ordenada no resulta violatoria de disposiciones constitucionales, toda vez, que la producción de la misma no ocasiona restricción alguna a derechos fundamentales del supuesto hijo de desaparecidos. Por el contrario, encuentra razonable fundamento en la necesidad de salvaguardar el deber del Estado, de investigar y sancionar los hechos reputados como delitos; máxime, que en el caso se trataría de la desaparición forzada de personas, y en consecuencia, de un delito de lesa humanidad (Considerando 20 del voto de la mayoría).

El Juez Maqueda en consonancia con el voto emitido en el precedente "Vázquez Ferrá", reitera, que si se encuadra a la extracción de una muestra de sangre como procedimiento válido para la obtención de la prueba en este tipo de litigios; con mayor razón aún, cabe aplicar ese estándar a las muestras de material biológico, el que a su criterio, resulta independiente de la voluntad del apelante, como sucede en la presente causa.

Finalmente, es preciso mencionar la disidencia parcial de los ministros Lorenzetti y Zaffaroni, quienes manifiestan que el pronunciamiento presenta una tensión extrema de valores y principios. En primer lugar, puntualizan que se cometió un crimen de lesa humanidad, y dado su carácter permanente se sigue perpetrando aún en la actualidad. En segundo lugar, toman en cuenta el deber que le asiste al Estado de sancionarlo, por lo que es absolutamente innecesaria la demora en aplicar las penas correspondientes, y con ello dar fin a la continuidad del delito.

Si bien advierten que el transcurso del tiempo ha generado efectos en todas las víctimas en general, tanto en el presunto hijo de desaparecidos, como en los supuestos familiares biológicos. No obstante, puntualizan que la pretensión punitiva del Estado puede producir lesiones irreparables en los derechos de la presunta víctima de apropiación. Tanto, como la no persecución del crimen puede menoscabar el derecho a la verdad de los supuestos familiares biológicos.

A pesar de lo razonado, entienden que la cuestión fundamental a dilucidar recae en la colisión existente entre la autonomía de la voluntad de la víctima, y el derecho a la verdad de los supuestos familiares biológicos; esto es, dos derechos igualmente legítimos y protegidos por normas constitucionales. En suma, derechos que gozan de la máxima jerarquía normativa. (48)

Concluyen que; a) En relación al poder punitivo del Estado, éste no puede habilitar una coacción que violenta a la víctima gravemente contra su voluntad, por el sólo hecho de invocar un supuesto interés social, como ocurriría si se autorizara la extracción compulsiva de sangre. En efecto, no es posible "(...) legitimar el pretendido jus puniendo del Estado en base a la obligación jurídica internacional de castigar a los responsables de crímenes de lesa humanidad. Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, es verdad que el Estado está obligado por el derecho internacional plasmado en las convenciones y en el jus cogens a perseguir y sancionar a los responsables de crímenes de estado contra la humanidad y en forma especial en el

caso de desaparición forzada de personas. Pero también es verdad indiscutible que el derecho internacional de los derechos humanos obliga a la protección de las víctimas y que la víctima indiscutible de este crimen —aunque no la única— es la propia persona desaparecida" (Considerando 13) del voto de los ministros Lorenzetti y Zaffaroni).

b) El conflicto persistirá igualmente si la plena satisfacción de un derecho, conduce a la lesión de otro con igual jerarquía —como ocurre en el presente caso— debido a que si se hace lugar a la búsqueda de la verdad perseguida por los supuestos familiares biológicos, se vulnera la autonomía personal del presunto hijo de desaparecidos. Por ello, entienden que es necesario recurrir a la ponderación de principios jurídicos para arribar a la solución del conflicto. Consintiendo que; "(...) el respeto al derecho a la verdad de la presunta familia biológica no requiere necesariamente que la otra víctima (secuestrada) cargue con todas las consecuencias emocionales y jurídicas del establecimiento de una nueva identidad formal o jurídica; bastará con que la familia biológica sea informada de la identidad y de ese modo se ponga fin a la búsqueda de décadas y termine la comisión del delito (...)".

De esta forma, quedaría garantizado el derecho a la verdad de los querellantes; y el presunto hijo de desaparecidos podría informarse o no de ese resultado, lo que en modo alguno aumentaría el daño que ya le ocasiona la propia sospecha de no guardar vínculo biológico con la que él considera su familia. En virtud de este razonamiento, expresan que la medida debe disponerse al sólo efecto de satisfacer el derecho a la verdad de la presunta familia biológica, quedando vedado cualquier pretensión con otra finalidad jurídica (Considerando 22 de su voto).

4.c. "Noble Herrera".

Finalmente, resulta de interés realizar un breve análisis acerca de los acontecimientos sucedido en el caso "Noble Herrera". (49) Cabe recordar, que las actuaciones se iniciaron en consecuencia de la denuncia efectuada por la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, contra Ernestina Herrera de Noble por la adopción en el año 1976 de dos niños, supuestamente sustraídos a sus padres durante el último gobierno militar. El juez federal de primera instancia ordenó un examen compulsivo de histocompatibilidad a fin de comparar los patrones genéticos de los presuntos hijos de desaparecidos, con los de las dos familias querellantes. La Sra. Herrera Noble apela la decisión, y a su vez solicita la recusación del magistrado, aunque la Alzada sólo hace lugar al último requerimiento.

Inmediatamente, los hermanos Herrera Noble aceptan someterse a la extracción de sangre, con la condición que fuese realizada por el Cuerpo Médico Forense mediante el método conocido como "de exclusión", que consiste en la decodificación gradual hasta alcanzar los patrones genéticos que permitan descartar el lazo sanguíneo con los querellantes, evitando su decodificación completa.

El nuevo juez de la causa —casi un año después— ordenó la realización del examen de conformidad con lo solicitado por los afectados. Decisorio que resultó apelado por la querrela, que proponía la intervención del Banco Nacional de Datos Genéticos, oponiéndose a las restricciones impuestas por pedido de la familia Noble. La Cámara dispuso que se llevara a cabo la extracción de sangre como había sido resuelta originariamente, es decir ante el Banco Nacional de Datos Genéticos, independientemente del consentimiento de los involucrados.

Contra este pronunciamiento, Marcela y Felipe Noble Herrera interponen recurso de casación. La Cámara de Casación Penal juzgó que el recurso estaba mal concedido, por entender que en realidad lo que se pretendía, era reinstalar un tema que a criterio del Tribunal estaba precluido, como era la extracción compulsiva de sangre. Motivo por el cual presentan un recurso extraordinario en defensa del derecho a la intimidad de ambos hermanos, por considerar que se producía una lesión, al ordenar que se descifrara contra su voluntad, el mapa genético que revelaría su identidad biológica. La Corte decide dejar sin efectos la sentencia recurrida y devolver las actuaciones al juzgado de origen para que dicte una nueva resolución.

En forma reciente, la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín (50) volvió a rechazar el recurso presentado por los hermanos Noble Herrera contra el fallo del Juzgado Federal N° 1 de San Isidro, el que nuevamente dispuso; "La extracción directa, con o sin consentimiento, de mínimas muestras de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas, pertenecientes en forma indubitada a Marcela y Felipe Noble

Herrera, las que resultan necesarias para dar curso al peritaje de polimorfismo de ADN con fines identificatorios".

Si bien la importancia jurídica y política que reviste el caso justifica su tratamiento, lo cierto es que aún se encuentra pendiente de resolución. Será de esperar que el Máximo Tribunal se expida y determine definitivamente si la extracción compulsiva de sangre en estos supuestos, resulta o no violatoria de preceptos constitucionales. Es decir, la Corte debe resolver si continúa los lineamientos esbozados en "Gualtieri de Prieto" o, si por el contrario, retoma los excelentes estándares que aplicó en "Vázquez Ferra".

5. Reflexiones finales

Ciertamente, el supuesto en estudio implica una dificultosa ponderación de derechos, toda vez que existen dos intereses contrapuestos de similar rango y jerarquía. Es indudable que en estos procedimientos uno de los derechos en pugna prevalecerá sobre el otro.

La jurisprudencia del Alto Tribunal no ha sido uniforme, por el contrario, fue mutando en cuanto al derecho que finalmente debía ponderarse. No obstante, a pesar de lo indicado, hasta la actualidad no se ha pronunciado a favor de la extracción compulsiva de sangre, como método de prueba válido para esclarecer la identidad biológica de una persona, en contra de su voluntad.

No puede soslayarse que el Congreso Nacional ha participado activamente a fin de contribuir a la solución del conflicto latente. En efecto, con la sanción de la ley 26.549 (Adla, LXX-A, 51) (51) —modificatoria del Código Procesal Penal de la Nación— se intentó dotar al sistema jurídico de una reglamentación que coadyuvara al ejercicio armónico de los dos derechos fundamentales en pugna —la autonomía personal y el derecho a la verdad objetiva— ofreciendo un parámetro de interpretación que arrojara soluciones uniformes para todos los casos que involucraran la identidad de las supuestas personas hijas de desaparecidos durante el último gobierno militar.

La normativa —a través de la incorporación del artículo 218 bis al Código Procesal Penal— (52) faculta a los jueces a ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico —ADN— del imputado o de otra persona, cuando ello fuese necesario para identificar a los familiares desaparecidos durante el último gobierno de facto, o para avanzar en la investigación. A tal fin, entre otros métodos autorizados, se menciona la extracción compulsiva de sangre.

Asimismo, incorpora la posibilidad de concretar este medio probatorio sobre la víctima del delito. Sin embargo, aclara que si ésta se opusiera a tal realización, se podrá ordenar la obtención de ADN por medios alternativos a la inspección corporal, tales como el secuestro de objetos personales. Igualmente, se autoriza el registro domiciliario y/o la requisita personal.

De esta forma, se receptan parcialmente los argumentos esgrimidos por el Máximo Tribunal en el fallo "Gualtieri de Prieto", donde el voto de la mayoría destaca, que siempre que se utilicen medios razonables debe priorizarse la verdad biológica ocultada por la perpetración de delitos de lesa humanidad. Es decir, que en la ponderación de derechos, la Corte Suprema consideró que aún por encima del derecho a la intimidad, prevalece el derecho a la verdad objetiva. Sin embargo, concluyó que no es constitucionalmente viable la extracción compulsiva de sangre, tratándose de un adulto o persona mayor de edad, como prueba que permita establecer la verdad biológica.

En principio, puede afirmarse que la libertad de intimidad encuentra una de sus limitaciones en el deber del Estado de prevenir los delitos, así como en la exigencia de procesar y condenar a los responsables de los mismos. Ahora bien, la obligación de investigar del Estado también reconoce ciertos límites, y justamente, uno de ellos es compatibilizar su actividad, con el principio de protección de los derechos de las víctimas. Si bien es cierto que el Estado debe hacer cesar el delito, no lo es menos, que no puede cumplirlo sin tener en cuenta los daños que pudiera ocasionar sobre los damnificados.

En idéntico sentido se expresaron Lorenzetti y Zaffaroni al señalar que; "la pretensión punitiva del Estado —el llamado jus puniendi— no puede habilitar una coacción que lesione a ninguna víctima en forma grave y contra su voluntad invocando un nebuloso y abstracto interés social, o sea, adjudicándose la voluntad de todos

los habitantes e incurriendo con ello en la identificación de Estado y sociedad, porque además de caer en una tesis autoritaria, en cualquier caso le está vedado incurrir en una doble victimización. Pero mucho menos puede alegar esta pretensión cuando el crimen en que funda su titularidad para castigar ha sido perpetrado por su propio aparato de poder y cuando durante treinta años ha permitido o no ha podido impedir que el delito se siguiese cometiendo". (53)

Los intereses de la comunidad en conocer la identidad de las personas desaparecidas, y el derecho subjetivo familiar de aquéllos vinculados con las personas que requieren su identificación se unen con la investigación del delito de sustracción de menores. La presencia de tales intereses sociales e individuales debe ponderarse al momento de decidir si la medida dispuesta es de una entidad tal, que justifique una invasión en la intimidad del apelante. 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. (54)

Por último, cabe responder si el derecho a la verdad de la supuesta familia biológica puede interferir en la esfera de la autonomía individual, protegida por el artículo 19 de la Constitución. Entiendo que la respuesta a tal interrogante debe ser negativa. Ello por cuanto, bajo ningún concepto puede obligarse a una persona adulta a realizarse dicho examen, ya que resulta manifiestamente violatorio del principio de reserva o autorreferencia, y otras garantías constitucionales conexas. Por consiguiente, considero que el artículo 218 bis del Código Procesal Penal no supera el test de constitucionalidad, toda vez que posibilita, aunque con algunos recaudos, la extracción compulsiva de sangre, en contraposición con principios fundamentales de nuestra Carta Magna y con la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Es oportuno recordar, la célebre frase de John Stuart Mill en su obra "On liberty"; "Aún frente a la verdad, hay otros valores que en determinadas situaciones, son preferidos a aquélla. La intimidad es uno de ellos". (55)

(1) NOVOA MONREAL, Eduardo, Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos, Siglo Veintiuno Editores S.A. México, 1997, p. 182.

(2) NOVOA MONREAL, Eduardo, *Ibidem*, p. 183.

(3) Ver de MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, Filosofía del Derecho. El Derecho y los Derechos Humanos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 153 y ss.; BIANCHI, Alberto, Control de constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucionales, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 395 y ss.; GARCÍA - PABLOS DE MOLINA, Antonio, "La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libertad de expresión", en AAVV., Libertad de Expresión y Derecho Penal, Edersa, Madrid, España, 1992, p. 1101/1118.

(4) SHINA, Fernando E., La libertad de expresión y otros derechos personalísimos, Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 30/31.

(5) SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos, La Ley, Buenos Aires, 2000, pp. 37/38.

(6) SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, *Ibidem*, pp. 38/39.

(7) SHINA, Fernando E., La libertad de expresión y otros derechos personalísimos, op. cit., p. 31.

(8) Ver ALEXY, Robert, Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales, Centros de Estudios Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, Madrid, España, 2004, pp. 36/48. También BERNAL PULIDO, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2003, pp. 35/36.

(9) CSJN, Fallos: 167:121, "Procurador Fiscal c. Director del Diario La Provincia", (1932); Fallos 194:371, "Esaño, Salvador c. Dir. Gral. Imp. Réditos", (1942); Fallos 240:311, "Cardillo, José c. Ind. y Com. Marconetti Ltda. S.A.", (1958), entre otros.

(10) REBOLLO DELGADO, Lucrecio, "El derecho Fundamental a la Intimidad", Dykinson, 2000, Madrid, España, p. 22.

(11) Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), artículo 11, "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad; nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación; toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques". En similar sentido, el artículo 5° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

(12) Código Civil, artículo 1071 bis.- "El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación".

(13) BASTERRA, Marcela I., "Derechos humanos y justicia constitucional: intimidad y autonomía personal", p. 57/95, AA.VV., Los Derechos Humanos del Siglo XXI. La revolución inconclusa. Coordinadores Germán J. Bidart Campos y Guido Risso, Ediar, Buenos Aires, 2005.

(14) NINO, Carlos Santiago, Fundamentos de Derecho Constitucional, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 304/317. El autor distingue entre privacidad e intimidad; considerando que la "privacidad" no es equivalente a intimidad; sino que es todo aquello relacionado a las acciones voluntarias de los individuos que no afectan a terceros. Son "privadas" en sentido de que si violentan exigencias morales sólo lo hacen con las que derivan de una moral privada, personal o autorreferente. Tales exigencias no se refieren como las derivadas de la moral pública o intersubjetiva —o sea a las obligaciones que tenemos en relación a los demás— en contrario, se refieren al desarrollo o auto degradación del propio carácter moral del agente. Reconociendo como único límite de las mismas el daño a terceros. Para el autor son las "acciones privadas" a que se refiere el artículo 19 de la Constitución. En cambio, siguiendo a Parent entiende por "intimidad" a una esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás. Es aquel derecho a que los demás no tengan información documentada sobre hechos, respecto de una persona, que no desea que sean ampliamente conocidos. La intimidad personal, o sea la exclusión potencial de acuerdo a su voluntad del conocimiento y la intromisión de los demás, se refiere al menos a los siguientes aspectos; rasgos del cuerpo, imagen, pensamientos y emociones, circunstancias vividas y hechos pasados concretos propios o de su vida familiar; escritos, pinturas, grabaciones, conversaciones, etcétera. Véase también GARCÍA - GARCÍA, Clemente, "El derecho a la intimidad y a la dignidad en la doctrina del Tribunal constitucional", Colección Estudios de Derecho, Universidad de Murcia, España, 2003.

(15) FAYOS GARDÓ, Antonio, Derecho a la intimidad y medios de comunicación, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2000. Si bien el autor no dice expresamente la sinonimia de los términos, los utiliza de manera indistinta.

(16) CSJN, Fallos 306:1892, "Ponzetti de Balbín, Indalia c. Atlántida, S. A.", (1984).

(17) BASTERRA, Marcela I., "Derechos humanos y justicia constitucional: intimidad y autonomía personal", op. cit., p. 60 y ss.

(18) NINO, Santiago, Fundamentos de Derecho..., op. cit., p. 312/313.

(19) BASTERRA, Marcela I., "Derechos humanos y justicia constitucional...", op. cit., p. 13.

(20) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; Fama, María Victoria y Herrera, Marisa, Derecho Constitucional de Familia, t. I, Ediar, Buenos Aires, 2006, pp. 224/226.

(21) MILL, John Stuart, On Liberty, en Three Essays, Oxford University Press, 1975. Traducción española "Sobre la libertad", Alianza Editorial, 4° reimpresión, Madrid, España, 1986.

(22) CSJN, Fallos 332:111 "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. Ley 25.873 dto. 1563/04", (2009) (LA LEY, 2009-B, 259)

- (23) Corte IDH, "Bulacio v. Argentina", Serie C, N° 100, sentencia del 18/09/2003 (LA LEY, 2004-A, 684)
- (24) CSJN, Fallos 300:254, "Colavini, Ariel Omar", (1978) (LA LEY, 1978-B, 444)
- (25) CSJN, Fallos 308:1392, "Capalbo, Alejandro C.", (1986) (LA LEY, 1986-D, 550)
- (26) CSJN, Fallos 308:1392, "Bazterrica, Gustavo M.", (1986) (LA LEY, 1986-D, 550)
- (27) CSJN, Fallos 332:1963, "Arriola, Sebastián y otros s/causa n° 9080", (2009).
- (28) CSJN, Fallos 326:3758, "Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/inc. de apelación", (2003) (LA LEY, 2003-F, 970)
- (29) CSJN, Fallos 308:2268, "S., J. B. c. Za. de S., A. M.", (1986) (LA LEY, 1986-E, 648)
- (30) CSJN, Fallos 312:496, "Portillo, Alfredo", (1989) (LA LEY, 1989-C, 405)
- (31) CSJN, Fallos 316:479, "Bahamondez, Marcelo", (1993) (LA LEY, 1993-D, 130)
- (32) CSJN, Fallos 325:292, "Portal de Belén. Asociación Civil sin Fines de Lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo", (2002) (LA LEY 2002-B, 520)
- (33) STJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Expte. N° 715/00, "T. S. c. GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", (2000).
- (34) CSJN, Fallos 314:1531, "Comunidad Homosexual Argentina c. Resolución Inspección General de Justicia", (1991) (LA LEY, 1991-E, 679)
- (35) CNCiv., sala A, "Asociación Argentina de Swingers c. Inspección Gral. de Justicia", (2003) (LA LEY, 2003-E, 499)
- (36) CSJN, Fallos 329:5266, "Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c. Inspección General de Justicia", (2006) (LA LEY, 2006-F, 730)
- (37) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa, Derecho Constitucional..., op. cit., pp. 716/717.
- (38) Corte IDH, "Velásquez Rodríguez v. Honduras", Serie C, n° 4, 176, sentencia de 29/07/1988.
- (39) CSJN, "Petric Domagoj, Antonio c. Diario Página 12", (1998) (LA LEY, 1998-C, 284)
- (40) CSJN, Fallos 321:2031, "Suárez Mason, Carlos G.", (1998).
- (41) CSJN, Fallos 321:2767, "Urteaga, Facundo R. c. Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas", (1998) (LA LEY, 1998-F, 237)
- (42) Ver de BASTERRA, Marcela I., "Reconocimiento constitucional del Habeas Data", Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional, Director: Alberto Ricardo Dalla Via, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 678.
- (43) BIDART CAMPOS, Germán J., "La investigación por la desaparición de personas en una causa penal por privación de libertad", LA LEY, 1998-E, 215.
- (44) BOICO, Roberto J. y CANO, Pablo Héctor, "Mecanismos de efectivización del derecho a la identidad. Centralización documental de los nacimientos", La Ley, Sup. Act. 06/02/2007, p. 1.
- (45) TORRES SANTOME, Natalia E., "La identidad y la filiación", La Ley, Sup. Act. 10/06/2008, p. 1.
- (46) Mizrahi, Mauricio Luís, "Limitación jurisprudencial a las pruebas biológicas compulsivas", LA LEY, 2004-A, 1237.
- (47) CSJN, "G. R. de P., E. E. y otros s/sustracción de menores de 10 años (art. 146)", sentencia de 11/08/2009. Es del caso mencionar que el mismo día que la Corte dictó sentencia en el fallo objeto del presente estudio, también resolvió la causa CSJN, "Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros", sentencia de 11/08/2009. En la cual, la cuestión a dilucidar era la constitucionalidad o no de la medida ordenada en primera instancia, es decir, la extracción compulsiva de sangre con la finalidad de obtener la muestra necesaria para esclarecer los vínculos biológicos. La Corte por mayoría decidió dejar sin efecto la sentencia recurrida.

(48) Ver comentario de BASTERRA, Marcela I., "Entre el derecho a la intimidad y los deberes del Estado. Principio de autonomía personal versus derecho a la verdad objetiva", Abeledo Perrot, 2009-IV-SJA, 02/12/2009, p. 29.

(49) CSJN, Fallos 330:3028, "Noble Herrera, Marcela y otro s/rec. de casación", (2007).

(50) CFSM, sala II, Sec. Penal N° 2, Causa N° 5.777, "Inc. de apelación promovido por los Dres. Roxana Piña, Alejandro Carrió e Ignacio Padilla contra los puntos III y V de Res. de 21/12/10", 17/03/2011.

(51) Ley 26.549, publicada en el B.O. de 27/11/2009.

(52) Código Procesal Penal, artículo 218 bis.- "Obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN). El juez podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN), del imputado o de otra persona, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación. La medida deberá ser dictada por auto fundado donde se expresen, bajo pena de nulidad, los motivos que justifiquen su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto. Para tales fines, serán admisibles mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas, a efectuarse según las reglas del saber médico, cuando no fuere de temer perjuicio alguno para la integridad física de la persona sobre la que deba efectuarse la medida, según la experiencia común y la opinión del experto a cargo de la intervención. La misma será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su género y otras circunstancias particulares. El uso de las facultades coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización. Si el juez lo estimare conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro domiciliario o la requisa personal. Asimismo, cuando en un delito de acción pública se deba obtener ácido desoxirribonucleico (ADN) de la presunta víctima del delito, la medida ordenada se practicará teniendo en cuenta tal condición, a fin de evitar su revictimización y resguardar los derechos específicos que tiene. A tal efecto, si la víctima se opusiera a la realización de las medidas indicadas en el segundo párrafo, el juez procederá del modo indicado en el cuarto párrafo. En ningún caso regirán las prohibiciones del artículo 242 y la facultad de abstención del artículo 243".

(53) Considerando 11 de su voto en la sentencia "Gualtieri de Prieto".

(54) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "El caso Evelyn Vázquez Ferrá: un supuesto de colisión de derechos fundamentales resuelto por la Corte Suprema que abre un arduo y enriquecedor debate", Revista de Derecho de Familia N° 26, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 2004, pp. 175/181.

(55) MILL, John Stuart, On Liberty, op. cit., pp. 302/304.