



Tipo de documento: Tesina de Grado de Ciencias de la Comunicación

Título del documento: El derecho a la información y el derecho a la verdad a partir del caso del Banco Nacional de Datos Genéticos argentino

Autores (en el caso de tesis y directores):

Natalia Alejandra López

Damián Loreti, tutor

Luis Lozano, co-tutor

Datos de edición (fecha, editorial, lugar,

fecha de defensa para el caso de tesis): 2013

Documento disponible para su consulta y descarga en el Repositorio Digital Institucional de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.
Para más información consulte: <http://repositorio.sociales.uba.ar/>

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Argentina.
Atribución-No comercial-Sin obras derivadas 4.0 (CC BY 4.0 AR)



La imagen se puede sacar de aca: https://creativecommons.org/choose/?lang=es_AR





Universidad de Buenos Aires
Facultad de Ciencias Sociales
Carrera de Ciencias de la Comunicación

Tesina de grado

**El derecho a la información y el derecho a la verdad a partir del
caso del Banco Nacional de Datos Genéticos argentino**

Natalia Alejandra López

DNI: 28.507.465

natyalopez@hotmail.com

Tutor: Dr. Damián Loreti

Co-tutor: Lic. Luis Lozano

Julio de 2013

Índice

El derecho a la información y el derecho a la verdad a partir del caso del Banco Nacional de Datos Genéticos argentino

| | |
|---|--------------|
| AGRADECIMIENTOS | p. 4 |
| INTRODUCCIÓN | p. 5 |
| 1. MARCO TEÓRICO | p. 9 |
| 1.1. El Derecho y los derechos humanos | p. 16 |
| 1.2. Derechos y reparaciones | p. 18 |
| a. Derechos | |
| b. Reparaciones | |
| 2. EL BANCO NACIONAL DE DATOS GENÉTICOS: SU ROL FUNDAMENTAL | p. 33 |
| 3. ELECCIÓN DE LOS CASOS A ANALIZAR | p. 38 |
| 3.1. Presentación de los casos | p. 39 |
| a. Caso Evelyn Vázquez Ferra | |
| b. Caso Guillermo y Emiliano Prieto | |
| c. Caso Marcela y Felipe Noble Herrera | |
| 4. ANÁLISIS DE LOS CASOS Y DERECHOS EN CONFLICTO | p. 44 |
| 4.1. Por una gota de sangre | p. 44 |
| 4.2. El artículo 146 del Código Penal y el reconocimiento de los derechos | p. 53 |
| 4.3. La Ley de obtención de ADN y la cuestión de los allanamientos | p. 57 |
| 4.4. Una serie de reparaciones que colaboraron para garantizar el derecho a la información y a la verdad | p. 63 |
| 5. ALGUNAS CONSIDERACIONES | p. 70 |
| 5.1. Los nietos recuperados, una muestra contundente del accionar del Banco Nacional de Datos Genéticos | p. 70 |

| | |
|--|---------------|
| 5.2. El derecho a la información como herramienta para el ejercicio de otros derechos | p. 76 |
| 6. PALABRAS FINALES | p. 80 |
| BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA | p. 82 |
| ANEXO | p. 86 |
| -Entrevista a Federico Orlando, abogado y docente de Derecho constitucional de la UBA. | p. 87 |
| -Entrevista a Julieta Parellada, abogada UBA, ex integrante del CELS. | p. 88 |
| -Entrevista a Leonardo Filippini, abogado UBA, profesor de Derecho en la Universidad de Palermo. | p. 91 |
| -Entrevista a Damián Loreti, abogado UBA, doctor en Ciencias de la Información (Universidad Complutense de Madrid). | p. 95 |
| -Entrevista a Alan Iud, abogado, coordinador del Equipo Jurídico de Abuelas de Plaza de Mayo. | p. 97 |
| -Entrevista a María Belén Rodríguez Cardozo, Directora del Banco Nacional de Datos Genéticos. | p. 103 |

AGRADECIMIENTOS

A mi tutor, Damián Loreti, por su predisposición, interés y generosidad.

A mi co-tutor, Luis Lozano, por su colaboración, sus recomendaciones y su amabilidad.

A los dos porque, creo que sin darse cuenta, me dieron un impulso enorme.

A todos los entrevistados, por su tiempo.

A las Abuelas de Plaza de Mayo, por ser una inspiración.

A mi mamá, Delia, y a mi papá, Hugo, por darme todas las posibilidades y bancarme en las buenas y en las malas.

A mis hermanas, Lu y Flor, porque no sé qué hubiera hecho en este mundo sin ellas.

A las chicas de TEA (Luz, Maru, Pame y Ro), por el aguante, los momentos compartidos y los que vendrán.

A Lisandro Aldegani, por su arte y su amistad.

A Marilina Rouquaud, por ser mi amiga y mi compañera, hasta en nuestra primera experiencia como madres.

A Sabrina Camino, por su confianza, su impulso y su paciencia, y a Bernadette Califano, por sus consejos, su complicidad y su escucha. A las dos, porque tenerlas como amigas y referentes me hizo ser mejor profesional y mejor persona.

A Esteban Carabajal, por todos estos años de diversión. Por ser mi amor, mi amigo y mi familia. Gracias por el romance, la risa y, sobre todo, por la magia.

A León, por apurarme e iluminarme en este recorrido hacia el final de la carrera. Para vos, hijo, es esta tesina.

El derecho a la información y el derecho a la verdad a partir del caso del Banco Nacional de Datos Genéticos argentino

INTRODUCCIÓN

Esta tesina tiene como objeto estudiar la relación entre el derecho a la información¹ y el derecho a la verdad a partir del caso del Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG). Las causas y consecuencias del surgimiento de esta institución argentina y su consolidación son disparadores para examinar la correlación entre los derechos mencionados y, además, para analizar el conflicto que provocó su implementación entre los derechos a la identidad y a la intimidad. Todos derechos humanos reconocidos internacionalmente, y todos incluidos en causas judiciales que sentaron precedentes importantísimos en la búsqueda de niños y niñas apropiados a quienes les fue despojada su identidad durante la última dictadura ocurrida en el país.

El camino hacia la consolidación de esta institución, hoy ejemplo de reparación a nivel mundial, será descripto en estas páginas.

Para llevar adelante este proyecto fue necesaria una metodología basada en un análisis bibliográfico sobre violaciones a los derechos humanos, historia de la dictadura cívico-militar argentina, derechos, garantías, casuística y legislación nacional e internacional, entre otras materias, y una lectura atenta de noticias relativas al tema

¹ Vale aclarar que el concepto de derecho a la comunicación resultaría superador del de derecho a la información, en tanto implica intercambio de mensajes en una relación dialógica y socializante entre interlocutores igualmente habilitados para la recepción y emisión. Sin embargo, y a pesar de que en la investigación en materia de comunicación en América Latina se extendió el uso del concepto “derecho a la comunicación” -acuñado por el investigador venezolano Antonio Pasquali-, a los fines de este trabajo se optó por el concepto de derecho a la información al considerar su reconocimiento como parte del derecho internacional de los derechos humanos y los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino en su nombre.

en cuestión publicadas en medios de comunicación. El trabajo, además, se complementó con la realización de entrevistas en profundidad a especialistas, que se pueden encontrar en el anexo de esta tesina.

Los especialistas entrevistados, en orden cronológico, son:

-13 de febrero de 2012 - Entrevista a Federico Orlando, abogado y docente de Derecho constitucional de la UBA.

-11 de abril de 2012 - Entrevista a Julieta Parellada, abogada UBA, ex integrante del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

-16 de marzo de 2012 - Entrevista a Leonardo Filippini, abogado UBA, profesor de Derecho en la Universidad de Palermo.

-6 de septiembre de 2012 - Entrevista a Damián Loreti, abogado UBA, doctor en Ciencias de la Información (Universidad Complutense de Madrid).

-29 de abril de 2013 - Entrevista a Alan Iud, abogado, coordinador del Equipo Jurídico de Abuelas de Plaza de Mayo.

-6 de junio de 2013 - Entrevista a María Belén Rodríguez Cardozo, Directora del Banco Nacional de Datos Genéticos.

A continuación se detallarán los parámetros a partir de los cuales se guió este trabajo y sus principales objetivos.

Las preguntas iniciales fueron:

¿Cómo surgió el Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG) en la Argentina?

¿Qué problemas se plantearon alrededor de esa nueva institución?

¿Qué derechos entraron en conflicto con su puesta en funcionamiento?

¿Qué criterios predominaron en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia Nacional en casos en que se judicializó la cuestión?

Para poder responder a estos interrogantes se planteó un objetivo general y algunos objetivos específicos.

El objetivo general apunta a analizar la relación entre el derecho a la información y el concepto de derecho a la verdad a partir de la creación del Banco Nacional de Datos Genéticos en la Argentina.

Los **objetivos específicos** se desprenden del general con el fin de delimitar la investigación, por un lado, a tres casos judiciales específicos relacionados al accionar del Banco y, por el otro, a analizar el corpus de entrevistas realizado a distintos actores de relevancia así como a indagar en textos referentes a la temática.

A continuación, un detalle de los **objetivos específicos**:

-Analizar tres casos paradigmáticos que pusieron al BNDG en el centro de la discusión.

Los casos elegidos son los de Evelyn Vázquez Ferra, Guillermo y Emiliano Prieto, Marcela y Felipe Noble Herrera.

-Examinar las entrevistas realizadas a los especialistas y los textos concernientes a la temática a fin de desentrañar las opiniones que surgieron en torno de la colisión de los derechos a la identidad, a la intimidad y a la información y a la verdad desde la constitución del BNDG y, particularmente, en los casos a los que se hace referencia.

-Contar cómo el BNDG fue legitimándose como institución fundamental de esta sociedad y ejemplo a nivel nacional e internacional de reparación y cumplimiento de los mandatos de derechos humanos.

En vista de estos objetivos, en la primera parte del trabajo se desarrollan los recorridos teóricos a partir de los cuales se indaga en los principales derechos puestos en relación y se intenta esbozar una mirada jurídica sobre la historia del Banco Nacional de Datos

Genéticos. Además, se explicitan las razones por las que esta institución cumple un rol fundamental en nuestra sociedad.

En la segunda parte se explica por qué se eligieron tres casos judicializados específicos para luego hacer un estudio de los mismos en función de los derechos que entraron en conflicto a partir de ellos y de las pautas que marcaron en la consolidación del Banco.

La última parte de la tesina muestra los efectos del accionar del BNDG en nuestra sociedad y reconoce el papel del derecho a la información como garantía para el ejercicio de otros derechos fundamentales.

En síntesis, con este trabajo se intenta realizar un aporte en el terreno de la comunicación y en el de los derechos humanos tomando al Banco Nacional de Datos Genéticos como eje para realizar un análisis del debate que se dio en su momento en la sociedad a partir de tres casos judiciales que instalaron la discusión en torno de los derechos humanos a la identidad, a la intimidad, a la información y a la verdad. Apoyado en entrevistas que -desde la experiencia de los especialistas- contribuyen a profundizar el debate, sin miradas sesgadas o interesadas, con la certeza de poder difundir, por un lado, la labor de una institución creada y consolidada por la comunidad en la que vivimos y, por otro lado, con el propósito de mostrar el derecho a la verdad -garantizado por la misma- en su relación inseparable con el derecho a la información. El hecho de que dicha institución haya atravesado casi toda la etapa democrática -recuperada en nuestro país a partir de 1983- permite, a su vez, realizar una historización sobre algunos hechos que revistieron importancia para poder comprender la dimensión del avance en cada materia.

1. Marco teórico

En mayo de 1987 se sancionó en el Congreso Nacional la Ley N° 23.511, por la cual se creaba el Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG), según se podía leer en sus primeros párrafos, “a fin de obtener y almacenar información genética que facilite la determinación y esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación”. Primera institución de estas características en el mundo, su fundación fue en 1984 -tres años antes de la sanción de la ley que le dio un marco legal y cinco antes de su reglamentación- y ocupó espacio físico en el servicio de Inmunología del Hospital Carlos A. Durand en donde funciona hasta el día de hoy².

A través de la Ley N° 26.548, de 2009, el BNDG pasó de estar en la órbita de lo que entonces era la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires a funcionar bajo la jurisdicción del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva, organismo instituido durante el gobierno de la presidenta Cristina Fernández de Kirchner. El objetivo del BNDG pasó a ser el de garantizar la obtención, almacenamiento y análisis de la información genética para el esclarecimiento de delitos de lesa humanidad que se hubieran iniciado en el ámbito del Estado Nacional hasta el 10 de diciembre de 1983 y favorecer -de esta forma- la búsqueda e identificación de familiares de personas desaparecidas, y auxiliar a la justicia en la identificación de los restos de personas víctimas de desaparición forzada.

² El 28 de junio de 2013, el diario Página 12 publicó una nota en la que se hace referencia al traslado de la sede del BNDG, que se realizará durante este año, a un edificio del microcentro porteño. El servicio de Inmunología del Durand (donde se realizan los análisis de filiación), sin embargo, continuará funcionando. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-223267-2013-06-28.html>

Estas desapariciones forzadas junto a otros delitos violatorios de los derechos humanos se produjeron en el contexto de la última dictadura cívico-militar³ que comenzó el 24 de marzo de 1976 cuando las Fuerzas Armadas usurparon el gobierno constitucional a través de un golpe de Estado y se instalaron en el poder juntas militares integradas por representantes del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Estas juntas gobernaron el país, rotando la figura del presidente de la junta (quien asumía la jefatura de Estado) hasta la asunción del presidente democráticamente electo Raúl Alfonsín⁴.

“Proceso de Reorganización Nacional” fue como se autodenominó este régimen cívico-militar en el cual se llevaron adelante persecuciones, detenciones ilegales, torturas, secuestros, abusos sexuales, asesinatos y desapariciones forzadas de personas, entre otras graves transgresiones a los derechos humanos. Bajo el funcionamiento del terrorismo de Estado se anularon derechos civiles y se pretendía eliminar todo “germen subversivo”. Para ello se erigieron centros clandestinos de detención y, en algunos de ellos⁵, funcionaron también maternidades clandestinas. Allí, las detenidas embarazadas eran obligadas a tener a sus hijos o hijas en cautiverio sin saber, en muchos casos, cuál sería el destino del/de la nacido/a. A esos niños y niñas, que fueron entregados a otras familias o dados en adopciones legales e ilegales, se los busca desde que los familiares de personas desaparecidas tomaron conciencia de que ni sus hijas o hijos ni los niños o niñas nacidos/as en cautiverio regresarían a sus hogares.

³ Años más tarde se pudo comprobar la complicidad de integrantes de la sociedad civil en las acciones del régimen militar, por ello comenzó a ser llamada dictadura “cívico-militar” la que aconteció entre 1976-1983.

⁴ El 10 de diciembre de 1983, luego de elecciones presidenciales democráticas, asumió el cargo de Primer Mandatario de la Nación, el cual ocupó hasta 1989.

⁵ Campo de Mayo, Escuela de Mecánica de la Armada, Pozo de Banfield, etc.

La Asociación Civil Abuelas de Plaza de Mayo surge, de alguna manera, para encontrar a los niños y niñas apropiados en lo que se pudo demostrar como un plan sistemático de apropiación de bebés⁶. Es una organización no gubernamental que tiene como finalidad “localizar y restituir a sus legítimas familias todos los niños secuestrados desaparecidos por la represión política, y crear las condiciones para que nunca más se repita tan terrible violación de los derechos de los niños, exigiendo castigo a todos los responsables”⁷.

Los niños y niñas robados fueron inscriptos en algunos casos como hijos propios de miembros de las fuerzas de represión, vendidos o abandonados en institutos como N.N. De esta manera “los hicieron desaparecer al anular su identidad y los privaron de vivir con su familia biológica”⁸, vulnerando sus derechos más básicos: a vivir con su familia de origen, a la identidad, a la verdad, a la libertad, entre otros.

En un principio, las Abuelas comenzaron con una búsqueda “artesanal” de los posibles nietos y nietas que podrían estar en manos de apropiadores y/o adoptados por familias que de buena fe los acogieron. Y en esa búsqueda, en la que recolectaban fotos y otros elementos, se dieron cuenta de que ubicar a los chicos era sólo el primer paso. Una vez localizados debían conseguir una prueba irrefutable para poder demostrar ante la justicia el verdadero origen de los niños o niñas sospechados de ser hijos/as de desaparecidos durante los años de la dictadura.

⁶ “La Justicia dio por probado que la existencia de una ‘práctica sistemática y generalizada de sustracción, retención y ocultamiento de menores de edad’ en ‘el marco de un plan general de aniquilación que desplegó sobre parte de la población civil, con el argumento de combatir la subversión implementando métodos del terrorismo de Estado durante los años 1976 a 1983 de la última dictadura militar’”. Extracto de la nota “Una práctica sistemática y generalizada”, de Alejandra Dandan, Página 12, 6 de julio de 2012, disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-198062-2012-07-06.html>

⁷ Web Abuelas de Plaza de Mayo: <http://www.abuelas.org.ar>.

⁸ Ídem.

¿Qué pasaba con los bebés que habían nacido en cautiverio, de los que no quedaba nada tangible? ¿Cómo podían identificarse? Son preguntas que están en el libro *Las Abuelas y la Genética*⁹ en el que se explica que si querían encontrar a sus nietos/nietas debían hallar un parámetro que les ofreciera certeza. Esa certeza la encontrarían en la sangre. Y acá viene otra pregunta fundamental: ¿serviría la sangre de las Abuelas?

Las madres y padres -en la mayoría de los casos- estaban desaparecidos, por lo que debían encontrar la forma de poder identificar a sus hijos e hijas sin contar con su ADN. Las Abuelas entonces recorrieron algunos países del mundo en busca de respuestas hasta que en noviembre de 1982 viajaron a Washington para participar de la asamblea general de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de Estados Americanos (OEA). Allí, se cruzaron con Isabel Mignone, la hija del fundador del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) -Emilio Mignone- quien les dio el teléfono de un médico genetista argentino exiliado en Nueva York.

Víctor Penchaszadeh era ese médico. El que les explicó que había posibilidades de estudiar los parentescos usando los productos génicos de la sangre, aunque cuanto más lejano fuera el parentesco menos eficacia tendría la prueba. Y también les dijo que “no había experiencia internacional de identificación de nietos a partir de abuelos”, pero que había razones para ser optimistas.

Luego de que Penchaszadeh se pusiera en contacto con diferentes especialistas, en 1983 las Abuelas recibieron un llamado telefónico en el que les expresaron que -a partir de la investigación que ellas habían motivado- pudieron confirmar que era posible establecer lazos de parentesco con sus nietos a través del análisis de distintos tipos de marcadores genéticos. Si no estaban los padres o los abuelos podían hacerse

⁹ Disponible en: <http://www.abuelas.org.ar/material/libros/LibroGenetica.pdf>.

estudios con tíos/as, primo/as, hermano/as. Cuanta más sangre se obtuviera era mejor para establecer la histocompatibilidad¹⁰.

Los antígenos de histocompatibilidad ya se utilizaban para trasplantes. Ya desde esa época comenzaron a usarse para pruebas de paternidad. Más adelante se desarrollarían los métodos de identificación que actualmente se conocen y que tienen un 99,9% de exactitud¹¹.

El problema que en ese momento se presentaba era encontrar un lugar adecuado para llevar adelante la tarea de identificar niños y niñas desaparecidos en el contexto de la reciente y frágil vuelta de la democracia. Desde el Blood Center¹² de Nueva York fue recomendada la doctora Ana María Di Lonardo, jefa de la unidad de inmunología del Hospital Durand de Buenos Aires, quien contaba con un laboratorio completamente equipado para realizar el trabajo de identificación.

A partir de allí, y en el proceso de construcción de árboles genealógicos con las respectivas muestras de sangre de las familias, se dieron cuenta de la necesidad de que todo aquello estuviera regulado por una institución que se dispusiera por ley. La creación del Banco Nacional de Datos Genéticos era en esos momentos urgente para

¹⁰ La Directora del Banco Nacional de Datos Genéticos, María Belén Rodríguez Cardozo, explica que la histocompatibilidad “es la marcación en un cromosoma que es el sexto. Es el marcador más añejo, por eso se instala el Banco en un servicio de inmunología de un hospital público. La histocompatibilidad hoy es ADN, se hace la determinación de los genes, la marcación de los genes, del complejo mayor de la histocompatibilidad”. Ver entrevista completa en el Anexo.

¹¹ Rodríguez Cardozo: “La identidad tiene que abarcar la mayor cantidad de cromosomas posibles porque tiene que haber un 50 % de la información de la mamá y un 50 % de la información del papá. Entonces un solo cromosoma no era suficiente, porque yo puedo darte un riñón porque soy haploidéntica con vos y no estar biológicamente relacionada. Lo compartimos por azar, porque somos de la misma etnia, caucásica... entonces por eso se puede hacer donación de médula ósea, donación de riñón en el INCUCAI, pero en el caso de la filiación no alcanza.

La exclusión por HLA (Antígenos Leucocitarios Humanos), es decir que no lo compartas, tiene un 100 % de certeza, pero el tema de que “incluya” va a depender de la frecuencia poblacional que tenga lo que se llama ese haplotipo de HLA en nuestra población. Si es un individuo en 10 mil obviamente voy a tener una posibilidad en 10 mil de que aparezca otra persona con la misma tipificación. Ahora si yo tengo que uno de cada 5 tienen ese haplotipo obviamente que lo estoy compartiendo por azar. Entonces lo que buscó la genética forense fue ampliar el número de cromosomas... En la filiación hay que analizar todos los cromosomas que se puedan”. Ver entrevista completa en el Anexo.

¹² Centro de Sangre de Nueva York: <http://www.nybloodcenter.org/index.jsp>.

lograr establecer protocolos y poder atender y sistematizar la demanda creciente de forma idónea y prolija.

En noviembre de 1992 el Gobierno nacional creó la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad (CONADI), luego de que Abuelas solicitara en julio la creación de una comisión técnica especializada. Esta comisión, dependiente del ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, fue clave en la medida en que inauguró una forma de trabajo novedosa entre una ONG y el Estado.

Por disposición Nº 1328/92 de la entonces Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales del ministerio del Interior, se crea una Comisión Técnica destinada a impulsar la búsqueda de niños desaparecidos y con identidad conocida y de niños nacidos de madres en cautiverio, y aportar al cumplimiento del compromiso asumido por el Estado Nacional a partir de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño en lo atinente al derecho a la identidad¹³.

Posteriormente, la resolución 1392/98 del ministerio del Interior crea la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad, con las mismas funciones y conservando la conformación de la comisión precedente, esto es:

- dos representantes del Ministerio Público: uno por la Procuración General de la Nación y uno por la Defensoría General de la Nación.
- dos representantes de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo
- dos representantes del Poder Ejecutivo Nacional, a propuesta de la Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales.
- el Subsecretario de Derechos Humanos y Sociales preside la Comisión.

¹³ <http://www.conadi.jus.gov.ar/>.

El artículo 5º de dicha resolución autoriza a la Comisión a requerir colaboración y asesoramiento del Banco Nacional de Datos Genéticos y solicitar a dicho organismo la realización de pericias genéticas¹⁴.

De forma que varios organismos comenzaron a trabajar al servicio de encontrar a los niñas y niños desaparecidos durante la dictadura cívico-militar, y así intentar garantizar el derecho a la verdad y a la identidad de muchas personas que no tenían idea de sus orígenes y que, de alguna manera, pudieron recuperar su historia así como sus familiares pudieron encontrarlos. Además de los mencionados, el Equipo Argentino de Antropología Forense (EAAF) también colaboró en el avance de muchos casos no sólo en la identificación de los restos sino también al poder comprobar si una mujer había llegado a parir o no¹⁵ (ya que, en algunos casos, “quedan marcas en la zona de la pelvis que permiten conjeturar que la mujer pudo estar embarazada”¹⁶), y de esa forma emprender la búsqueda de un nieto o una nieta con la seguridad de que había nacido. En ese sentido, se conformó un sistema en el que, con la consolidación de la democracia a través de los años, se fueron dando las condiciones para encontrar a muchos de los niños y niñas que se pensaban desaparecidos pero que con los años y la búsqueda realizada por sus familias, los organismos de derechos humanos y luego, también, por el Estado empezaron a aparecer.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Extracto de entrevista a Estela Barnes de Carlotto, en el libro *Las Abuelas y la Genética*: “En el año 85 exhuman el cuerpo de Laura, mi hija, porque yo le pedí a la Justicia exhumarla. A mí me entregaron el cuerpo de Laura el día que la mataron, yo la enterré con una historia falsa que me contaron los militares asesinos. Y yo me dije que cuando pudiera iba a demostrar que era mentira. Lo pude demostrar en 1985, cuando le pedí permiso al juez para exhumarla científicamente, con Clyde Snow, Morris y todos los chicos de lo que iba a ser el EAAF. La exhumación se hizo en el cementerio y ante mi presencia. Fue como un acto sagrado, lo hicieron con una delicadeza notable. Y Clyde Snow, teniendo en la mano unos huesitos de Laura, me llamó aparte y me dijo: “Estela, tú eres abuela”. Para mí eso fue muy conmovedor y aparte me dio todos los elementos para presentar en la Justicia, cosa que de hecho hice”. [Disponible en <http://www.abuelas.org.ar/material/libros/LibroGenetica.pdf>.

¹⁶ Explica Luis Fondebrider, uno de los miembros fundadores del EAAF, en el libro *Las Abuelas y la Genética* (p. 67), disponible en: <http://www.abuelas.org.ar/material/libros/LibroGenetica.pdf>.

1.1. El Derecho y los derechos humanos

Antes de continuar con la historia del Banco Nacional de Datos Genéticos y la relevancia de su surgimiento en nuestra sociedad, es importante puntualizar algunas nociones con las que se va trabajar a lo largo de la tesina. En principio, es necesario hablar del Derecho como disciplina ya que al ser una tesina que va a poner en juego el encuentro u oposición de ciertos derechos, es esencial explicitar algunos conceptos vinculados a ellos.

En Teoría Jurídico-Política de la Comunicación, Eduardo Luis Duhalde y Luis Hipólito Alén¹⁷ afirman que puede definirse al Derecho como “el sistema de normas impuestas coercitivamente por el Estado que rigen la convivencia social”.

Desde el punto de vista subjetivo, el Derecho se refiere “a los sujetos y las facultades o permisos que a ellos corresponden, es decir que remite a un interés jurídicamente protegido”¹⁸.

“En tanto sistema de normas que regulan la conducta humana, el Derecho se caracteriza fundamentalmente por ser, al mismo tiempo bilateral, heterónimo o externo y coercible. Esto se debe a que, en primer lugar, lo que se reglamentan son las conductas de los individuos con relación a otros; en segundo lugar, quien lo impone es el Estado y; finalmente, su incumplimiento trae aparejada una determinada sanción. Estas características permiten, asimismo, diferenciar al Derecho de la moral, que es unilateral, autónoma e incoercible”¹⁹.

¹⁷ Duhalde, Eduardo Luis; Alén, Luis Hipólito: *Teoría Jurídico-Política de la Comunicación*, Eudeba, 1999.

¹⁸ Güida, María Clara: *Nociones básicas del derecho*, p. 1. Disponible en: http://www.catedras.fsoc.uba.ar/loreti/documentos_de_la_catedra/nociones_basicas_de_derechos.pdf.

¹⁹ *Ibídem*, p. 2.

Duhalde y Alén definen a las normas en general como principios directivos de la conducta. “Son reglas de conducta con una finalidad específica, o sea, expresan un deber ser”²⁰.

Las normas de un sistema jurídico suelen ordenarse según ciertos niveles de jerarquía. Dicho orden está relacionado tanto con la pertenencia de las normas a un sistema, como con las fuentes del derecho. Las principales fuentes reconocibles en nuestro sistema jurídico son: la ley, la jurisprudencia y la costumbre jurídica²¹.

El artículo 31º de nuestra Constitución Nacional establece que los dos principios sustantivos que fundamentan nuestro ordenamiento jurídico son el principio de supremacía constitucional y el principio de jerarquía de las fuentes del derecho. Nuestro sistema jurídico está organizado de la siguiente manera: Constitución Nacional y Tratados Internacionales (incorporados con jerarquía constitucional por la reforma de la Constitución de 1994), Resoluciones del Mercosur, Leyes Nacionales, Decretos del Poder Ejecutivo y Decretos de Necesidad y Urgencia.

En este esquema básico es preciso introducir la noción de los derechos humanos²², que son “aquellos que tienen todas las personas por el solo hecho de ser humanos; sin distinción de sexo, etnia, edad, religión, partido político o condición social, cultural o económica. Son universales, innatos, inviolables, intransferibles, complementarios, imprescriptibles y no jerarquizables”²³. Los derechos humanos están contemplados en la Constitución Nacional, y a partir de la reforma de 1994 se incorporan los instrumentos jurídicos internacionales sobre la materia.

²⁰ Duhalde-Alén: Op. Cit. p. 57.

²¹ *Ibíd*em, p. 70.

²² La consagración de los derechos humanos tiene fecha de nacimiento el 10 de diciembre de 1948, cuando la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas sancionó la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

²³ <http://www.derhuman.jus.gov.ar/politicaddhh.html>.

A lo largo de esta tesina utilizaré como marco a los derechos a la identidad, a la intimidad, a la información y a la verdad, entre otros derechos humanos. La definición y alcance de estos derechos se explicitará en el próximo apartado.

1.2. Derechos y reparaciones

a. Derechos

Según Eduardo Luis Duhalde²⁴, ex Secretario de Derechos Humanos de la Nación, el derecho a la identidad “tiene especial importancia en Argentina ya que durante la última dictadura militar fue gravemente vulnerado por las prácticas de apropiación ilegal y sustitución de identidad de los niños secuestrados y de aquellos nacidos en cautiverio”²⁵. Destacó la función cumplida por las Abuelas de Plaza de Mayo en la lucha por el reconocimiento de este derecho como un derecho humano fundamental que fue incluido en la Convención sobre los Derechos del Niño.

El paradigma que introduce la Convención sobre los Derechos del Niño, desde su entrada en vigor en 1990, supone un cambio profundo y radical en la manera de concebir la infancia, habida cuenta que confiere a la niñez un nuevo estatus: el de sujeto pleno de derecho. Este cambio de paradigma rige en Argentina desde ese mismo año e incluso en 1994 se otorga a la Convención sobre los Derechos del Niño jerarquía constitucional. Luego de largos debates, en el año 2005, Argentina da un importante paso al comenzar el proceso de adecuación normativa a la Convención y sanciona la Ley N° 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y

²⁴ Ocupó el cargo de Secretario de Derechos Humanos de la Nación desde 2003 hasta que falleció el 3 de abril de 2012.

²⁵ *Derecho a la identidad: dimensiones experiencias y políticas públicas*, publicación realizada por la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación con la colaboración del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Oficina de Argentina. Marzo de 2009.

Adolescentes, que establece la implementación de un Sistema de Protección Integral para la infancia y la adolescencia.

Los artículos 7, 8 y 11 de la Convención de los Derechos del Niño son conocidos como “los artículos argentinos” dado que fueron introducidos a instancias de la delegación argentina, con el objetivo de impulsar a los gobiernos a adoptar medidas que previnieran las desapariciones forzadas de niños y niñas, como las que tuvieron lugar durante la última dictadura. Es el primer tratado que específicamente habla de “derecho a la identidad” y en el articulado refleja varios de los elementos que la componen, tanto el derecho al nombre, a la nacionalidad, a ser criado por los padres, a las relaciones familiares sin injerencias ilícitas.

En la disertación realizada en la Jornada Nacional “El compromiso de las políticas públicas en la garantía del derecho a la identidad”, en noviembre de 2006, la Lic²⁶. Ana Berezin habló sobre la construcción social y cultural de la identidad. Según sus propias palabras, “la identidad es una compleja construcción individual y colectiva y compromete cuestiones muy significativas para la subjetividad”²⁷. Y piensa a la subjetividad como una construcción histórica-social, es decir que construye y es construida en una experiencia histórica social.

Berezin quiere dejar asentado no sólo la complejidad de la identidad sino los usos que hacen de ella determinadas ideologías y políticas autoritarias como, por ejemplo, afirmar la identidad a partir de la negación de la alteridad, exacerbar la identidad nacional, religiosa, de grupo o de clase social, la discriminación, etc. En este sentido, se puede decir que aquí se intentó “borrar” la identidad de determinados sujetos en relación a sus orígenes con la intención de anular todo rasgo “subversivo” en las

²⁶ Psicóloga.

²⁷ *Derecho a la identidad: dimensiones experiencias y políticas públicas*: Op. Cit.

nuevas generaciones. Y desde ese intento fallido es que se vulneró también el derecho a la verdad, que es otra de las temáticas que Berezin describe: la relación del sujeto con la verdad de su comienzo y de su origen.

La verdad, afirma, “no es absoluta ni cerrada, es siempre búsqueda de verdad, y se despliega y se devela en el encuentro con el otro, su diferencia y su semejanza”. Encuentro en el reconocimiento del otro y de sí mismo. La relación del sujeto en su devenir identitario incluye entonces a la memoria. La búsqueda de la verdad en el encuentro con el otro, con los otros, sujetos todos del orden cultural, van recorriendo una experiencia identitaria a lo largo de la historia²⁸.

Berezin señala: “Todo lo que decimos cuando decimos derecho a la identidad, todas estas implicancias son soporte de los lazos sociales, de la construcción histórico social de la subjetividad y de la cultura. Y también intenta transmitir el valor que dicho derecho tiene para el despliegue de lo humano. Entonces, defender el derecho a la identidad singular y colectiva es resistir, como gran parte de nuestra sociedad lo viene haciendo, al poder destructivo de la crueldad de la desaparición, el genocidio, el olvido y la anulación del derecho a la identidad”.

En nuestro país hubo un hecho clave que determinó el rescate de “la verdad” como un derecho colectivo. En 1995, el periodista Horacio Verbitsky publicó el libro *El vuelo*, en donde está incluido el relato del ex Capitán de Corbeta Adolfo Scilingo sobre la participación de la Armada en la “guerra sucia”, que describe la metodología utilizada en la mayoría de los casos para terminar con el problema que planteaba la existencia de miles de prisioneros sobrevivientes. A través de ese relato, se confirmó que los prisioneros eran arrojados vivos, narcotizados y desnudos al mar, desde aviones de la

²⁸ Ídem.

Marina de Guerra y Prefectura Naval. Alicia Oliveira y María José Guembe comentan en su escrito *La verdad, derecho de la sociedad*²⁹ que una vez conocido el testimonio de Scilingo, las voces que se hicieron oír no fueron únicamente las de los damnificados directos y los organismos de derechos humanos sino que la reacción fue mucho más amplia. “Movilizaciones frente a la ESMA, flores arrojadas al Río de la Plata, notas periodísticas, etc., fueron algunas manifestaciones. Los reclamos ante la justicia se realizaron por los familiares de las víctimas, ya que sólo ellos tienen legitimación activa”³⁰, repasan las autoras.

Por otra parte, Juan E. Méndez dice en su texto *El derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos* que uno de los principios emergentes que más claramente ha aparecido en el derecho internacional frente a violaciones masivas y sistemáticas de los derechos más fundamentales (a la vida, a la integridad física de las personas, al debido proceso o a un juicio justo) es que el Estado está obligado a investigar, procesar y castigar a quienes resulten responsables, y a revelar a las víctimas y a la sociedad todo lo que pueda establecerse sobre los hechos y circunstancias de tales violaciones. Si bien su artículo se centra en el “derecho a la verdad”, aclara que el mismo es inseparable de un “derecho a la justicia” de contenido más general y que implica obligaciones por parte del Estado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), señala Méndez, desarrolló una teoría sobre las obligaciones afirmativas de los Estados cuando están en presencia de violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la gravedad intrínseca de las desapariciones, obligaciones que naturalmente se hacen extensivas a

²⁹ Oliveira, Alicia-Guembe, María José: “La verdad, derecho de la sociedad”, p. 546. En *La aplicación de los tratados sobre DDHH por los Tribunales locales* (compiladores Martín Abregú-Christian Courtis), Editores del Puerto. 1997.

³⁰ *Ibidem*, p. 547.

gobiernos sucesivos aunque estos últimos no hayan sido responsables de ellas. “Por tratarse de crímenes de lesa humanidad, dijo la CIDH, las desapariciones hacen surgir en el Estado la obligación de investigarlas, procesar y castigar a los responsables entre los agentes del Estado, y revelar a las familias y a la sociedad todo cuanto pueda establecerse sobre la suerte y paradero de las víctimas”³¹.

Méndez explica que se trata de un deber afirmativo porque se lo encuadra no sólo en la obligación genérica de respetar los derechos sino en la de garantizar su ejercicio, conforme al art. 1.1 de la Convención Americana.

“De esta manera, queda claro que, al menos cuando se trata de violaciones que tienen carácter de crímenes de lesa humanidad, el derecho de las víctimas frente al Estado no se agota en la obtención de una compensación pecuniaria, sino que requiere una reparación integral que incluye el derecho a la justicia y al conocimiento de la verdad”³².

Méndez habla del derecho a la verdad y lo relaciona con otro derecho fundamental que es el derecho a la información. “El derecho a la verdad sobre violaciones masivas y sistemáticas del pasado es parte integrante de la libertad de expresión, que en todos los instrumentos internacionales se vincula con un derecho a la información en posesión del Estado”³³.

³¹ Méndez, Juan E.: “El derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, p. 520. En *La aplicación de los tratados sobre DDHH por los Tribunales locales* (compiladores Martín Abregú-Christian Courtis), Editores del Puerto. 1997.

³² Ídem.

³³ *Ibidem*, p. 524.

En *América Latina y la libertad de Expresión*³⁴, Damián Loreti describe los orígenes del derecho a la información y asegura que la satisfacción de ese derecho “es un acto de justicia y deberá estar orientada al sujeto universal”³⁵.

La libertad de información no se suscribe sólo a la libertad de difundir, sino que incluye también la libertad de recibirla. Este derecho está mencionado en tratados y declaraciones de derechos humanos de alcance universal o regional como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Colombia, 1948), en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), entre otros.

Entendido como derecho humano fundamental, comprende tres elementos principales: la búsqueda (o investigación), la recepción, y la difusión de la información³⁶. En el texto de Duhalde-Alén se sostiene que el derecho a la información es “superador” de la noción de libertad de expresión, porque tiende a conciliar los intereses de quienes dan y reciben información, garantizando igualmente el derecho a buscar información³⁷.

Loreti ratifica lo anterior e indica -y esta es la afirmación que guiará el trabajo- que “el derecho a la información es el derecho a recibir, difundir, investigar informaciones y opiniones por cualquier medio, según decía el tratado de 1948 en el artículo 19 de la Convención Universal de los Derechos Humanos y sin limitación de fronteras”³⁸.

³⁴ Loreti, Damián: *América Latina y la libertad de expresión*. Grupo Editorial Norma, 2005.

³⁵ *Ibídem*, p. 17.

³⁶ Duhalde-Alén: *Op. Cit.* p. 89.

³⁷ *Ibídem*, p. 90.

³⁸ http://www.catedras.fsoc.uba.ar/loreiti/teoricos_desgrabados/teo_3_01_2010.pdf

En el texto *El rol del Estado como garante del derecho humano a la comunicación*³⁹, los autores, Damián Loreti y Luis Lozano, relatan los cambios que fue teniendo este derecho en la primera mitad del siglo XX –creación de asociaciones de periodistas, consejos y otras instancias de evaluación ética de la actividad informativa- que “serán el preámbulo de una nueva fase en que la información se consagrará como un derecho”⁴⁰. Y -para retomar la definición de derecho a la información- explican que la etapa ‘universalista’ tiene su inicio a partir de un suceso jurídico fundamental: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que reconoce en su artículo 19, como ya se señaló, el derecho a la información⁴¹. El artículo 19 dice textualmente: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

De esta manera, indican Loreti-Lozano, “la información y la comunicación dejan de ser potestades del Estado, de los empresarios periodísticos o, inclusive, de los propios periodistas, para convertirse en un derecho humano, cuyo titular es el público”⁴². Esto da lugar a los diversos compromisos y mandatos que se plasman en instrumentos internacionales que asumieron los Estados a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. La Convención Americana, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 detalla en su artículo 13 lo siguiente:

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

³⁹ Loreti, Damián - Lozano, Luis: *El rol del Estado como garante del derecho humano a la comunicación*, disponible en: http://www.catedras.fsoc.uba.ar/loreti/documentos_de_la_catedra/Infojus-Loreti.Lozano.pdf.

⁴⁰ *Ibíd*em, p. 38.

⁴¹ *Ídem*.

⁴² *Ídem*.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Se cita al artículo 13, en este caso, porque está relacionado a su vez con el derecho a la verdad, cuya interpretación evolucionó y “actualmente se considera que el derecho a la verdad pertenece a las víctimas y sus familiares y también a la sociedad en

general”⁴³. En la página web de la Organización de los Estados Americanos se puede leer que el informe realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre un grupo de casos de Chile⁴⁴ en 1998 constituyó la primera ocasión⁴⁵ en que la Comisión consideró el artículo 13 dentro del marco del derecho a la verdad, así como la primera vez que reconoció que este derecho pertenece a los miembros de la sociedad en general, así como a las familias de las víctimas de violaciones de derechos humanos⁴⁶.

En relación al derecho de acceso a la información, que no es lo mismo que derecho a la información, Víctor Abramovich y Christian Courtis⁴⁷ realizan un recorrido teórico en el que esclarecen la diferencia sustancial entre “derecho a” y “derecho de acceso a”.

Los autores afirman que tal vez la característica fundamental de la información es su carácter de medio o instrumento para el ejercicio de otros derechos. De modo que la información tiene, “además de un valor propio, un valor instrumental que sirve como presupuesto del ejercicio de otros derechos y del funcionamiento institucional de contralor de los poderes públicos”⁴⁸. La noción de acceso a la información surge como “exigencia de socialización de la información y por ende como límite a la exclusividad o al secreto de la información”⁴⁹.

⁴³ <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=156&IID=2>.

⁴⁴ En este grupo de casos, los peticionarios sostuvieron que la constante aplicación de la ley de amnistía en Chile violaba los derechos de las víctimas de la represión durante el régimen de Pinochet. Conforme a la ley, se perdonaban los crímenes cometidos entre 1973 y 1978, impidiéndose la investigación y sanción de los delitos y acordándose impunidad a sus responsables. La Comisión consideró que el Estado había violado, entre otros, el derecho de las familias de las víctimas y de la sociedad a conocer la verdad acerca de lo ocurrido en Chile. Información disponible en:

<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=156&IID=2>.

⁴⁵ Se pueden ver más casos en el mismo link de la nota al pie anterior.

⁴⁶ <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=156&IID=2>.

⁴⁷ Abramovich, Víctor - Courtis, Christian: El acceso a la información como derecho. Disponible en:

<http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/5/276.pdf>.

⁴⁸ Abramovich-Courtis: Op. Cit. p. 1. Disponible en:

<http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/5/276.pdf>

⁴⁹ *Ibidem*, p. 2.

Abramovich y Courtis clasifican a la información como bien individual y como bien colectivo. En el primer caso, afirman, “uno de los ejes de definición del acceso a la información en tanto derecho ha tendido a presentarlo como correlato de la libertad de expresión”⁵⁰. Sin embargo, la conceptualización del acceso a la información como derecho de raigambre meramente individual tiene limitaciones que dificultan su alcance. En el segundo abordaje, como bien colectivo, cobra un carácter público o social que “tiende a reemplazar el empleo instrumental de la información no como –o no sólo como– factor de autorrealización personal, sino como mecanismo o andamiaje de control institucional, tanto frente a autoridades públicas como frente a particulares cuya situación de poder de injerencia o inducción permite la determinación de conductas de otros particulares o su misma subordinación”⁵¹.

“Existen evidentes vínculos entre esta concepción, una noción participativa de la democracia y la consideración del respeto de los derechos fundamentales como fuente de legitimación del ejercicio del poder. En este sentido, el acceso a la información pública es un derecho fundado en una de las características principales del gobierno republicano, que es el de la publicidad de los actos de gobierno y transparencia de la administración”⁵², señalan Abramovich-Courtis.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en respaldo a su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, adoptó en una Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, en cuyo principio 4 se establece que: “El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite

⁵⁰ Ídem.

⁵¹ Ibídem, p. 3-4.

⁵² Ibídem, p. 4.

limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas”⁵³.

Un caso en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre el reclamo de un particular que había solicitado al Estado información sobre un contrato de inversión extranjera es el conocido como “Claude Reyes y otros c. Chile” (sentencia de 19 de septiembre de 2006). En la sentencia de este caso, citado en el texto *El acceso a la información como derecho* de Abramovich-Courtis, se consagra el derecho de acceso a la información pública -y la correlativa obligación estatal de entregarla- a partir del derecho de buscar y recibir información establecido en el artículo 13.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El Estado negó la información solicitada por el particular pero la Corte Interamericana luego consideró que era de interés público.

Loreti-Lozano, por otra parte, remarcan en relación a este derecho de acceso a la información pública que resulta prioritario, no sólo a partir del principio republicano que consagra la publicidad de los actos de Gobierno, es decir que excede su utilización como herramienta para combatir a la corrupción, sino que “es necesario comprender que se trata de un instrumento sustantivo para el ejercicio y goce de derechos sociales, económicos y culturales de incidencia colectiva. También por eso, hace a una política de Estado en materia de comunicación”⁵⁴.

El derecho a la intimidad, como contrapartida de los derechos antes descriptos, implica el “tener un ámbito reservado en el que se desenvuelve la vida, sin que los terceros

⁵³ *Ibíd*em, p. 5.

⁵⁴ Loreti, Damián - Lozano, Luis: *Op. Cit.* p. 49.

puedan tener acceso a ese ámbito privado o íntimo”⁵⁵. En el artículo 19 de la Constitución se indica que “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 exentas de la autoridad de los magistrados”⁵⁶.

b. Reparaciones

Alejandro Kawabata escribe sobre el deber de reparar de los Estados⁵⁷ en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A partir de la adhesión de algunos Estados a esta Convención, éstos consienten responsabilizarse internacionalmente de las violaciones de que se les acuse. Las obligaciones básicas asumidas por los Estados implican, en primer lugar, que su actuación no debe ir más allá de los límites que fijan las normas de derechos humanos. Es decir, “hay ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público”⁵⁸.

En segundo lugar, Kawabata afirma que surge como consecuencia de lo anterior la obligación de los Estados de adecuar su sistema jurídico interno para asegurar la efectividad del goce de dichos derechos. Esto, explica, “es una obligación positiva, acarrea la necesidad de que el Estado realice una actividad de adecuación, ello es, una obligación de hacer”. Y esto viene de la mano de la obligación de los Estados de protección, que les impone: “a) investigar la violación a los derechos humanos; b) restaurar el derecho, de ser ello posible; c) reparar los daños; d) identificar y sancionar

⁵⁵ Duhalde-Alén: Op. Cit. p. 333.

⁵⁶ Constitución de la Nación Argentina.

⁵⁷ Kawabata, Alejandro: *Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

⁵⁸ Ídem; Corte Interamericana de DDHH, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de marzo de 1986.

a los autores; e) casos de denegación de justicia”⁵⁹. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho: “... los Estados deben prevenir, investigar, y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación...”. Entre las formas de reparación que mencionó el Relator Especial Dr. Theo Van Boven -en el Proyecto de Principios y Directrices Básicos relativos a la reparación de violaciones flagrantes de los derechos humanos- están: i) la restitución; ii) la indemnización; iii) la rehabilitación; iv) la satisfacción y las garantías de no repetición. Con respecto a esta última, señala que abarca un abanico de medidas entre las que nombra: a) la cesación de las violaciones existentes; b) la verificación de los hechos y la revelación completa y pública de la verdad; c) el dictado de una sentencia declaratoria a favor de la víctima; d) una disculpa, incluido el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de la responsabilidad; e) el enjuiciamiento de las personas a quienes se considere responsable; etc.

La creación del BNDG, en este sentido, puede entenderse como una forma de reparación por parte del Estado argentino, si nos remitimos a la “obligación de hacer”. Con esta institución, el Estado cumple con la obligación de investigar, restaurar ciertos derechos, reparar -en algún aspecto- algunos daños e incluso tiene la posibilidad de identificar y sancionar a los autores. A su vez, cumple con el punto b) y el e) que están relacionados directamente con el derecho a la información y con el derecho a la verdad. Pues el Banco, en su función de revelación de la identidad de personas, sirve para satisfacer los derechos mencionados y es, a la vez, la medida de prueba para lograrlo.

⁵⁹ *Ibíd*em, p. 356.

Kawabata destaca en su texto, entre otras, la creación del BNDG -“que facilitó el trabajo de identificación y restitución a su familia de sangre de los hijos de desaparecidos o asesinados, secuestrados o nacidos en cautiverio, tarea que se vio reforzada por la creación de la Comisión por el Derecho a la identidad”⁶⁰ - como una de las acciones llevadas a cabo por el Estado argentino en el ámbito de la reparación.

Si bien el autor advierte que no todos fueron logros, cuenta que “la política reparatoria argentina constituye una experiencia con pocos ejemplos en el mundo que, por sus características, ha merecido el reconocimiento de otros países, al punto de solicitarse asesoramiento en la materia para poner en marcha políticas reparatorias en Guatemala⁶¹ y Haití, mereciendo el reconocimiento del Comité Internacional de la Cruz Roja, del Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”⁶².

Juan E. Méndez, en su texto, también habla sobre el concepto de reparación integral. Dice que “requeriría ante todo un esfuerzo por volver al status quo ante, remedio que en la mayoría de los casos no será posible”, y afirma que no puede considerarse integral la reparación si no incluye la investigación y revelación de los hechos y un esfuerzo por procesar y castigar penal y disciplinariamente a quienes resultaren responsables.

En la entrevista realizada a la actual Directora del Banco Nacional de Datos Genéticos, María Belén Rodríguez Cardozo, ella advierte que “Argentina es un país pionero en lo que es la creación de un Banco para poder por lo menos reparar todo lo que el

⁶⁰ *Ibidem*, p. 378 y 380.

⁶¹ “...en el caso de Guatemala no está la búsqueda de chicos nacidos en cautiverio o secuestrados, que digamos fundamentó que exista una base de datos de familiares de ambas ramas materna-paterna para la búsqueda. Sino que lo que buscaban era la identificación de los restos óseos de las fosas comunes. Esa sería la diferencia de objetivos con respecto a Guatemala”, comenta la Dra. Rodríguez Cardozo. Ver entrevista completa en el Anexo.

⁶² Kawabata, Alejandro: *Op. Cit.* p. 378 y 380.

gobierno de facto dejó...”⁶³. Para describir el rol fundamental de esta entidad, se mencionarán algunas nociones del filósofo Cornelius Castoriadis, en el siguiente apartado, en función de que en sus reflexiones expresa que “toda sociedad existe gracias a la institución del mundo como su mundo y gracias a la institución de sí misma como parte de ese mundo”⁶⁴. Habla de la creación humana y de las sociedades autónomas, es decir, de las sociedades que “crean/construyen” sus propias instituciones. “La emergencia de nuevas instituciones y de nuevas maneras de vivir no son ‘descubrimientos’, son constituciones activas”⁶⁵, afirma en ese sentido Castoriadis. La creación/institución del Banco Nacional de Datos Genéticos por parte de la sociedad argentina será relatada en armonía con el planteo de Castoriadis y de sus definiciones de “institución”, en un sentido amplio, y de “significaciones imaginarias sociales”.

⁶³ Ver entrevista completa en el Anexo.

⁶⁴ Castoriadis, Cornelius: *La institución imaginaria de la sociedad*, (Editions du Seuil, 1975). 1ª reimpresión, Tusquets Editores, Buenos Aires, 2010, p. 300.

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 215.

2. El Banco Nacional de Datos Genéticos: su rol fundamental

“Yo creo que el Banco siempre fue una herramienta fundamental. En el mundo no hay antecedentes de organismos de este tipo”⁶⁶, asegura la directora del BNDG.

Entre todos los organismos nombrados y que se pueden mencionar que colaboraron en la búsqueda de la verdad, se puede afirmar, como dice Rodríguez Cardozo, que el Banco Nacional de Datos Genéticos fue y sigue siendo una institución fundamental y única en muchos sentidos.

Porque es una institución científica pero surgió por impulso de un organismo de derechos humanos, porque a nivel jurídico sirvió y sirve como una herramienta imprescindible de prueba, porque a nivel histórico es un banco que -más allá del componente sentimental- archiva datos genéticos y esos datos son información⁶⁷.

Mediante su creación se vieron garantizados muchos derechos como el derecho a la identidad, el derecho a la verdad, y el derecho a la información. También el derecho a la intimidad, ya que se garantiza el cuidado y confidencialidad de las personas que requieren de sus servicios en la búsqueda de una respuesta.

⁶⁶ Ver entrevista completa en el Anexo.

⁶⁷ El Decreto 38/2013 (reglamentario de la Ley relativa al BNDG N° 26.548) detalla qué se entiende por Archivo Nacional de Datos Genéticos: a) Al archivo y el almacenamiento de todas las muestras ingresadas, ya sean: 1) muestras hemáticas; 2) hisopados bucales; 3) material cadavérico; 4) evidencias obtenidas a partir de los allanamientos, requisas u otros actos celebrados por orden judicial, ya sea material orgánico u objetos; 5) ADN extraído.

b) Al registro informático correspondiente a los datos identificatorios, en los casos en que se los tenga: nombre, apellido, documento nacional de identidad, fechas de nacimiento, etnia, etcétera, y perfiles genéticos obtenidos a partir de los estudios y análisis de los sistemas indicados en el artículo 12 de la ley que se reglamenta.

c) El archivo en papel de las imágenes y resultados correspondientes a todos los estudios bioquímicos y genéticos realizados sobre las muestras incluidas en el archivo informático.

Con relación a la información no incluida en los puntos precedentes, formará parte del ARCHIVO NACIONAL DE DATOS GENETICOS cualquier escrito remitido al BANCO NACIONAL DE DATOS GENETICOS referido a las causas judiciales, ya sea en forma de oficio judicial, de escritos de la COMISION NACIONAL POR EL DERECHO A LA IDENTIDAD o de escritos remitidos por organizaciones gubernamentales y no gubernamentales que tengan por finalidad identificar a hijos o hijas de personas desaparecidas y todos los escritos generados por el BANCO NACIONAL DE DATOS GENETICOS referidos a estas causas.

Disponible en: <http://infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/205000-209999/207794/norma.htm>.

Es una institución científica que no tuvo un origen desde la ciencia sino más bien desde una necesidad social que se manifestó como consecuencia de lo ocurrido en la dictadura cívico-militar.

Una pregunta válida entonces es: ¿cuándo esta institución se volvió necesaria en nuestra sociedad?

La Lic. Alicia Lo Giúdice, en representación del Centro de Atención Psicológica de Abuelas de Plaza de Mayo, se refirió⁶⁸, en este sentido, al trabajo que comenzó a hacerse con los jueces. Ya que lo que ocurrió en su momento es que los niños y niñas apropiados no estaban indocumentados, sino que tenían documentación falsa. Entonces el problema, explica Lo Giúdice, era cómo probar que lo que decían desde Abuelas y/o las familias era correcto cuando jurídicamente el niño tenía una inscripción y luego hacían valer la convivencia. Allí es cuando la institución, Abuelas, comienza a tener lazos con personas de la ciencia que descubren lo que en su momento fue llamado el “índice de abuelidad”, que es la posibilidad de, aún en ausencia de una generación, probar el vínculo sanguíneo a través de abuelo/as y de otros familiares.

Avanzada ya la democracia, se crea el Banco Nacional de Datos Genéticos que tiene una íntima relación con la CONADI debido a que, como ya se explicó, la Comisión puede requerir colaboración y asesoramiento del Banco y solicitar a dicho organismo la realización de pericias genéticas. El Banco guarda la sangre de las familias de los casos denunciados porque aunque no se de una coincidencia inmediata, luego puede compararse con futuras muestras.

⁶⁸ También en la Jornada Nacional “El compromiso de las políticas públicas en la garantía del derecho a la identidad”, en noviembre de 2006.

La Asociación Abuelas en su página web manifiesta: “Para asegurar la validez de los análisis de sangre hemos implementado un Banco de Datos Genéticos, creado por la Ley Nacional Nº 23.511, donde figuran los mapas genéticos de todas las familias que tienen niños desaparecidos”⁶⁹.

Esta “creación”, como ya se puntualizó, fue consecuencia de múltiples factores histórico-sociales de la sociedad en que vivimos. En relación con lo anterior, el filósofo Cornelius Castoriadis señaló en una conferencia en 1981⁷⁰, que luego figuró en el texto *Lo imaginario: la creación en el dominio histórico-social*, que “el hombre sólo existe en la sociedad y por la sociedad... y la sociedad es siempre histórica”. Explicó que la sociedad como tal es una forma particular y singular, y que “la forma” implica la organización, el orden (orden/desorden).

En esa conferencia revela que su intención es mostrar qué sentido adquieren el orden, la forma, la organización en el dominio histórico social. Se pregunta primero qué es lo que mantiene unida a una sociedad y segundo qué es lo que hace nacer formas de sociedad diferentes y nuevas. En este sentido, apunta a que tanto el funcionalismo, el estructuralismo, en general, conciben a la sociedad como una reunión o colección de “individuos” ligados entre sí y todos ellos juntos relacionados con las “cosas”. Y las cosas son creaciones sociales, tanto en general como en la forma particular que asumen en cada sociedad dada.

Volviendo a la primera pregunta, afirma que “lo que mantiene unida a la sociedad es evidentemente su institución, el complejo total de sus instituciones particulares”⁷¹.

Aquí la palabra “institución” es utilizada en su sentido más amplio: “normas, valores,

⁶⁹ <http://www.abuelas.org.ar/historia.htm>

⁷⁰ Conferencia pronunciada en el Simposio Internacional de Stanford “Desorden y orden” (14.16 de septiembre de 1981).

⁷¹ Ídem.

lenguaje, herramientas, procedimientos y métodos de hacer frente a las cosas y de hacer cosas...”⁷².

Las instituciones se imponen mediante la coerción, pero también mediante la adhesión, el apoyo, el consenso, la legitimidad, la creencia, explica el autor. Pero, en última instancia, “mediante la formación de la materia prima humana en individuo social, en el cual se incorporan tanto las instituciones mismas como los ‘mecanismos’ de la perpetuación de tales instituciones”⁷³.

La institución de la sociedad, expresa, está hecha de múltiples instituciones particulares que forman un todo coherente y funcionan como tal. Hay una unidad en la institución total de la sociedad, y esa unidad es -en última instancia- “la unidad y la cohesión interna de la urdimbre inmensamente compleja de significaciones que empapan, orientan y dirigen toda la vida de la sociedad considerada y a los individuos concretos que corporalmente la constituyen”.

Esa urdimbre es lo que Castoriadis llama el *magma de las significaciones imaginarias sociales*. Esas significaciones, que cobran cuerpo en la institución de la sociedad considerada y la animan, son, por ejemplo, espíritus, dioses, Dios, polis, ciudadano, nación, estado, partido, mercancía, dinero, capital, tabú, etc. pero también hombre/mujer.

“Toda sociedad (como todo ser vivo o toda especie viva) instaaura, crea su propio mundo en el que evidentemente ella está incluida. Lo mismo que el caso del ser vivo, es la ‘organización’ propia de la sociedad (significaciones e institución) lo que define, por ejemplo, aquello que para la sociedad considerada es ‘información’, aquello que es

⁷² Ídem.

⁷³ Ídem.

‘estrépito’ y aquello que no es nada...”⁷⁴, dice Castoriadis. La sociedad, reafirma, es *autocreación que se despliega como historia*.

En torno de lo que afirma Castoriadis es que se puede decir que la sociedad argentina creó el Banco Nacional de Datos Genéticos, así como también creó otro tipo de instituciones, siguiendo al autor, no en el sentido estricto de la palabra. Por ejemplo, la institución de lo que implica el derecho a la identidad en la argentina, el derecho a la verdad, y el derecho a la información, por nombrar algunas instituciones/creaciones relacionadas con esta tesina.

Esta creación respondió a una necesidad pero también a un desarrollo de esta sociedad como tal que determinó que un grupo de personas impulsaran una ley y que ese Banco pasara a formar parte del Estado y que entrara a integrar esa urdimbre de significaciones a través de la cual la sociedad se mantiene unida e instaura su propia lógica interna.

Toda sociedad, sigue Castoriadis, ha intentado dar respuesta a cuestiones fundamentales: ¿quiénes somos como colectividad?, ¿qué somos los unos y los otros?, ¿dónde y en qué estamos? ¿Qué queremos, qué deseamos, qué nos hace falta?

“La sociedad debe definir su identidad, su articulación, el mundo, sus relaciones con él y con los objetos que contiene, sus necesidades y sus deseos”⁷⁵, explica.

Por ello es que se señala al BNDG como parte del conjunto de instituciones a través de las cuales la sociedad argentina le da sentido a su mundo, respondiendo a sus necesidades, a sus deseos y a la articulación entre actores político, cívico, jurídico, sociales que intervienen en esa relación.

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ Castoriadis, Cornelius: *La institución imaginaria de la sociedad*, (Editions du Seuil, 1975). 1ª reimpresión, Tusquets Editores, Buenos Aires, 2010, p. 236.

3. Elección de los casos a analizar

Los casos a analizar fueron elegidos por el papel trascendental que cumplieron en relación con los derechos que se tratan en la tesina: a la identidad, a la intimidad, a la información y a la verdad, y en función de que tuvieron relación directa o indirecta con la consolidación del Banco Nacional de Datos Genéticos.

Evelyn Bauer Pegoraro, su nombre verdadero de acuerdo a la recuperación de su identidad biológica, es el caso conocido como Vázquez Ferrá y fue la primera causa en poner en conflicto los derechos a la intimidad, a la identidad, a la verdad, y a la información. Además, a partir de ese caso y de la denuncia realizada por Abuelas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se llegó a una solución amistosa con el Estado argentino mediante la que se impulsó la Ley N° 26.549, de obtención de ADN⁷⁶.

El de Emiliano y Guillermo Prieto es otro caso paradigmático ya que en él la Corte se pronuncia a favor de realizar los análisis genéticos cuando esté en duda la identidad de las personas, sospechadas de haber sido apropiadas durante la última dictadura, por otros métodos antes de llegar a la extracción hemática, tal como está previsto en la Ley de obtención de ADN, recién mencionada.

Y el más conocido de todos es el caso de los hermanos Marcela y Felipe Noble Herrera que no sólo tuvo una difusión mediática sin precedentes, sino que además es el que más años tardó en resolver la Justicia y el que atravesó, de alguna manera, a los otros dos casos.

⁷⁶ Disponible en:
<http://www.diputados.gob.ar/frames.jsp?mActivo=legislacion&p=http://www.hcdn.gob.ar/legis>.

3.1. Presentación de los casos

a. Caso Evelyn Vázquez Ferrá

Esta causa se origina en la querrela promovida por la madre de Susana Pegoraro, basada en que su hija desapareció en el curso del año 1977, cuando estaba embarazada de cinco meses, después de haber estado detenida en el centro de detención clandestino existente en la Escuela de Mecánica de la Armada, donde nació su nieta, que habría sido entregada a Policarpo Vázquez –quien se desempeñaba en la base naval de submarinos de Mar del Plata– e inscripta en el Registro Civil como Evelyn Karina Vázquez Ferrá⁷⁷.

Tanto Policarpo Vázquez como su esposa, Ana María Ferrá, admitieron en sus respectivas declaraciones indagatorias no ser los padres biológicos de Evelyn, que les fue entregada por personal de la Armada en circunstancias que hacían sospechar que era hija de desaparecidos. Sin embargo, fue inscripta como hija del matrimonio por medio de un certificado de nacimiento falso y fue criada como tal hasta el momento en que se inició la causa y ambos realizaron esa confesión que fue, además, corroborada por los dichos de la partera que firmó el certificado sin haber asistido al nacimiento (fs. 75/77 y 80, y certificado de fs. 69 del principal)⁷⁸.

Se dictó prisión preventiva respecto de Policarpo Vázquez, como autor de los delitos de falsedad ideológica de documento público, supresión de estado civil y retención de un menor de diez años.

Al respecto, Evelyn Vázquez Ferrá inició una acción judicial en la que impugnaba la orden de extraerle compulsivamente sangre para realizar un examen hematológico

⁷⁷ *Los niños desaparecidos y la Justicia. Algunos fallos y resoluciones. Tomo III*, disponible en:

<http://www.abuelas.org.ar/material/libros/juridico3.pdf>.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 161-162.

que determinara si era nieta de la querellante, alegando que la medida constituía “una inadmisibles intromisión del Estado en su esfera de intimidad, que lesionaba su derecho constitucional a la integridad física, al obligarla a tolerar una injerencia sobre su propio cuerpo en contra de su voluntad; que afectaba su dignidad al no respetar su decisión de no traicionar los intensos lazos afectivos que mantenía con aquellos que la criaron y a quienes seguía viendo como si fueran sus verdaderos padres; y que violaba garantías constitucionales al no tomar en cuenta que la ley procesal la autorizaba a proteger su núcleo familiar autorizándola a negar su testimonio cuando él pudiera derivar una prueba de cargo”⁷⁹ (arts. 163 y 278 del Código de Procedimientos en Materia Penal, por el cual se regía ese proceso).

La Corte Suprema de Justicia⁸⁰, al respecto, argumentó para decidir en contra de la extracción de sangre que “ni siquiera se apreciaba la necesidad de un examen sanguíneo -calificado por la cámara de prueba meramente complementaria- para concluir en la existencia del delito que motivaba el proceso”⁸¹. En su dictamen se explicaba que a partir de la confesión de ambos procesados, la prueba sólo estaría destinada a demostrar la existencia del verdadero lazo de parentesco con la querellante, ya que la comisión del delito ya estaba probada.

Y se agregaba que si Evelyn, siendo ya mayor de edad y capaz, no quería conocer su verdadera identidad, “el Estado no podía obligarla ya que no guardaba relación directa con la finalidad de comprobar y juzgar el delito que se investigaba en la causa”⁸².

⁷⁹ *Ibíd*em, p. 164.

⁸⁰ Integrada en ese entonces por Carlos S. Fayt, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi, Eduardo Moline O’Connor, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, Adolfo Roberto Vázquez, Juan Carlos Maqueda.

⁸¹ *Los niños desaparecidos y la Justicia. Algunos fallos y resoluciones*: Op. Cit., p. 166.

⁸² *Ídem*.

En relación a la querellante, la posible abuela de Evelyn, se hace mención de su situación diciendo que la función que hubiera cumplido la realización del examen de sangre era confirmarle si su “penosa búsqueda” había llegado a su fin. Y dice considerársela también víctima del hecho investigado. Sin embargo, el voto de la mayoría alude a que sólo podría ser satisfecha su pretensión mediante “un intenso ejercicio de la violencia estatal sobre el cuerpo de la recurrente”⁸³, lo cual según el criterio esgrimido, “lesionaba el derecho a la intimidad que el artículo 19 de la Constitución Nacional le reconocía”⁸⁴ a Evelyn.

b. Caso Guillermo y Emiliano Prieto

El caso de los hermanos Prieto comienza a partir de una denuncia realizada en 1982 por Abuelas a partir de la sospecha de que pudieran ser hijos de desaparecidos. Ambos inscriptos (en 1976, Guillermo y en 1978, Emiliano) y criados como hijos propios por el suboficial de la Marina Guillermo Antonio Prieto y su esposa Emma Gualtieri.

Particularmente en el caso de Guillermo, desde 1992 la Justicia ordenó en varias oportunidades la realización de un análisis de sangre. Pero los estudios no se concretaron en principio por la negativa del matrimonio y desde 1998 por la oposición del propio joven, que había alcanzado la mayoría de edad. Más tarde, se ordenó el allanamiento del domicilio de Guillermo de donde se secuestraron efectos personales para la realización del análisis genético por otro método que no implicara una extracción de sangre. Sin embargo, impugnó la medida, que establecía la utilización del material genético, por considerar que su legitimidad ya había sido cuestionada ante la Corte Suprema (en Vázquez Ferra).

⁸³ *Ibidem*, p. 180.

⁸⁴ *Ídem*.

La Cámara Federal admitió la queja -es decir, la analizó- pero confirmó lo decidido en primera instancia ya que si bien la interposición del recurso extraordinario contra la decisión de extracción compulsiva de sangre había tenido efecto suspensivo, eso no impedía que se dispusiera la realización de otras medidas de prueba.

Contra esta decisión, Guillermo presentó un recurso extraordinario lo cual implicó la llegada del caso a la Corte, que también dejó firme la sentencia de primera instancia.

En el caso de Emiliano, la Justicia le ordenó la extracción de sangre en el año 2000 y él se negó. Tras sucesivas apelaciones, la Corte revocó la decisión que ordenaba la extracción y reconoció la validez de la negativa del joven en virtud del derecho a la intimidad tutelado por el artículo 19 de la Constitución.

c. Caso Marcela y Felipe Noble Herrera

En abril de 2001, la presidenta de Abuelas de Plaza de Mayo, Estela Barnes de Carlotto presentó una querrela penal contra la dueña del Grupo Clarín, Ernestina Herrera de Noble, por "sustracción, retención y ocultación de menores; sustitución de identidad y falsedad documental"⁸⁵ de sus hijos adoptivos Marcela y Felipe. La querrela fue presentada -a raíz de numerosas denuncias y constancias recibidas en la sede de la institución- por la Dra. Alcira Ríos en representación de Estela Gualdero, quien refirió que existía la posibilidad de que el varón "adoptado" por Herrera de Noble pudiera ser en realidad su sobrino⁸⁶, y de María Amelia Herrera de Miranda, quien adujo la posibilidad de que la niña "adoptada" por Herrera de Noble pudiera ser su nieta⁸⁷.

⁸⁵ Los niños desaparecidos y la Justicia. Algunos fallos y resoluciones, tomo III, Causa N° 7552, "Barnes de Carlotto, Estela s/ denuncia", capítulo I, p. 19. Disponible en: <http://www.abuelas.org.ar/material/libros/juridico3.pdf>

⁸⁶ Hijo de María del Carmen Gualdero y de Ernesto García.

⁸⁷ (Hija de Amelia Bárbara Miranda y Roberto Lanoscou). *Ibidem*, p. 25.

Dado que se probó que para realizar las adopciones se habían introducido documentos falsos, entre otros elementos que permitieron que se diera lugar al proceso, se solicitó una prueba de histocompatibilidad a la que se negaron tanto los involucrados, Marcela y Felipe, como la imputada, Ernestina Herrera de Noble.

Luego de años de pleito judicial, finalmente se ordenaron allanamientos para extraerles muestras de ADN y realizar un análisis para determinar si dichas muestras coincidían con la sangre de las familias registradas en el Banco Nacional de Datos Genéticos. Como surgieron dudas sobre la autenticidad de las muestras y se planteó que podían haber sido fraguadas, se continuó con el pedido de muestras fidedignas y finalmente Marcela y Felipe accedieron, luego de 10 años de causa, a realizarse el análisis de forma voluntaria en el BNDG.

Las muestras no coincidieron con las de las familias registradas en el Banco, pero quedaron guardadas allí para futuras comparaciones. Esto también fue impugnado por la defensa de los Noble Herrera, apelando a la Ley de Habeas Data, pero no se dio lugar a ese reclamo de acuerdo a lo que dicta la ley específica del Banco.

4. Análisis de los casos y derechos en conflicto

La Corte Suprema argentina ha declarado que en nuestra legislación no hay derechos absolutos. Es por ello que ante una situación en la que se dé un enfrentamiento de derechos, es necesario que la justicia realice una tarea de ponderación o armonización, ya que al tener igual jerarquía, el intérprete debe revisarlos en cada caso en concreto.

En relación con lo anterior, el interés público se concibe como el “interés razonable del Estado o la sociedad para dar tutela en mayor o en menor grado a un bien jurídico determinado. O si se prefiere a un derecho, que no sería sino un interés jurídicamente tutelado”⁸⁸. Según Duhalde-Alén, “definir en abstracto o en concreto los intereses públicos frente a los particulares y dar prioridad a los primeros, apunta al principio de la integridad y continuidad de las sociedades jurídicamente organizadas, pero definir cuál es el de mayor jerarquía es uno de los problemas fundamentales...”. Y ejemplifican diciendo que “si se acepta que la libertad de informar es jerárquicamente más importante que el derecho a la intimidad, al honor, a la imagen (...), habrá que inclinarse por el principio del interés más importante jerárquicamente desde el punto de vista de la conservación del Estado y la Sociedad, debiendo ceder ante ese interés público el interés particular (intimidad, honor...)”. En principio, agregan, el interés público (entendido como interés de la sociedad en su conjunto) tiene primacía sobre el interés privado (particular, correspondiente a uno o a un grupo de individuos).

4.1. Por una gota de sangre

“Una inadmisibles intromisión del Estado en su esfera de intimidad, que lesionaba su derecho constitucional a la integridad física, al obligarla a tolerar una injerencia sobre

⁸⁸ Duhalde-Alén: Op. Cit. p. 145.

su propio cuerpo en contra de su voluntad...”. Con este alegato la defensa de -en ese entonces- Evelyn Vázquez Ferrá impugnaba la orden de extraerle compulsivamente sangre para determinar si era o no nieta de la querellante.

En la entrevista realizada a Damián Loreti⁸⁹, el especialista en derecho a la información diferencia entre el derecho a la intimidad y el derecho a la indemnidad física, y resalta que hay (y había) mecanismos de hallazgo de la verdad científica sin afectar la indemnidad física. “Aun cuando la Corte pudo haber estado a favor de la no extracción, etc. yo creo que tenían otros mecanismos (...), y distinguiendo intimidad de indemnidad física, yo creo que el derecho a la verdad prevalece”.

El abogado y coordinador del equipo jurídico de Abuelas de Plaza de Mayo, Alan Iud, por su parte, opina sobre este tema -en su artículo *La apropiación de niños y el análisis de ADN obligatorio*- que el argumento del derecho a la integridad corporal fue perdiendo peso pues “resulta claro que la extracción de unas mínimas gotas de sangre, habitual en la práctica médica, no provoca un riesgo en el cuerpo”, además de aclarar que, de todas formas, el análisis de ADN puede realizarse con pelos, uñas, piel o incluso células ya desprendidas del cuerpo.

Varias sentencias se fueron sumando a esta postura que parece la más lógica frente a la posibilidad de resolución de un delito de lesa humanidad. Porque según afirma Iud, cabe definir a quien fue apropiado al nacer como un desaparecido y la desaparición forzada de personas, como ya se ha mencionado⁹⁰, es un delito de lesa humanidad.

En la Ley N° 24.321⁹¹ de desaparición forzada de personas se hace referencia en el artículo II a que se puede hablar de dicha figura cuando se hubiere privado a alguien

⁸⁹ Realizada en septiembre de 2012, ver en el anexo la entrevista completa.

⁹⁰ Ver 1.2. Derechos y reparaciones.

⁹¹ Sancionada y promulgada en 1994.

de su libertad personal y el hecho fuese seguido por la desaparición de la víctima, o si ésta hubiera sido alojada en lugares clandestinos de detención o privada, bajo cualquier otra forma, del derecho a la jurisdicción. El artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada⁹² indica, por otra parte, que se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cometida por agentes del Estado o por personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

Loreti señala que *en las discusiones que hay en los medios sobre el acceso a la información pública, a nadie se le ha ocurrido plantear que esta sea una herramienta del derecho a la verdad vinculada a las violaciones de Derechos Humanos, ocurridas en el Continente Americano*⁹³.

Se puede nombrar, en este sentido, un antecedente internacional reciente que hace referencia al derecho a la verdad y al hecho de que la desaparición también implica falta de información sobre el paradero de las personas en dicha situación: el caso de la guerrilla do Araguaia de Brasil, un grupo de resistencia que sufrió el ataque de militares del Ejército de ese país que determinó la desaparición y la muerte de muchos de sus miembros entre 1973 y 1974.

Mediante la sentencia del caso también conocido como Gomes Lund y Otros, la Corte Interamericana declaró -el 24 de noviembre de 2010- que el Estado de Brasil

⁹² Aprobada por la República Argentina por Ley 24.556 del 13 de septiembre de 1995. Adquiere jerarquía constitucional por Ley 24.820 del 30 de abril del 1997.

⁹³ En teórico N° 5 (del 12-04-2010) de la Cátedra de Derecho a la información, de la carrera de Ciencias de la Comunicación, a cargo de Loreti.

había violado su responsabilidad internacional y que, entre otras cosas, había vulnerado el derecho de acceso a la información de los familiares de las víctimas de las incursiones militares, “al omitir oportunamente la entrega de la información que existiera sobre dichas incursiones”⁹⁴.

La petición de los familiares para conocer la verdad de lo sucedido se había realizado en febrero de 1982 a través de una acción pública civil con el único objetivo de que les fuera entregada la información sobre dichas operaciones. Sin embargo recién en 2003 -21 años después- una sentencia de primera instancia ordenó al Estado entregar la información respectiva a las víctimas y sus familiares en un plazo de 120 días.

Uno de los puntos más destacados del fallo indica que “el Estado no puede ampararse en la falta de prueba de la existencia de los documentos solicitados sino que, por el contrario, debe fundamentar la negativa a proveerlos, demostrando que ha adoptado todas las medidas a su alcance para comprobar que, efectivamente, la información solicitada no existía...”. Además se resaltó que, para garantizar el derecho a la información, es esencial que los poderes públicos actúen de buena fe y realicen diligentemente las acciones necesarias para asegurar la efectividad de ese derecho, “especialmente cuando se trata de conocer la verdad de lo ocurrido en casos de violaciones graves de derechos humanos como las desapariciones forzadas”⁹⁵.

Loreti reflexiona sobre este caso contra Brasil: “El Estado tenía la obligación de dar información a los familiares de los 82 afectados por el caso de la guerrilla. La

⁹⁴ Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Anual de la comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010.

⁹⁵ Informe completo disponible en: http://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/RELATORIA_2010_ESP.pdf

desaparición de 81 militantes y la muerte de otro, militantes del Partido Comunista do Brasil (PCDB) en Araguaia. Además, está la falta de investigación respecto de lo sucedido, con lo cual hay una violación a lo que en la jerga de los derechos humanos se llama 8 y 25 que son los artículos de la Convención que están concernidos con la falta de justicia. Hay una parte del fallo dedicada a la falta de investigación por parte del Estado y a la falta de dación de la información que es una violación del 13, dice la Corte Interamericana, y obliga al Estado a dictar reglas y a semestralmente informar a las familias sobre los avances que se hubieran tenido.

La condena no sólo es no diste, si no que la condena implica además la obligación de hacer; y ese hacer implica dar información sobre lo ocurrido”⁹⁶.

Volviendo al tema de la extracción hemática, en los casos Prieto la situación era diferente a la del caso Vázquez Ferrá (debido a que en VF los apropiadores ya habían confesado por lo que la mayor parte de los miembros de la Corte entendieron innecesaria la medida para el objeto de la causa) pero tenían puntos en común en cuanto a las argumentaciones de sus defensas.

Los involucrados en ambos casos se negaban a aportar su ADN con el argumento del derecho a la intimidad y derivaciones como el derecho a la autodeterminación y la libre elección del plan de vida, y el derecho a no conocer su identidad biológica.

A su vez, se planteaba el derecho a no incorporar prueba de cargo contra los padres o personas respecto de las cuales guardaban lazos afectivos estrechos. Con respecto a esto último, fue asevera que la primera acepción del argumento es inadmisibles, “pues

⁹⁶ Ver entrevista completa a Damián Loreti en el Anexo.

lo que está en duda precisamente es si tal relación filial existe”⁹⁷. Además, explica, que el derecho a no incriminar a los padres no tiene expreso reconocimiento constitucional, aunque podría ubicarse en el derecho a la protección de las relaciones de familia. Sin embargo, agrega, “no surge de ninguna disposición constitucional que tal alegada protección familiar deba necesariamente extenderse a personas respecto de las cuales se guarda gratitud o lazos afectivos estrechos”⁹⁸.

La defensa de Vázquez Ferrá decía, sobre esto, que la extracción afectaba su dignidad al no respetar su decisión de no traicionar los intensos lazos afectivos que mantenía con aquellos que la criaron y a quienes seguía viendo como si fueran sus verdaderos padres; y que violaba garantías constitucionales al no tomar en cuenta que la ley procesal la autorizaba a proteger su núcleo familiar facultándola a negar su testimonio cuando él pudiera derivar una prueba de cargo. Es decir, que en este caso se habla de testimonio para denominar a su sangre y se equipara al consentimiento del análisis de esa sangre como una forma de declarar contra los que consideró sus padres hasta ese momento.

Iud, para discutir este supuesto, cita en su artículo a Javier de Luca quien explica que ese argumento no tiene en cuenta que no existe acción u omisión de encubrir al negarse a prestar el cuerpo para que se le extraiga sangre, ya que el consentimiento para la prueba o su negativa no constituyen declaraciones, y dice que en el caso del ADN de una persona no se trata de un elemento que ésta voluntariamente decide ocultar sino que el mismo se encuentra naturalmente oculto en su cuerpo.

⁹⁷ Iud, Alan: “La apropiación de niños y el análisis de ADN obligatorio”, en *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, Anitua, Gabriel Ignacio y Gaitán, Mariano (comps.), Editores del Puerto, 2012.

⁹⁸ Ídem.

Luciano Hazan, abogado y coordinador técnico del equipo jurídico de Abuelas de Plaza de Mayo, también hace mención a este tema en su artículo *Los Análisis genéticos después del fallo “Vázquez Ferrá” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*⁹⁹ al decir que respecto del argumento que sostiene que se estaría sometiendo al sujeto a realizar un aporte de pruebas para que se pueda llegar a la condena de aquellos a quienes su conciencia le indica proteger, no es dable realizar tal afirmación ya que “es el Estado el que carga con toda la responsabilidad por la adquisición probatoria y su consecuencia punitiva”.

También se ha fundamentado, según cuenta Iud en su artículo, que el análisis de ADN obligatorio pondría en crisis el derecho a la autodeterminación y libre elección del plan de vida y opina que se trata de un argumento que, a su criterio, no presenta diferencias sustanciales con el alegado derecho a la intimidad, y expresa que el análisis de ADN “no fuerza a nadie a cambiar su plan de vida, en tanto no exige sentimientos ni decisiones ulteriores”¹⁰⁰.

El abogado Leonardo Filippini¹⁰¹ comenta con respecto a esto que uno puede decir: “Yo quiero configurar mi vida como quiero”, y que en el caso Vázquez Ferrá en todo caso la Corte dijo (de alguna manera): “Tenés el derecho a no contribuir con tu gota de sangre al proceso penal en este caso en el que vos ya sabés que sos apropiado”. Pero añade que los miembros de la Corte quisieron hacer un balance que resulta engañoso. Y en el caso Prieto, según Filippini, la Corte dice a grandes rasgos: “Tenés un derecho a no ser forzado a dar tu sangre hasta que el Estado no agote otras medidas posibles”.

⁹⁹ Hazan, Luciano: “Los Análisis genéticos después del fallo ‘Vázquez Ferrá’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” En *Derecho a la verdad y persecución de crímenes de lesa humanidad*, disponible en: <http://www.abuelas.org.ar/material/libros/juridico4.pdf>.

¹⁰⁰ Iud, Alan: Op. Cit.

¹⁰¹ Entrevista realizada en marzo de 2012, ver en el Anexo.

Por lo cual, explica el abogado, no te están diciendo tenés un derecho a no saber, en todo caso, tenés un derecho a que la extracción de sangre sea la última medida. “La Ley de obtención de ADN es posterior a Prieto y fija esta posición. O sea, al final del camino, vamos a tomar tu gota de sangre”, remata.

“Hay un lenguaje fuerte a favor de la autonomía, de la decisión del (posible) nieto, pero en la acción concreta la autonomía es sólo en relación a la gota de sangre, pero si existe un video lo usan y listo, si estuviera filmada la apropiación por ejemplo. Hay algo de la sacralidad del cuerpo que genera este tipo de discusiones. Toda la discusión gira en torno de si tu gotita de sangre se puede usar o no...”, concluye Filippini.

En Prieto “el criterio dominante de la Corte es que si vos tenés vías alternativas para obtener material genético distinto de la toma sobre el cuerpo del nieto de la sangre, hay que agotar esas vías antes. En un caso avalan un allanamiento y en otro niegan la toma de sangre porque no se habían agotado otras alternativas”.

Y opina que no es muy sólida la argumentación en ninguno de los casos en los que se pronuncian supuestamente a favor de la autonomía de la persona por no cooperar en el proceso penal. Porque respetan su decisión de no cooperar sólo con relación a la gota de sangre, a su cuerpo. Pero no dicen “dado que le tiene tanto afecto a su familia, no vamos a investigarla penalmente”. El proceso penal sigue adelante... se pueden sacar las medias, el pelo que se caiga al piso, los cepillos de dientes.

Entonces, reafirma Filippini: “Es algo engañoso, tenés un derecho muy fuerte a que no se conozca tu identidad pero acotado al control de tu gota de sangre, si por cualquier otra vía yo consigo pruebas para acreditar que vos fuiste apropiado de equis lugar, lo puedo usar”.

El caso de los hermanos Noble Herrera, por su parte, es el más conocido por la gran difusión que tuvo en los medios de comunicación. Allí se puso de manifiesto -a gran escala¹⁰²- la oposición entre el derecho a la intimidad de los hermanos en cuestión y su derecho a no someterse a los análisis genéticos pedidos por la querrela y el derecho a la verdad tanto de las familias que buscan a sus nietos y de la sociedad.

En el mundo jurídico, el derecho a la intimidad tuvo un reconocimiento muy fuerte a partir del caso Vázquez Ferrá y, según el abogado Alan Iud, en los medios se instaló como si la Corte hubiera dicho: “Esta chica no se tiene que analizar porque la preserva el derecho a la intimidad”, cuando en realidad él afirma que a pesar de que todos los jueces tuvieron en cuenta ese derecho, sólo dos dicen que por ello, entre otras cosas, no debía realizarse el análisis. El resto trabaja con otra línea de argumentos.

Según Iud, la Corte tuvo en cuenta circunstancias del caso muy concretas como que los apropiadores de Evelyn habían confesado, entonces la prueba pasaba a ser complementaria para los fines del proceso penal. “La Corte dejó de lado el pedido de análisis por la cuestión del derecho a la verdad, y los medios simplificaron los dichos de la Corte a favor del derecho a la intimidad”. Iud sostiene que esa fue una mirada interesada porque “cuando la Corte resuelve este caso (VF), el caso Noble Herrera ya estaba planteado en la Justicia. Lo que se dice es que, más que los abogados de Evelyn, los que pedían a la Corte que saliera este fallo eran los abogados de los Noble Herrera. Y si Clarín sigue teniendo un rol muy importante en los medios de comunicación en la

¹⁰² Ver algunas de las notas relativas: http://www.clarin.com/politica/Estela-Carlotto-Herrera-Noble-resuelto_0_616138581.html
http://www.clarin.com/politica/Completaron-estudios-ADN_0_791920866.html
<http://www.lanacion.com.ar/1390029-caso-noble-un-segundo-examen-de-adn-dio-negativo>
<http://www.lanacion.com.ar/1395511-los-noble-piden-completar-los-tests-de-adn>
<http://www.lanacion.com.ar/1434075-carrio-declaro-ante-la-justicia-y-defendio-a-los-hermanos-noble>
http://www.perfil.com/contenidos/2011/05/26/noticia_0029.html?commentsPageNumber=3
<http://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-170758-2011-06-24.html>

Argentina, me parece que es innegable que hace 10 años lo tenía muchísimo más. Y su capacidad de instalar un determinado tema o una lectura de un determinado tema era mucho mayor”.

Los 10 años que se demoró la justicia en resolver el caso Noble Herrera se debió, claramente, a que había personas muy poderosas involucradas en el proceso que, a criterio de Iud, consiguieron un accionar lento de los jueces.

Desde Abuelas, se realizó un estudio de los casos tramitados en la Justicia de la CABA, San Isidro, Lomas de Zamora, Morón y San Martín, en los últimos 5 años, y obtuvieron una estadística de cuánto se tarda en promedio en resolver un caso judicializado por pedido de análisis de ADN. El resultado es alrededor de 2 años, aunque hay casos en los que se tardan 6 meses, y casos en los que se tardan 3, 4 años. Ello “contrasta mucho con los 10 del caso Noble”, subraya Iud.

4.2. El artículo 146 del Código Penal y el reconocimiento de los derechos

El artículo 146 del Código Penal tipifica las conductas del que “sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare”¹⁰³.

Los imputados por graves violaciones a los derechos humanos ocurridas durante el período 1976 y 1983 plantean, según explica la abogada Nuria Piñol Sala en su texto¹⁰⁴, que los delitos de ocultación y retención cesarían de cometerse cuando el menor alcanza los 10 años de edad y que, por ello, ese es el momento en que empieza a

¹⁰³ Piñol Sala, Nuria: “Los delitos del art. 146 del CP a la luz del derecho a la identidad y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” en *Derecho a la verdad y persecución de crímenes de lesa humanidad*, disponible en: <http://www.abuelas.org.ar/material/libros/juridico4.pdf>.

¹⁰⁴ Ídem.

computarse el plazo de la prescripción de la acción penal porque, se sostiene, alcanzada esa edad, el menor adquiere discernimiento para decidir permanecer o no bajo la custodia de sus apropiadores y, en consecuencia, su libertad no se encuentra afectada.

Piñol Sala intenta desvirtuar esta apreciación en función de las directrices del derecho internacional de los derechos humanos y de repensar los delitos de sustracción, retención y ocultación de menores como ilícitos que tutelan el vínculo con la familia de origen del menor, como parte integrante de la libertad del niño entendida en sentido amplio. De esta manera, afirma, “se entiende que el tipo penal tutela también el derecho a la identidad, consagrado en el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)”. Esta interpretación, sigue, “permite concluir que el delito recién termina su momento consumativo una vez que se devela la verdadera identidad del menor y siempre que éste haya cumplido los 10 años de edad, pues por debajo de ese límite se entiende que el niño no puede emitir ningún juicio con discernimiento válido. Así, es recién en ese momento, cuando se le permite al menor restablecer sus vínculos de origen, que cesa la comisión del delito permanente y puede empezar a contarse el plazo de prescripción de la acción penal de conformidad con el art. 63 del CP”.

La imprescriptibilidad de estos delitos con independencia de la fecha de comisión es una de las consecuencias de caracterizar los delitos de sustracción, retención y ocultación de menores como un supuesto más de desaparición forzada y, por ello, como un crimen contra la humanidad¹⁰⁵.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 207.

Piñol Sala explica que la ocultación sólo cesa de cometerse cuando la información, que le permite al menor restablecer su vínculo, “es revelada por cualquier medio y se recupera la verdadera identidad”¹⁰⁶.

En este sentido, lo que se observó en muchos de los casos en que los posibles apropiados se negaban al análisis genético en función de corroborar si eran o no hijos de desaparecidos es que esa negativa se daba a partir de un no reconocimiento del derecho a la identidad y a la verdad/información, o de la renuncia al ejercicio de los mismos.

En la entrevista realizada a la abogada (ex miembro del CELS) Julieta Parellada¹⁰⁷, ésta contó el problema que se planteó cuando surgieron los juicios por la verdad: “Muchas veces las personas no se veían titulares de algunos derechos”. Es decir, hubo una etapa de reconocimiento de las víctimas de ciertos derechos. Parellada, en este sentido, relata: “Veíamos casos de chicas violadas que asociaban la tortura únicamente con la picana. Es decir, se construyó ese reconocimiento de la víctima a ser titular del derecho a la integridad sexual. No es que objetivamente las chicas decían: ‘Yo no quiero reconocer ese derecho’, sino que hay una construcción que hacer. Me acuerdo en los juicios que algunas víctimas decían: ‘Fuimos torturadas en dos oportunidades...’. Es decir, sólo consideraban tortura a la picana o al submarino, por ejemplo. El no poder comer, no poder ir al baño, el no poder dormir, que te saquen la identidad y que seas un número, eso es tortura. Tiene que ver con el reconocimiento de. No es inventar algo, no es la preparación de un testigo. Tiene que ver con un trabajo profundo...”.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 211.

¹⁰⁷ Ver entrevista completa en el anexo.

Alan Lud explica también, en esta línea, que en algunos casos “se ha alegado un pretendido ‘derecho a no conocer la identidad biológica’. Sin embargo, mal puede considerarse que tal derecho exista, cuanto menos expresado de esa forma, pues esa formulación no surge de la Constitución Nacional ni de los pactos internacionales de derechos humanos. En todo caso, lo que existe es un “derecho a la identidad”, y podrá alegarse si éste resulta renunciable o no, si es facultad del individuo ejercerlo, etcétera...”.

Piñol Sala afirma que “los delitos contenidos en el artículo 146 del Código Penal han sido considerados tradicionalmente como delitos que tutelan la libertad del menor y los derechos familiares, sin embargo, estos delitos también pueden ser considerados como una afectación al derecho constitucional a la identidad del menor en algunos o todos sus aspectos, entre los que se encuentran el conocimiento de su origen biológico y la protección de sus vínculos familiares. En efecto, la afectación a la identidad que se evidencia en estos delitos deriva en un menoscabo a la libertad del menor pues es claro que conocer la propia identidad es condición necesaria para elegir libremente en la vida”¹⁰⁸.

Cita a los ministros Petracchi y Maqueda, quienes sustentaron que es indiferente que el menor haya cumplido los 10 años de edad para la continuidad de los delitos de retención y ocultación pues aun cuando por su edad el menor tenga la madurez suficiente para restablecer los vínculos por sí mismo, carece de la condición necesaria para ejercer la libertad de hacerlo, dado que no posee la información sobre su identidad y ese obstáculo opera como una valla que le impide volver a su guarda legítima. Además, dice Piñol Sala, “debe destacarse que el delito afecta tanto al menor

¹⁰⁸ Piñol Sala, N.: Op. Cit. p. 238.

en su libertad e identidad, como a su familia, pues todos ellos se ven privados de esos vínculos que tutela la ley”¹⁰⁹.

Desde esta perspectiva, “el cese de comisión de los delitos de retención y de ocultación no debe entenderse en referencia a ese límite de edad sino en función de la cesación del delito por voluntad del propio autor o por la intervención de un tercero u otra causa extraña que modifique el estado antijurídico creado por el autor, como ocurre en esta clase de delitos permanentes”¹¹⁰, concluye la autora.

Luciano Hazan también hace referencia a las conductas de retener y ocultar a un menor de 10 años descritas en el artículo 146 del Código Penal e indica que la jurisprudencia en la materia dice que cesan en su comisión al recuperar la persona su identidad. En el análisis de un caso, comenta que en el precedente “Del Cerro” se aduce el cese del ocultamiento recién a partir del estudio genético realizado que permitió revelar la verdadera identidad de la persona en cuestión¹¹¹.

4.3. La Ley de obtención de ADN y la cuestión de los allanamientos

Cuando se sancionó la Ley de obtención de ADN, N° 26.549, se legitimó lo que se venía realizando en la práctica. Un juez o jueza estaría en condiciones de ordenar un pedido de extracción hemática compulsiva siempre y cuando se hayan agotado otras vías para la obtención de material genético, si así lo hubiera dispuesto la persona a realizarse el análisis en cuestión.

Lo que dice la ley específicamente es: “El juez podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN), del imputado o de otra persona, cuando ello fuere

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 239.

¹¹⁰ *Ídem*.

¹¹¹ Hazan, Luciano: *Op. Cit.* 287.

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”¹¹².

Parellada dice sobre la extracción de sangre que guarda racionalidad con el derecho a la verdad material y, además, va a ser una prueba a ordenar en caso de que sea necesario, proporcional en término de los intereses en puja e idónea. Porque es la prueba para llegar a la verdad material. La prueba de extracción de sangre es fundamental para la cesación del delito, para que culmine el delito¹¹³.

¹¹² Ley N° 26.549, sancionada el 18 de noviembre de 2009, promulgada el 26 de noviembre de 2009.

¹¹³ Ver entrevista completa a Julieta Parellada en el anexo.

Filippini al respecto opina que no es la única decisión autónoma que vale la de quien tiene que dar la muestra; “la de quien hace 30 años que está buscando a su familia partida por el propio Estado también... Quizás uno tenga que ceder algo en su derecho a configurar su vida como mejor le venga en gana cuando la configuración de vida que se elige, por ejemplo no aportar el material genético, lesiona tan severamente una expectativa fundamental del otro. Saber si es tu nieto o no, tener el derecho a intentar tener un lazo.

Más allá de que se puede relativizar mucho de si después de tanto tiempo se puede hacer algo, uno puede decir: bueno, ¿hasta dónde el lazo biológico funda derechos? Todavía vivimos en una sociedad en la que los lazos biológicos importan muchísimo, para el Derecho e importan socialmente. Uno puede elegir y decir: ‘Yo quiero configurar mi identidad más allá de cualquier información genética’. Es una dimensión muy interesante para pensar si uno puede construir su identidad sólo culturalmente. Pero la realidad es que vivimos en una comunidad en la que todavía padres e hijos tienen lazos muy relevantes en la que hay obligaciones y deberes solo por haber engendrado a otro, etc. Hay ahí algo que habla muy fuerte a favor del derecho de las Abuelas a reclamar y a tener una expectativa”¹¹⁴.

Con la modificación del Código Procesal, ahora hay un procedimiento expresamente autorizado por ley que permite la toma de ADN para casos en los cuales es necesario determinar la identidad. “El congreso lo debatió y estableció que esos casos se resuelven así. Antes la ley no era tan clara, entonces dejaba a los jueces cierto margen

¹¹⁴ Ver entrevista completa a Leonardo Filippini en el anexo.

de interpretación. Ahora ya se sabe qué pasos hay que seguir, por más que haya un caso conflictivo”¹¹⁵, enuncia Filippini.

“Se resolvió en un sentido parecido a Prieto, lo que la ley dice es que las pruebas se pueden usar en un proceso penal y que te pueden sacar compulsivamente una gotita de sangre agotadas previamente las otras instancias. Con la legitimidad adicional de que algo lo diga el Congreso y no un juez en un caso a través de un ejercicio de interpretación de lo que el legislador no dice claramente.

Lo que dice el Congreso es distinto a lo que dicen Lorenzetti y Zaffaroni en su voto. El congreso dice sí, vale, es una prueba y se puede usar en el proceso penal...

Está claro que hay un cambio de políticas públicas en la materia a partir del 2003. Al acuerdo al que más o menos se llegó es a privilegiar la verdad”¹¹⁶, reflexiona el abogado.

Por su parte, Iud dice que en el caso Prieto II, Lorenzetti y Zaffaroni votaron en contra porque no se agotaron las otras vías y eso de alguna manera fue “un guiño para que se hiciera el allanamiento, el juzgado entonces ordenó eso. Pero como hubo algunas irregularidades, se le planteó a Emiliano si accedía a aportar una muestra hemática y lo hizo”.

Iud manifiesta: “La modificación del Código lo que hizo es recoger el criterio de la Corte Suprema en el caso Prieto, preverlo específicamente en una ley. Porque los fallos judiciales son de aplicación al caso concreto, al resto de los casos se aplica por analogía, si se quiere. Cuando uno no quiere que se aplique un precedente de la Corte lo que hace es explicar por qué se trata de un caso distinto. Al hacer una ley, se ahorran todas las discusiones y se dice: ‘Este es el procedimiento para toda esta

¹¹⁵ Ídem.

¹¹⁶ Ídem.

uniformidad de casos, no importan las particularidades... cuando se necesite el ADN, se aplica este procedimiento'¹¹⁷.

Además, en cuanto al caso de los hermanos Noble Herrera, más allá de que el resultado fue negativo en relación a los datos genéticos de las familias registradas en el Banco, asegura que cumplió un papel a nivel jurídico ya que permitió obtener un pronunciamiento claro del tribunal penal más importante del país que es la Casación, en línea con la interpretación del fallo de la Corte en Prieto, en el sentido de que una investigación no puede quedar cancelada porque la presunta víctima no se quiere analizar. “El proceso tiene que seguir, tiene que tratar de obtenerse el ADN por medios alternativos y, de fallar esos métodos, es procedente una extracción hemática compulsiva. Desde ese punto de vista, sirvió. Desde un plano más general sirvió para que se hagan conocidos masivamente los allanamientos. Y eso tuvo una incidencia muy grande en que después del caso Noble Herrera la mayoría de las personas que fueron citadas por la justicia para analizarse accedieron a hacerlo de forma voluntaria. Para Abuelas de Plaza de Mayo fue un resultado positivo”¹¹⁸.

Leonardo Filippini, en una entrevista que le realizó la Licenciada Silvana Lauzán¹¹⁹ sobre esta temática, cuenta que el Estado argentino presentó la Ley de obtención de ADN como parte de la solución en el caso Pegoraro (Vázquez Ferrá) ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El abogado relata que “ese caso se originó luego de la decisión de la Corte Suprema en Vázquez Ferrá, en que se discutía, precisamente, si Evelyn Vázquez Ferrá tenía derecho a negarse a la extracción de muestras de su cuerpo para un examen de filiación. La Corte avaló su negativa, pero

¹¹⁷ Ver entrevista completa a Alan Iud en el anexo.

¹¹⁸ Ídem.

¹¹⁹ Disponible en: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/17367/20549>.

por vías alternativas se comprobó de todos modos que había sido apropiada a la familia Pegoraro.

Se daban, entonces, varias situaciones simultáneas. Por una parte, la obligación del Estado de trabajar en el esclarecimiento de los crímenes contra la humanidad. Por otra, la decisión de algunos potenciales afectados de no contribuir a ello, o de no dañar a sus familias de crianza.

Por último, el derecho de las familias desgajadas por el propio accionar del Estado a conocer la verdad de lo ocurrido con sus hijos y sus nietos. La ley vino a reglamentar o a cubrir cierto vacío que en el caso Vázquez Ferrá la Corte cubrió sólo jurisprudencialmente”.

En relación al método de allanamiento, Iud afirma en su texto¹²⁰ que es indudable que el análisis de objetos de uso personal, recabados en condiciones “normales”, es un medio idóneo. Y cuenta que hasta ese momento 10 personas habían recuperado su identidad gracias a ese procedimiento aunque en varios casos hubo que realizar hasta dos o tres allanamientos, producto de la negligencia o complicidad policial. Éste era el principal motivo de duda cuando se daba un resultado negativo. A raíz de este grave problema, la práctica ha llevado a que se procure que la persona cuya identidad se investiga esté en su domicilio al momento del allanamiento y, más aún, requisarlo y secuestrar la ropa que la persona porta en el momento, incluyendo las prendas íntimas¹²¹, a fin de garantizar de modo indubitable que el perfil genético que se obtenga efectivamente le pertenezca¹²².

¹²⁰ Iud, Alan: Op. Cit.

¹²¹ Cabe destacar que estas requisas se practican con asiduidad desde el año 2008 –es decir, un año antes de que la Corte resolviera los casos “Prieto”-, pero recién cobraron notoriedad pública con el caso “Herrera de Noble”.

¹²² Iud, Alan: Op. Cit.

Era de esperarse que luego de las reiteradas irregularidades en procedimientos de este tipo y “también en procura de que el allanamiento se realice atendiendo a las particular característica de víctima de la persona cuyo domicilio es registrado, se dispuso la creación de una unidad especial¹²³ a cargo de civiles para que coordine y supervise a las fuerzas de seguridad que intervienen en los procedimientos, cuyo personal debe ser debidamente capacitado”¹²⁴.

4.4. Una serie de reparaciones que colaboraron para garantizar el derecho a la información y a la verdad

Como ya se ha dicho, desde un tiempo a esta parte, hubo una serie de acciones originadas algunas desde la sociedad civil y luego tomadas, desarrolladas y reivindicadas por el Estado que conformaron un sistema de colaboración como forma de reparar las graves violaciones a los derechos humanos perpetradas durante la dictadura cívico-militar entre 1976 y 1983 en la Argentina. No se dieron de un día para el otro, sino que fue una lucha de 30 años que aún continúa pero que, sin dudas, está dando sus frutos.

Los ejemplos se ven en la sanción y anulación de ciertas leyes, en fallos de la justicia nacional e internacional, en la creación de instituciones y espacios de memoria, en la enseñanza en las escuelas y universidades y también en las artes y sus manifestaciones teatrales, cinematográficas, fotográficas, plásticas. Sólo vamos a mencionar algunos porque son infinitas las muestras.

El primer y claro ejemplo que todos en general tenemos presente es el juicio a las juntas militares realizado durante el Gobierno de Raúl Alfonsín y el informe *Nunca*

¹²³ Resolución N° 1229/09 (del 21/04/2009), y Resolución 1746/2010 (B.O. 13/06/2010), ambas del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos.

¹²⁴ Iud, Alan: Op. Cit.

Más, elaborado por la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) que sirvió no sólo como un elemento jurídico de prueba sino también para difundir en la sociedad el alcance que habían tenido las violaciones a los derechos humanos. La Comisión, integrada por Ernesto Sábato –como presidente- Magdalena Ruiz Guiñazú, Ricardo Colombres, René Favaloro (después renunciante), Hilario Fernández Long, Carlos T. Gattinoni, Gregorio Klimovsky, Marshall T. Meyer, Jaime F. de Nevaes y Eduardo Rabossi, y los diputados nacionales Santiago M. López, Hugo D. Piucill y Horacio H. Huarte y cinco secretarios¹²⁵, efectuó una investigación cuyos resultados dieron cuenta de la metodología ejecutada por el Plan represivo con recopilación de testimonios.

Por su parte, el juicio fue una forma de reparación que luego se vio empañada por las leyes de punto final y obediencia debida¹²⁶ y, posteriormente, durante la presidencia de Carlos Menem, por los indultos concedidos¹²⁷.

En el caso de las leyes, se solicitó su inconstitucionalidad en una causa¹²⁸ que había iniciado la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo contra los apropiadores de Claudia

¹²⁵ Graciela Fernández Meijide, Daniel Salvador, Raúl Aragón, Alberto Mansur y Leopoldo Silgueira. Según consta en la 3ra edición de 1984, Bs. As. Eudeba.

¹²⁶ Leyes 23.492 y 23.521, respectivamente. La Ley de Punto Final, dictada el 29 de diciembre de 1986, impidió el procesamiento del personal de las Fuerzas Armadas estipulando un plazo de 60 días como límite máximo para la presentación de acciones penales por crímenes cometidos durante la dictadura. La Ley de Obediencia Debida, del 9 de junio de 1987, tuvo el mismo efecto político pero distinta naturaleza jurídica, puesto que en este caso se resolvió que los actos atroces se encontraban amparados por el deber de obedecer las órdenes de un superior (en Litigio estratégico y derechos humanos. La Lucha por el derecho, p. 103. CELS, 2008. Siglo XXI editores. Disponible en: http://www.cels.org.ar/common/documentos/la_lucha.pdf).

¹²⁷ Decreto 1002 del 7/10/1989 El presidente de la Nación concedió indultos a los altos jefes militares que no fueron beneficiados por las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, sin incluir a los miembros de las Juntas Militares y a Guillermo Suarez Mason.

¹²⁸ Parellada: "...hubo una división de tareas en términos estratégicos. Estaba el matrimonio Poblete que había sido víctima de una cantidad de delitos y la hija, Victoria Poblete, víctima del delito de sustracción de menores. Entonces Abuelas y el CELS se unieron en este juicio; el CELS tiene su querrela por la parte de los delitos cometidos contra el matrimonio, y Abuelas por la apropiación de Victoria por parte del matrimonio Landa". Ver entrevista completa en el Anexo.

Victoria Poblete y que en el año 2000 interviene el CELS¹²⁹ para solicitar la imprescriptibilidad de los delitos cometidos por el terrorismo de Estado sobre la base de argumentos de derecho penal internacional y derecho internacional de los derechos humanos¹³⁰. El pedido fue resuelto de forma favorable en 2001 por el juez federal Gabriel Cavallo¹³¹, quien declaró la nulidad de ambas normas y su no aplicación en este caso¹³². Sin dudas, además de que por primera vez desde 1987 se pudo volver a procesar a los responsables del terrorismo de Estado por delitos como la desaparición forzada o la tortura¹³³, esta sentencia marcó un antecedente importantísimo para lo que luego derivó en las leyes impulsadas en el Congreso con el mismo objetivo por el Gobierno del presidente Néstor Kirchner. En 2003 se sancionó la Ley N° 25.779¹³⁴ de Nulidad de las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final. Además, se otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad¹³⁵.

Antes de estos avances, también está el antecedente del caso Lapacó, llevado adelante por el CELS. Julieta Parellada¹³⁶, quien trabajó en el CELS, cuenta que éste es el caso de una madre detenida en el '77 con su hija en el Atlético. A ella la liberan, la hija queda detenida y se la ve por última vez en el centro clandestino. Por las leyes de obediencia

¹²⁹ La querrela del CELS se formuló en el marco del expediente que ya estaba en trámite, contra Simón, Del Cerro y aquellas personas cuya responsabilidad en el delito de privación ilegítima de la libertad surgiera de los elementos de la investigación.

¹³⁰ CELS: Litigio estratégico y derechos humanos. La Lucha por el derecho. p. 105., Bs. As., 2008. Siglo XXI editores. Disponible en: http://www.cels.org.ar/common/documentos/la_lucha.pdf.

¹³¹ Ver más información en: <http://www.pagina12.com.ar/2001/01-03/01-03-07/pag03.htm>.

¹³² Ídem.

¹³³ Cavallo argumentó que los hechos denunciados constituían crímenes de lesa humanidad, lo que imponía que fueran juzgados incorporando a su análisis jurídico las reglas del derecho de gentes que son vinculantes para nuestro país y forman parte del ordenamiento jurídico interno. Los crímenes contra el derecho de gentes o crímenes de derecho internacional son inamnistiables, imprescriptibles y eliminan a la obediencia debida como causal de exclusión de la responsabilidad penal.

¹³⁴ Ver más información en: <http://edant.clarin.com/diario/2003/08/21/p-01001.htm> - también en: http://www.cels.org.ar/common/documentos/sintesis_fallo_csjn_caso_poblete.pdf.

¹³⁵ CELS: Op. Cit. p. 110.

¹³⁶ Ver entrevista en el anexo.

debida y punto final, no puede hacer juicio a los responsables. Y entonces avanza con el caso por el derecho a la verdad en la Corte Interamericana. A partir de este caso comienzan los juicios por la verdad, “que son los que avanzan hasta Simón¹³⁷, porque después siguen pero digamos que se comienza de nuevo con la persecución penal”.

Parellada explica que los juicios quedan frenados en su persecución y lo que empiezan a buscar familiares y organismos son modos alternativos de persecución. El derecho a la verdad va a ser una alternativa, dice. Conocer la verdad.

En relación al derecho a la verdad, Leonardo Filippini opina: “Creo que, en general, el Estado tiene una actitud paternalista y básicamente te enfrenta con un hecho: vos vas a estar en mejores condiciones de tomar mejores decisiones respecto de tu plan de vida sabiendo algo tan crítico como si tu origen es lícito o ilícito, si fuiste apropiado o no que no sabiendo, entonces el Estado se arroga el deber de hacértelo saber de todas maneras, incluso cuando vos creas que no, así como te obliga a usar cinturón de seguridad.

En muchos otros órdenes el Estado no respeta tus decisiones, en muchas situaciones te cuida, te tutela. Con todos los problemas que tiene un Estado que te cuida en contra de tu voluntad, mirá, te voy a hacer ahorrar: pagá la seguridad social. Tenés una obligación colectiva frente a otros y un deber de autoprotección que yo te voy a ayudar a que cumplas.

El argumento de la autonomía uno lo podría defender en ese sentido: si vos fuiste nieto o hijo de desaparecidos, es mejor que sepas. La verdad te va a hacer libre, yo quiero que vos decidás en libertad.

¹³⁷ Así es como se conoce vulgarmente al fallo al que se hace alusión en la cita 129. Causa N° 17.889, “Incidente de apelación de Simón, Julio – Juzgado Federal N° 4, Secretaría N° 7, Buenos Aires, 9 de noviembre de 2001.

En cuanto al derecho a la verdad tiene varias dimensiones. Una dimensión colectiva en la que todos como comunidad podemos exigir a ciertas personas que cedan en sus derechos porque hace falta conocer la verdad. Es como si yo tuviera un archivo material probatorio relevante en mi casa que puede ser demandado por la sociedad para que lo haga público. En ese sentido es un derecho colectivo a ir construyendo un relato común, creíble y compartido de qué es lo que nos pasó, y eso por ahí exige el retroceso de algunos derechos para poder avanzar en una idea colectiva de verdad.

Después hay otra dimensión que es el derecho a la verdad de la familia biológica; el abuelo que tenía alguna expectativa, ahí también hay un plan de vida quebrado. Por lo general muchas veces se hace foco en la autonomía de quien no quiere cooperar en el proceso penal, pero hay un punto en que también hay en frente una decisión autónoma que se está viendo severamente recortada por esa decisión. No es la única decisión autónoma que vale la de quien tiene que dar la muestra”¹³⁸.

En relación a las expresiones artísticas, un número importante de películas fueron filmadas como forma de concientizar a la sociedad sobre las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el país¹³⁹, en el ámbito teatral se conformó el colectivo *Teatro por la identidad*¹⁴⁰, muestras plásticas y fotográficas, productos televisivos como *Televisión por la identidad*¹⁴¹ y el impulso de Canal Encuentro¹⁴², entre otros. De todas estas expresiones participaron artistas de diferentes formaciones, directores de cine,

¹³⁸ Ver entrevista completa a Leonardo Filippini en el Anexo.

¹³⁹ Podemos mencionar algunas como *La historia Oficial* (1985), *La noche de los lápices* (1986), *Garage Olimpo* (1999), *Kamchatka* (2001), *El secreto de sus ojos* (2009).

¹⁴⁰ <http://www.teatroxlaidentidad.net/institucional.asp>.

¹⁴¹ Más información en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/espectaculos/8-8048-2007-10-23.html>.

¹⁴² En este canal se emitieron programas como *Acá estamos*, *historias de nietos* y *99,99%. La ciencia de las Abuelas*, entre otros relacionados con la temática.

televisión y teatro, periodistas, etc. que colaboraron con el fin de visibilizar la temática, también favoreciendo un relato común por la verdad.

Otras formas de reparación, que ya hemos señalado, son la conformación del Equipo Argentino de Antropología Forense¹⁴³, la creación de la CONADI y del Banco Nacional de Datos Genéticos.

En este sentido, con respecto a la creación del BNDG y de otras instituciones fundamentales, Filippini expresa: “El BNDG es un cuerpo oficial en donde hay un registro confiable del material genético de las víctimas y eso evidentemente ayuda a consolidar la reconstrucción de la verdad histórica. Es un reconocimiento estatal del problema el hecho de generar una institución para tratar de identificar o colaborar a la identificación de los niños/as apropiados. El Estado reconoce que tiene chicos apropiados y que tiene que adoptar medidas positivas para esclarecer esa situación. En el mapa jurídico es un Estado sensible a las necesidades de las víctimas, es algo valioso. Como es valioso que hoy en la ESMA¹⁴⁴ haya un museo. Habla de que no es un Estado bobo frente a las violaciones masivas de derechos humanos.

Bueno, ya que como comunidad política fuimos tan brutalmente salvajes, de tirar gente al mar, de desaparecer chicos, vamos a empezar a crear instituciones que colaboren a revertir los efectos de semejante barbarie.

Los registros de sitios históricos, los museos, los bancos de datos, todo coopera enormemente a que forjemos entre todos una conciencia colectiva educada, democrática e igualitaria acerca de cuáles son nuestros valores compartidos acerca del bien y del mal, tan básico como eso.

¹⁴³ Más información en: http://eaaf.typepad.com/eaaf_sp/. Y también en: http://www.premio.fnpi.org/pdf/Rastro_huesos.pdf.

¹⁴⁴ La Ley 392 CBA del 1/06/2000 adjudicó el predio de la ESMA a un espacio para la memoria.

Hay chicos que no saben cuál es su familia, hay abuelas que siguen buscando a gente que fue brutalmente desaparecida por el Estado. Bueno, la respuesta más plausible que hoy como sociedad le podemos dar es vamos a pagar con el impuesto público la formación y el crecimiento de instituciones que activamente colaboren en enmendar en algo todo el daño que hizo el Estado. En ese punto me parece súper importante”.

La Ley de Obtención de ADN, que asimismo ya fue comentada en este trabajo, es otra forma de reparación en función de garantizar el derecho a la información y a la verdad. Así como también la Ley 961 de la Ciudad de Buenos Aires que el 5 de diciembre de 2002 crea el Instituto Espacio para la Memoria, cuya sede definitiva está en el predio que ocupó la ESMA. En 2002, además, se instituye el 24 de marzo como Día Nacional de la Memoria por la Verdad y la Justicia en conmemoración de quienes resultaron víctimas del proceso iniciado en esa fecha del año 1976 (por Ley N° 25.633). Por último, a través del Decreto 1259 del 2003 se crea el Archivo Nacional de la Memoria, en el ámbito de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación¹⁴⁵.

Es imposible, y a la vez parece redundante, no nombrar -como parte fundamental de las reparaciones e impulsora de las mismas- a las organizaciones que dedican su tarea a la defensa de los derechos humanos empezando por la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, Asociación Madres de Plaza de Mayo y Madres Línea Fundadora, el CELS, la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, el Comité Argentino de Seguimiento y Aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CASACIDN), H.I.J.O.S., Memoria Abierta, SERPAJ, entre otros.

¹⁴⁵ Sus actividades fundamentales son obtener, analizar, clasificar, digitalizar y archivar informaciones y documentos sobre el quebrantamiento de los derechos humanos y las libertades fundamentales en que esté comprometida la responsabilidad del Estado argentino y sobre la respuesta social e institucional ante esas violaciones.

5. Algunas consideraciones

5.1. Los nietos recuperados, una muestra contundente del accionar del BNDG

“Cuando nuestros nietos sean grandes, ellos nos van a buscar a nosotros. Y se va a hacer el camino doble”¹⁴⁶, dijo alguna vez la presidenta de Abuelas de Plaza de Mayo, Estela Barnes de Carlotto, y tenía razón. De los 108 nietos recuperados hasta la fecha¹⁴⁷, 17 se presentaron por decisión propia a consultar a la Asociación¹⁴⁸.

Más de la mitad de esos 108 nietos fueron recuperados a través de los análisis realizados en el Banco Nacional de Datos Genéticos. Algunos accedieron a realizarse el análisis de forma voluntaria por intermedio de Abuelas o de la CONADI mientras que, en los casos en que se opuso resistencia se pudo restituir la identidad a través del allanamiento de objetos personales para poder obtener material de ADN o mediante la orden de un juez/za para que la persona se realizara el análisis al que finalmente accedió.

La cantidad de casos resueltos por el BNDG (más de 60¹⁴⁹) es una muestra más que suficiente de la importancia que tuvo en relación a su función de restitución de identidad así como en garantizar el derecho a la información y a la verdad tanto de los familiares que se encontraban en la búsqueda como de la persona que desconocía su origen biológico y que, gracias a la acción del Estado a través de esta institución, tuvo la posibilidad de recomponer sus vínculos de sangre y su historia.

¹⁴⁶ Historias Buscadas. CONADI 15 años, p. 57. Disponible en: http://www.derhuman.jus.gov.ar/publicaciones/pdfs/27-Conadi2_15_anios.pdf.

¹⁴⁷ Junio de 2013.

¹⁴⁸ Información proporcionada por el Equipo de Difusión de Abuelas.

¹⁴⁹ Según consta en la Web de Abuelas. Dato confirmado por la Directora del BNDG.

Estas restituciones se dieron a propósito de la creación del BNDG y de su rol fundamental en cuanto organismo capaz de proveer una prueba concluyente a la Justicia acerca del parentesco de consanguinidad entre personas.

Federico Orlando¹⁵⁰, abogado y docente de derecho constitucional de la UBA, indica en esta línea que la implementación del BNDG sirvió para brindarle un servicio al Poder Judicial en materia de prueba. “Una pericia científica con valor probatorio por un lado, y por otro creo que es una manera por la cual el Estado puede instrumentar el derecho a la identidad. Así como a través de los hospitales el Estado cumple con el derecho a la salud. Es decir sirve como materialización de derechos, en este caso del derecho a la identidad, a la información, a la verdad”, afirma Orlando.

Debido al temprano accionar de Abuelas, con cierto acompañamiento del Estado -en menor o mayor grado según los distintos gobiernos desde la vuelta de la democracia- 15 nietos/as fueron restituidos por métodos utilizados en el BNDG cuando aún eran menores de edad. El resto de los que fueron recuperados a través del trabajo del Banco ya eran mayores de edad cuando o bien se presentaron de forma voluntaria para una extracción hemática o se obtuvo una muestra de su material genético a través de métodos alternativos para efectuar el estudio correspondiente ordenado por la Justicia.

Si hay algo que pudo haber ido en contra del desarrollo y de la consolidación del BNDG fue el intento desesperado de las defensas de los apropiadores por desprestigiar a la institución. Alan Iud comenta que los apropiadores, en sus defensas, objetaban que ellos no habían tenido la oportunidad de controlar el ingreso de las muestras de los familiares al Banco, con lo cual insinuaban que podía llegar a cometerse algún tipo de

¹⁵⁰ Ver entrevista completa a Federico Orlando en Anexo.

fraude para incriminarlos. Era de esperar que esos argumentos fueran desestimados y la respuesta, según Iud, “pasó por el propio reconocimiento legal y del Estado a la búsqueda de Abuelas al constituir al Banco como una herramienta eficaz”.

También hubo planteos relativos a la Ley de Habeas Data. Iud explica que dicha ley “básicamente establece que tanto instituciones públicas como privadas que almacenan información sobre las personas tienen que adaptarse a determinadas pautas, y además establece que cierta información que tiene el carácter de sensible tiene unos requisitos mayores de control de confidencialidad y fundamentalmente de titularidad de la persona sobre esa información. Se prohíbe, por ejemplo, hacer bancos de datos sobre determinada información sensible”.

Iud comenta que hubo algunos planteos dentro de la defensa de Marcela y Felipe Noble Herrera en relación a que incorporar su información genética al Banco implicaba violar algunas disposiciones de dicha ley. Pero eso, sigue Iud, fue superado con la nueva ley del Banco, la N° 26.548, porque es posterior a la Ley de Habeas Data y además es específica de dicha institución.

“Ellos planteaban que su derecho de retirar las muestras en lugar de dejarlas reservadas ahí surgía de la Ley de Habeas Data. Pero la ley del Banco establece expresamente que las muestras genéticas de quien se analice en dicha institución quedan ahí para posteriores comparaciones”, revela Iud.

“Lo que planteaban los abogados de Felipe y Marcela es que el ADN contiene información sensible sobre las personas, y al estar en ese lugar no podían controlar lo que se hacía con esa información y por eso se negaban a que quede guardado allí porque se violaba la Ley de Habeas Data. Pero, como dije, la Ley de Habeas Data no

aplicaría porque el Banco tiene su ley específica y se rige por ella”, reafirma el abogado de Abuelas.

Otro de los recursos utilizados por las defensas de los imputados para desprestigiar al BNDG es evocar un caso polémico¹⁵¹ sucedido en los años ochenta. Lo que ocurrió fue que la Justicia dio por probado que una niña pertenecía a la familia Sandoval- Fontana y luego se pudo comprobar que esto no era así¹⁵². La directora del BNDG, María Belén Rodríguez Cardozo, dice -en relación a ese caso- lo siguiente: “Es un resultado que el juez no supo interpretar porque ni siquiera citó a los peritos. O sea, compartía un haplotipo con la rama materna y otro haplotipo con la rama paterna. Los dos haplotipos que compartía eran de alta frecuencia poblacional. Uno de tres tenía ese haplotipo. Lo compartió por azar.

Si vos tenés como único marcador y mirás que acá hay un haplotipo y acá hay otro y está uno en la paterna y otro en la materna y es un marcador co-dominante yo no puedo sacar una conclusión.

Pero el juez, al encontrarse frente a un resultado del ochenta y pico por ciento, que no existe hoy porque es del 99,99%, tendría que haber citado a los peritos y preguntar si eso resultaba concluyente para la asignación de un vínculo biológico-parental, y el perito hubiera dicho que no. Pero tomó la iniciativa de considerarlo por demás válido y sacar a la persona de su casa y ponerla en el seno de otra familia.

Entonces una cosa es un resultado erróneo del Banco -que no lo es- y otra cosa es la magnitud que a ese resultado le da la Justicia, o sea, la interpretación.

Ahí tendría que haber puesto un perito que evaluara el resultado.

¹⁵¹ El caso de Juliana Treviño se detalla en el libro *Las Abuelas y la Genética*: Op. Cit. p. 76.

¹⁵² Ver más información sobre el caso en el libro citado *Las Abuelas y la Genética*. También en la entrevista a la directora del BNDG en el Anexo.

Por eso digo que es necesario que se capaciten los magistrados y aquellos que trabajan en delitos de Estado, así como nosotros aprendemos la parte jurídica que ellos también aprendan algunas de estas cuestiones”¹⁵³. Con respecto a esto último, Rodríguez Cardozo cuenta que hicieron cursos de capacitación para jueces en la formación en pericias. “Los formamos en lo que es la etapa pre-analítica, o sea la recolección de evidencia en el lugar del hecho y la post-analítica que es cómo interpretar el informe pericial cuando lo reciben.

También enseñamos cuáles son los estudios, pero bueno es difícil el tema matemático-estadístico, pero creemos que es importante la cuestión de la escena del crimen y que cuando reciben el informe no vayan a la última página y digan: 99, 99 %. Poder saber si eso es suficiente, si no tiene que preguntarle nada al perito, si ese número es concluyente para la asignación de un vínculo biológico. ¿Qué parámetros tengo que tener en cuenta? ¿Se cumplió con la cadena de custodia de las muestras? ¿Fue la persona a sacarse sangre? ¿Hay huella dactilar, hay fotografía?”, explica Rodríguez Cardozo.

lud dice, con respecto al reconocimiento estatal del BNDG, que los tres poderes tienen disposiciones dictadas en el marco de su competencia: “El Poder Legislativo con las leyes que regulan el Banco, con la Ley de Obtención de ADN y demás... el Poder Ejecutivo disponiendo la CONADI, administrándola y también administrando el BNDG, y el Poder Judicial con los fallos y la investigación de las distintas causas”.

De acuerdo a este reconocimiento que el Estado le otorga al Banco Nacional de Datos Genéticos, por intermedio de las acciones llevadas a cabo a través de sus distintos poderes, puede entenderse cómo este organismo se consolidó como una herramienta

¹⁵³ Ver entrevista completa en el Anexo.

de reparación histórica en cuanto a delitos de lesa humanidad, garante del derecho a la identidad, respetuosa del derecho a la intimidad -dada la información sensible que maneja y que se tiene en consideración en la ley por la cual se rige- y de acceso al derecho a la información y a la verdad de las personas víctimas de delitos de desaparición forzada.

Además, el Banco se consolidó por mérito propio como una herramienta confiable por la seriedad de los procedimientos aplicados cuando una persona se presenta a realizarse el análisis. La directora del Banco ilustra con respecto a esto que lo primero que hay que hacer cuando alguien va a analizarse es identificar a esa persona. “Puede venir cualquiera y decir: ‘Soy fulano’. Entonces la persona es identificada con huella dígito-pulgar derecha y fotografía. Y en el caso de que el juez considere necesario se amplía con los 10 dedos, si necesita que se tomen más resguardos.

Después se toman 3 muestras, 2 en tubo y una en papel que queda en el legajo. Es un papel especial que va en un sobre totalmente sellado e inviolable, que es una muestra control, por cualquier cosa. Además, se le ofrece a la persona si quiere llevarse su muestra, o sea si quiere tener un reaseguro por una contraprueba.

Bueno y se procede con marcadores del genoma nuclear, mitocondrial y de género (X o Y, de acuerdo a que sea femenino o masculino) y se compara con bases de datos de los marcadores de linaje, cromosoma Y y mitocondrial. Si diera positivo-positivo se va al nuclear para ver matemáticamente cuánto da.

El ADN se obtiene a través de las células nucleadas, que están en la sangre, no los glóbulos rojos, que son células no nucleadas que sólo transportan gases.

En el caso de objetos obtenidos por allanamiento se obtiene el ADN de las zonas de roce”¹⁵⁴, relata Rodríguez Cardozo, y agrega que el resultado se entrega al juez/a o a la CONADI, según el que haya solicitado el análisis. En el caso de ser requerido por la persona involucrada, se la cita y -personalmente- se le informa. Porque “es su derecho, su patrimonio genético”¹⁵⁵.

Asimismo, para asegurar la rigurosidad del Banco, la Ley indica controles de organismos internacionales. La directora del Banco cuenta en relación a esto: “Nosotros nos sometemos a controles de calidad todos los años. Desde el 97 con la Sociedad Internacional de Genética Forense y, además, participamos del control de calidad local que es el de la Sociedad Argentina de Genética Forense.

Es fundamental que el equipo profesional se someta a controles, no hay nada más importante que controlar porque somos humanos”¹⁵⁶.

5.2. El derecho a la información como herramienta para el ejercicio de otros derechos

*Una mañana de 1979 las Abuelas de Plaza de Mayo leyeron en el diario El Día de La Plata una noticia que las llenó de esperanza. “Un hombre que negaba su paternidad fue sometido a un examen de sangre comparativo al del presunto hijo y resultó ser el padre. Ahí se nos prendió la lamparita y se nos ocurrió la idea de utilizar la genética para identificar a nuestros nietos”, recuerda Estela Barnes de Carlotto*¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Ver entrevista completa en el Anexo.

¹⁵⁵ Ídem.

¹⁵⁶ Ídem.

¹⁵⁷ *Las Abuelas y la Genética*: Op. Cit., p. 15. Disponible en: <http://www.abuelas.org.ar/material/libros/LibroGenetica.pdf>.

Este breve extracto del libro *Las Abuelas y la Genética* representa el germen de lo que derivó en la creación del Banco Nacional de Datos Genéticos, institución que hizo posible -efectivamente- la utilización de la genética para la identificación de sus nietos. Desde fotos y descripciones hasta huellas plantares, mechones de pelo y dientes de leche se pensaron como posibles pruebas. Ninguna de estas pruebas era contundente ante la Justicia y, además, no existía absolutamente nada de aquellos que nacieron en cautiverio. La información que necesitaban, definitivamente, se encontraba en la sangre. Y fue a través del BNDG que esa información pudo ser recolectada, analizada, guardada y utilizada para la identificación de personas perjudicadas por el delito de desaparición forzada de personas. En este sentido, se utilizó a la información como medio para ejercer otros derechos.

Abramovich-Courtis señalan en su texto al derecho a la verdad como parte del derecho a la información y advierten que “uno de los desarrollos más recientes en materia de investigación de las violaciones a los derechos humanos cometidas en la pasada dictadura consiste en la conceptualización del llamado ‘derecho a la verdad’, es decir, el derecho de familiares de personas desaparecidas a conocer el destino de éstas, independientemente de las posibilidades de persecución penal. Como se ve, el objeto fundamental del reclamo se centra en la obtención de datos relativos a la conducta estatal”. Esta postura es coincidente con lo que plantea Parellada en relación al surgimiento de los juicios por la verdad: “El derecho a la verdad va a ser una alternativa. Conocer la verdad”. En este sentido, el derecho a la verdad también es derecho a la información y derecho de acceso a la información que también es ejercido por los familiares a través de las solicitudes de perfiles genéticos tramitados a través de la acción del BNDG.

En cuanto al derecho de acceso a la información, Loreti explica que “apalanca el ejercicio de otros derechos. A la verdad histórica como en este caso, a la información que el Estado tiene de uno y al ejercicio de otros derechos sociales...”¹⁵⁸.

En el documento del CELS *La información como herramienta para la protección de los derechos humanos*¹⁵⁹ se alude a una forma de entender el derecho a la información que es la que se da cuando su obtención no es considerada el fin principal, sino un instrumento de concreción de otros derechos, valores o principios.

Un ejemplo que da el CELS en cuanto a las acciones tendientes al ejercicio del derecho a la verdad es el trabajo que realizaron por la desclasificación de documentos del Departamento de Estado de los Estados Unidos, que guardaban información relacionada con las violaciones de derechos humanos en Argentina durante la dictadura militar de 1976-83. Se realizaron gestiones junto con Abuelas de Plaza de Mayo y Madres de Plaza de Mayo ante la Embajada de Estados Unidos en Argentina y ante su Departamento de Estado y en agosto de 2002 se hizo pública la desclasificación masiva de documentos sobre Argentina. A partir de estos documentos se publicaron selecciones que fueron distribuidas y publicadas en la página web del CELS. Se tradujeron los documentos y se logró un mayor impacto en el ámbito público al facilitar la lectura. Algunos de esos documentos contenían información que fue utilizada como prueba en varias causas judiciales en las que se investigan a represores de la última dictadura por desapariciones forzadas.

En este sentido, el CELS destaca el carácter fundamental que la información -en sus respectivas modalidades- posee como herramienta para la protección de los derechos

¹⁵⁸ Ver entrevista completa en el Anexo.

¹⁵⁹ http://www.cels.org.ar/common/documentos/acceso_info.pdf.

humanos y afirma que “el ejercicio del derecho a la información es un elemento central en la construcción de una cultura democrática”¹⁶⁰.

A través de ese ejercicio del derecho a la información ejecutado a través del BNDG como herramienta idónea para procesar la información genética en relación a determinados parentescos es que, a su vez, se puede garantizar derecho a la identidad y el derecho a la verdad y a la justicia.

Ya se ha detallado en este trabajo los alcances de los derechos a la identidad, a la justicia, a la información y a la verdad como derechos humanos esenciales reconocidos internacionalmente.

Existe, también, *una perspectiva no individual del derecho a la verdad que se asienta en el derecho de la comunidad a conocer su pasado, entre otras razones, como forma de resguardarse para el futuro*¹⁶¹. *Es el derecho de la sociedad a conocer sus instituciones, sus actores, los hechos acaecidos, para poder saber, desde el conocimiento de sus aciertos o de sus falencias, cuál es el camino a seguir para consolidar la democracia*¹⁶².

Siguiendo la aseveración de que el Banco Nacional de Datos Genéticos, por todo lo que se ha dicho hasta el momento, permite a la sociedad conocer su pasado, reconstruir historias y resguardar los derechos analizados es que en el año 2013, en que se cumplen 30 años de democracia, es posible concebirlo como una herramienta imprescindible al servicio de la comunidad y que, positivamente contribuyó a la consolidación de esa democracia en nuestro país.

¹⁶⁰ CELS: *La información como herramienta para la protección de los derechos humanos*, disponible en: http://www.cels.org.ar/common/documentos/acceso_info.pdf.

¹⁶¹ Oliveira, Alicia-Guembe, María José: Op. Cit., p. 549.

¹⁶² Ídem.

6. Palabras finales

Queda claro que cuando se trata de conocer la verdad de lo ocurrido en casos de violaciones graves de derechos humanos es imprescindible garantizar el derecho a la información por parte de los poderes públicos a cualquier integrante de la sociedad o a la sociedad toda en la medida en que el Estado está obligado a realizar acciones positivas en función de los tratados internacionales a los que adhirió en la materia.

Tal como afirma Méndez: “El Estado está obligado a investigar, procesar y castigar a quienes resulten responsables, y a revelar a las víctimas y a la sociedad todo lo que pueda establecerse sobre los hechos y circunstancias de tales violaciones”. Y en ese “revelar” es que conecta al derecho a la verdad con el derecho a la información: “El derecho a la verdad sobre violaciones masivas y sistemáticas del pasado es parte integrante de la libertad de expresión, que en todos los instrumentos internacionales se vincula con un derecho a la información en posesión del Estado”.

Como ya fue mencionado, Duhalde-Alén aseguran que el derecho a la información es “superador” de la noción de libertad de expresión, porque tiende a conciliar los intereses de quienes dan y reciben información, garantizando igualmente el derecho a buscar información. Y aquí se retorna a la enunciación esbozada por Loreti cuando dice que “el derecho a la información es el derecho a recibir, difundir, investigar informaciones y opiniones por cualquier medio, según decía el tratado de 1948 en el artículo 19 de la Convención Universal de los Derechos Humanos y sin limitación de fronteras”.

Mediante esta tesina se espera haber efectuado una contribución en materia de comunicación, en función del análisis que se realizó del derecho a la información en los casos utilizados para mostrar el accionar de una institución como el Banco Nacional de

Datos Genéticos, y de cómo ese derecho resulta, a su vez, inseparable de la noción de derecho a la verdad, que es el concepto y el modo que encontraron los organismos de derechos humanos para mencionar ese derecho a saber, a conocer lo acontecido con sus familiares desaparecidos, a tener acceso a los datos que puedan reparar de alguna forma lo irreparable.

El Banco se constituye entonces como una fuente de información que permite restituir, a través de la información genética que procesa, nietos/nietas –hijas/hijos. Pero además, brinda la posibilidad invaluable de que la sociedad toda confirme la historia que fue construyendo en estos años de recuperación democrática y pueda fundar las bases de una verdadera política de memoria que garantice la no repetición de este tipo de hechos.

La reconstrucción de cientos de familias y de un relato común como sociedad fue posible a través del ejercicio del derecho a la información internalizado en estos casos como derecho a la verdad.

Bibliografía consultada

LIBROS – PUBLICACIONES

- Abramovich, Víctor - Courtis, Christian: El acceso a la información como derecho. Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/5/276.pdf>.
- Abuelas: *Las Abuelas y la Genética*, disponible en: <http://www.abuelas.org.ar/material/libros/LibroGenetica.pdf>.
- Abuelas: *Los niños desaparecidos y la Justicia. Algunos fallos y resoluciones. Tomo III*, disponible en: <http://www.abuelas.org.ar/material/libros/juridico3.pdf>.
- Castoriadis, Cornelius: Conferencia pronunciada en el Simposio Internacional de Stanford “Desorden y orden” (14.16 de septiembre de 1981).
- Castoriadis, Cornelius: *La institución imaginaria de la sociedad*, (Editions du Seuil, 1975). 1ª reimpresión, Tusquets Editores, Buenos Aires, 2010
- CELS: *La información como herramienta para la protección de los derechos humanos*, disponible en: http://www.cels.org.ar/common/documentos/acceso_info.pdf.
- CELS: Litigio estratégico y derechos humanos. La Lucha por el derecho, 2008. Siglo XXI editores. Disponible en: http://www.cels.org.ar/common/documentos/la_lucha.pdf.
- CONADI: Historias Buscadas. CONADI 15 años. Disponible en: http://www.derhuman.jus.gov.ar/publicaciones/pdfs/27-Conadi2_15_anios.pdf.
- Constitución de la Nación Argentina.
- Duhalde, Eduardo Luis; Alén, Luis Hipólito: *Teoría Jurídico-Política de la Comunicación*, Eudeba, 1999
- Güida, María Clara: *Nociones básicas del derecho*. Disponible en: http://www.catedras.fsoc.uba.ar/loreti/documentos_de_la_catedra/nociones_basicas_de_derechos.pdf
- Hazan, Luciano: “Los Análisis genéticos después del fallo ‘Vázquez Ferrá’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” En *Derecho a la verdad y persecución de crímenes de lesa humanidad*, disponible en: <http://www.abuelas.org.ar/material/libros/juridico4.pdf>.
- Informe de la Comisión Nacional Sobre la Desaparición de Personas: *Nunca más*, 3ra edición de 1984, Bs. As. Eudeba
- Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Anual de la comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010. Disponible en: http://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/RELATORIA_2010_ESP.pdf

-Lud, Alan: "La apropiación de niños y el análisis de ADN obligatorio", en *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, Anitua, Gabriel Ignacio y Gaitán, Mariano (comps.), Editores del Puerto, 2012.

-Kawabata, Alejandro: "Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 1997, Editores del Puerto.

-Loreti, Damián: *América Latina y la libertad de expresión*. Grupo Editorial Norma, 2005.

-Loreti, Damián - Lozano, Luis: *El rol del Estado como garante del derecho humano a la comunicación*, disponible en:
http://www.catedras.fsoc.uba.ar/loreti/documentos_de_la_catedra/Infojus-Loreti.Lozano.pdf.

-Méndez, Juan E.: "El derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos". En *La aplicación de los tratados sobre DDHH por los Tribunales locales* (compiladores Martín Abregú-Christian Courtis), Editores del Puerto. 1997.

-Oliveira, Alicia-Guembe, María José: "La verdad, derecho de la sociedad". En *La aplicación de los tratados sobre DDHH por los Tribunales locales* (compiladores Martín Abregú-Christian Courtis), Editores del Puerto. 1997.

-Piñol Sala, Nuria: "Los delitos del art. 146 del CP a la luz del derecho a la identidad y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación" en *Derecho a la verdad y persecución de crímenes de lesa humanidad*, disponible en:
<http://www.abuelas.org.ar/material/libros/juridico4.pdf>.

-Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia: *Derecho a la identidad: dimensiones experiencias y políticas públicas*, publicación realizada con la colaboración del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Oficina de Argentina. Marzo de 2009.

SITIOS WEB

<http://www.abuelas.org.ar>

<http://www.anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/17367/20549>.

http://www.catedras.fsoc.uba.ar/loreti/equipo_de_catedra.html.

<http://www.cels.org.ar/home/index.php>.

<http://www.conadi.ius.gov.ar/>

www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf.

<http://www.derhuman.ius.gov.ar/politicaddhh.html>.

<http://www.diputados.gob.ar/frames.jsp?mActivo=legislacion&p=http://www.hcdn.gob.ar/legis>.

http://eaaf.typepad.com/eaaf_sp/.

<http://www.encuentro.gov.ar/>.

<http://www.mincyt.gov.ar/>.

<http://www.nybloodcenter.org/index.jsp>.

<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=156&IID=2>.

http://www.premio.fnpi.org/pdf/Rastro_huesos.pdf.

<http://www.teatroxlaidentidad.net/institucional.asp>.

DIARIOS, PORTALES y AGENCIAS

-CIJ

-Clarín

-Página 12

-La Nación

-Perfil

-Río Negro

-TÉLAM

LEYES, DECRETOS Y CONVENCIONES

-Ley 23.511

-Ley 23.466

-Ley 23.492

-Ley 23.521

-Ley 24.043

-Ley 24.321

-Ley 25.326

-Ley 25.457

-Ley 25.633

-Ley 25.779

-Ley 26.061

-Ley 26.548

-Ley 392 CBA

-Decreto 187/1983

-Decreto 1002/1989

-Decreto 1259/2003

- Decreto 38/2013
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas
- Convención sobre los Derechos del Niño
- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

ENTREVISTAS

- Entrevista a Federico Orlando, abogado y docente de Derecho constitucional de la UBA.
- Entrevista a Julieta Parellada, abogada UBA, ex integrante del CELS.
- Entrevista a Leonardo Filippini, abogado UBA, profesor de Derecho en la Universidad de Palermo.
- Entrevista a Damián Loreti, abogado UBA, doctor en Ciencias de la Información (Universidad Complutense de Madrid).
- Entrevista a Alan Iud, abogado, coordinador del Equipo Jurídico de Abuelas de Plaza de Mayo.
- Entrevista a María Belén Rodríguez Cardozo, Directora del Banco Nacional de Datos Genéticos.

Anexo

Entrevistas realizadas:

-13 de febrero de 2012 - Entrevista a Federico Orlando, abogado y docente de Derecho constitucional de la UBA.

-11 de abril de 2012 - Entrevista a Julieta Parellada, abogada UBA, ex integrante del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

-16 de marzo de 2012 - Entrevista a Leonardo Filippini, abogado UBA, profesor de Derecho en la Universidad de Palermo.

-6 de septiembre de 2012 - Entrevista a Damián Loreti, abogado UBA, doctor en Ciencias de la Información (Universidad Complutense de Madrid).

-29 de abril de 2013 - Entrevista a Alan Iud, abogado, coordinador del Equipo Jurídico de Abuelas de Plaza de Mayo.

-6 de junio de 2013 - Entrevista a María Belén Rodríguez Cardozo, Directora del Banco Nacional de Datos Genéticos.

Entrevista a Federico Orlando, abogado y docente de Derecho constitucional de la UBA.

13 de febrero de 2012

¿En qué momento cree que el derecho a la identidad comenzó a tener más peso en nuestra sociedad?

El derecho a la identidad empieza a tomar entidad con la vuelta de la democracia, cuando comienza a transparentarse la práctica sistemática de desaparición forzada de personas y de robo de bebés. Toma una entidad social enorme primero con los juicios a las juntas y luego en los procesos posteriores que fueron interrumpidos por las leyes de obediencia debida y punto final.

Tal vez en ningún país del mundo como en el nuestro el derecho a la identidad tiene el significado que tiene, sobre todo por la dictadura. Históricamente estaba asociado con la idea del nombre, con los procesos de adopción, la filiación, con el derecho del niño adoptado a conocer su verdadera identidad.

¿Cómo juegan el derecho a la identidad, a la verdad y a la intimidad en casos como Vázquez Ferrá o Prieto?

Como estos derechos chocan entre sí, lo que hay que hacer en cada caso es ponderar. Esto lo hacen los jueces y en particular la Corte Suprema de Justicia.

En Prieto, la víctima que es el nieto apropiado que se podría decir que tiene derecho en algún punto a su intimidad y a que no se utilice su cuerpo como prueba del delito que además puede incriminar a quienes son tal vez sus padres.

Pero por el otro lado está el derecho a las víctimas y el derecho a la sociedad a saber la verdad.

Entonces es víctima y a la vez objeto de prueba.

¿Con qué límites puede usarse el cuerpo de una persona como prueba?

Hay una garantía que dice que uno puede no declarar contra sí mismo.

Entonces si te tienen que extraer sangre a los fines de determinar algunas cuestiones, algunos pueden entender que esa extracción de sangre es hacer que declares contra vos mismo...

Hay o hubo dos grandes posturas:

El cuerpo como algo inviolable, como en el caso Evelyn Vázquez Ferrá (en 2003); ella decía que con su ADN podía llegar a incriminar a quienes son sus padres... La Corte le da lugar en su momento.

En Prieto (2009) no le tuvieron que extraer sangre sino que el ADN lo extrajeron de material genético encontrado en su casa. No le violentaron el cuerpo, digamos. La Corte entonces habilitó esto porque no se incumplía ningún derecho.

En realidad creo que con tu cuerpo no estás incriminando a tus padres porque justamente no sabés si lo son. Lo que está en duda es el nexo biológico.

La Corte interamericana reconoce en uno de sus fallos el derecho de las víctimas y de la sociedad a la verdad.

Hasta el caso de Evelyn Vázquez Ferrá podría decirse que para la Corte era más importante el derecho a la intimidad, de alguna manera. Con el caso Prieto ya había una Corte diferente, ahí se dice que hay un derecho fuerte de la sociedad a la verdad, pero son casos distintos.

Mi intuición es que con Prieto aparece más fuerte el derecho a la verdad. Y está por supuesto el derecho a la información que tiene cualquier familiar que busca a un desaparecido.

A nivel jurídico, ¿para que sirvió la implementación del BNDG?

Para brindarle un servicio al poder judicial en materia de prueba. Una pericia científica con valor probatorio, por un lado y por otro creo que es una manera por la cual el Estado puede instrumentar el derecho a la identidad. Así como a través de los hospitales el Estado cumple con el derecho a la salud. Es decir sirve como materialización de derechos, en este caso del derecho a la identidad, a la información, a la verdad.

Entrevista a Julieta Parellada, abogada UBA, ex integrante del CELS.

11 de abril de 2012

¿Qué trabajo se hizo en el CELS?

Desde el CELS se llevó a cabo todo un trabajo sobre persecución de crímenes de lesa humanidad. Tenías por un lado los delitos por privación ilegítima de la libertad que era el secuestro, la tortura, reducción a la servidumbre...

Y después sobre otro universo de personas también tenías el delito de sustracción de menores, que son los delitos que Abuelas, el equipo de abogados de Abuelas, llevaron adelante en su investigación.

Entonces lo que pasó es que hubo una división de tareas en términos estratégicos en la cual el CELS no llevó casos sobre sustracción de menores.

¿Cómo fue la estrategia en el caso Simón?

La estrategia de persecución penal que hace el CELS con Abuelas es clara. Estaba el matrimonio Poblete que había sido víctima de una cantidad de delitos: privación ilegítima de la libertad, torturas y de desaparición forzada. Por otro lado, en el mismo momento, hay otra persona de la familia que es víctima de un delito que es el de sustracción de menores, la hija, Victoria Poblete. Entonces Abuelas había iniciado todo un proceso judicial contra los apropiadores de Victoria Poblete, que es el caso Landa.

El autor de estos delitos fue Simón, entre otros.

Es decir, en el mismo momento secuestran al matrimonio y a la hija. Al matrimonio lo secuestran (privación ilegítima de la libertad), lo torturan y posteriormente se produce su desaparición (no se encuentra a ninguno de los cuerpos). En el mismo acto Victoria es secuestrada y entregada a un matrimonio, la familia Landa. Entonces

Abuelas lleva adelante la investigación y de hecho se condena al matrimonio Landa por la sustracción de Victoria.

Por este mismo caso se plantea la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final, que es el fallo de la Corte, en el cual se plantea esta incoherencia que por un mismo hecho delictivo no se pueda avanzar en la investigación y sanción de los responsables... por una parte por sustracción de la niña y por otro lado las leyes garantizaban impunidad a los autores del delito porque impedían la sanción de los responsables por esta parte del delito.

Simón está imputado de todos los delitos: los delitos de los que fueron víctima el matrimonio Poblete y de la sustracción y ocultamiento de Victoria.

Entonces Abuelas y el CELS se unieron en este juicio; el CELS tiene su querrela por la parte de los delitos cometidos contra el matrimonio, y Abuelas por Victoria.

¿Cómo se plantean los juicios por la verdad?

Hay un momento de persecución que es el juicio a las juntas, después vienen las leyes de obediencia debida y punto final que frenan el proceso de persecución penal. Entonces los organismos de derechos humanos comienzan un trabajo muy innovador, eso sí es innovador en la Argentina, y de hecho se traslada. Y hay todo un proceso de persecución alternativa, y es lo que se conoce como el derecho a la verdad. Es el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que es el caso Lapaco¹⁶³, que también lo lleva el CELS.

Lo que hacen estas leyes es frenar, poner un límite a la persecución penal de ciertos delitos y a ciertos autores también. Entonces vos tenías el juicio a las juntas, en los que se había condenado a los mandos máximos militares y en términos de hechos tenés un obstáculo en la persecución penal. Y hay juicios que ya se habían iniciado como la causa ESMA, primer cuerpo del ejército, hablando de Capital, tenés el 5to cuerpo y otros a nivel nacional que quedan frenados por la ley de obediencia debida.

Entonces quedan frenados en su persecución y lo que empiezan a buscar familiares y organismos son modos alternativos de persecución. El derecho a la verdad va a ser una alternativa. Conocer la verdad.

Renuncian a la sanción penal, dicen: "Yo a esta altura de los hechos al menos quiero saber lo que pasó". Esos son los juicios por derecho a la verdad. Los juicios por la verdad.

El problema es qué se hacía con esas declaraciones, 10-20 años después, en las que había personas que habían declarado contra sí mismos, pero tenían una calidad de declaración distinta, un detalle procesal. ¿Y cómo se justificaba esa declaración en el juicio que posteriormente te habilitaba a condenarlo?

¿Cómo se da esa posibilidad?

En un determinado momento tenés el fallo de la Corte. El argumento que prevalece es que no hay cosa juzgada porque se dice eso cuando hay una sanción, pero en

¹⁶³ El caso Lapacó es el caso de una madre detenida en el '77 con su hija en el Atlético, a ella la liberan, la hija queda detenida y se la ve por última vez en el centro clandestino. Por las leyes de obediencia debida y punto final, no puede hacerle juicio a los responsables. Y entonces avanza con el caso por el derecho a la verdad en la Corte Interamericana.

realidad lo que hubo fue una interrupción. Empezó un proceso en los años 80 que de repente se vio interrumpido por las leyes de punto final y obediencia debida. Quizás alguno fue procesado pero ninguno fue condenado.

El tiempo pasó y en el año 2005, con el fallo Simón, lo que se hizo fue remover ese obstáculo y el proceso de juzgamiento pudo continuar.

Acá entonces no tenés cosa juzgada, distinto hubiera sido si tenés una condena. Procesado es cuando va a juicio, condenado es cuando tiene la condena firme.

Después tenés la prescripción; es decir ya pasaron 20 años, pero como fueron declarados delitos de lesa humanidad no prescribieron.

Y los juicios por derecho a la verdad son los que avanzan hasta Simón, porque después siguen pero digamos que se comienza de nuevo con la persecución penal.

¿Qué pasó en los juicios con los diferentes derechos encontrados?

Analizar el tipo penal aclara muchas cosas. ¿Quiénes son las víctimas de estos delitos?

Los que son buscados y también la familia que busca. Hay dos partes, a veces, con intereses contrapuestos. Y aparece el derecho a la verdad, pero ¿de quién? ¿De la familia de origen, de toda la sociedad, de la persona en duda?

El problema, en todo caso, es que la persona en cuestión a veces no se ve titular de ese derecho. Tiene que ver con el reconocimiento de las víctimas de ciertos derechos.

Veíamos casos de chicas violadas que asociaban la tortura únicamente con la picana. Es decir, se construyó ese reconocimiento de la víctima a ser titular del derecho a la integridad sexual. No es que objetivamente las chicas decían: “Yo no quiero reconocer ese derecho”, sino que hay una construcción que hacer.

Me acuerdo en los juicios que algunas víctimas decían: “Fuimos torturadas en dos oportunidades...”. Es decir, sólo consideraban tortura a la picana o al submarino, por ejemplo. El no poder comer, no poder ir al baño, el no poder dormir, que te saquen la identidad y que seas un número, eso es tortura. Tiene que ver con el reconocimiento de. No es inventar algo, no es la preparación de un testigo. Tiene que ver con un trabajo profundo... con el reconocimiento de.

¿Qué opina sobre la extracción de ADN para acceder al derecho a la verdad?

La extracción de sangre guarda racionalidad con el derecho a la verdad material y dicen muchos jueces que, además, va a ser una prueba a ordenar en caso de que sea necesario, proporcional en término de los intereses en puja e idónea. Porque es la prueba para llegar a la verdad material. La prueba de extracción de sangre es fundamental para la cesación del delito, para que culmine el delito.

¿El BNDG es una herramienta para garantizar este derecho?

Es un lugar específico, es un banco nacional, en donde están todas las muestras...

Hace que sea un lugar idóneo para que se realicen allí los análisis.

Entrevista a Leonardo Filippini, abogado UBA, profesor de Derecho en la Universidad de Palermo.

16 de marzo de 2012

¿En qué momento cree que el derecho a la identidad comenzó a tener más peso en nuestra sociedad?

Hay un problema que existió con los crímenes de terrorismo de estado y es la sustitución de identidad de los chicos apropiados, muchos de los cuales generaron con sus familias –algunos adoptantes de buena fe, otros apropiadores- ciertos lazos. Con el tiempo las investigaciones se fueron abriendo y en muchos casos se fue generando el problema o el interrogante acerca de la identidad de esas personas y de cómo poder develarla.

El supuesto más problemático fue en los casos en los cuales estos chicos, ahora adultos, se negaban a aportar el material genético para cotejarlo con la familia biológica a la que aparentemente podrían pertenecer. Cada persona hizo su recorrido como pudo y las expectativas de cada uno fueron bien distintas. Si bien la mayoría de los que resultaron nietos recuperados parece que establecieron algún vínculo con su familia biológica finalmente.

Naturalmente eso llegó a los tribunales, varios casos en los cuales se está investigando el delito de apropiación y como un dato relevante de la investigación aparece determinar la identidad biológica de la persona supuestamente apropiada.

En muchos funcionó y en muchos la cuestión terminó judicializada. Y ahí sí surgieron estos casos más emblemáticos que llegaron a la Corte: Vázquez Ferrá y dos casos Prieto, en los que la Corte trató de balancear.

En Vázquez Ferrá la mayoría de los integrantes de la Corte le dio una entidad muy relevante en la ponderación de intereses en juego a la negativa, que básicamente es la autonomía de las personas acerca de cómo definir su identidad. Si la víctima mayor se opone, esa decisión autónoma debía ser respetada por el Estado.

Hay una vuelta en Vázquez Ferrá en donde el argumento tiene una fundamentación plural: no es sólo una afirmación de la autonomía, si no que la Corte también hace pie en que la situación de la apropiación estaba de todas maneras ya acreditada. Entonces la fuerte defensa de la autonomía es un poco engañosa porque para la Corte es un argumento coadyuvante porque hacer la prueba era innecesario dado que la apropiación ya estaba determinada.

¿Hubo un argumento en un caso que abogaba por la posibilidad de que se hiciera la prueba sólo para acreditar la identidad pero sin persecución penal?

Eso es en los Prieto. Es dividida la opinión de la Corte. Aquí aparece esta idea... es el voto de Lorenzetti-Zaffaroni, un voto que trataba de hacer equilibrio. Que no tenga el peso para perseguir a los “padres” pero que sirva para satisfacer el derecho a la verdad de la familia biológica y sin avisarle al interesado.

Es un problema práctico, le avisás a la abuela y no al nieto. Lo que te dicen es: pero la prueba no vale. Pero fue un voto, no fue la mayoría. Es decir, éste no es el criterio que triunfa. Lo que ellos hacen es un esfuerzo interpretativo para tratar de congeniar las tres patas del problema: el derecho de la familia biológica a conocer, el derecho de la

persona que se negaba a dar la muestra a “no conocer” y el derecho a reconocer la voluntad del nieto a que no se use esa prueba en el proceso penal. Lo que dicen es: quienes se criaron con esa familia lo que querían proteger es ese lazo afectivo que tenían con sus adoptantes/ apropiadores. No me interesa conocer y tampoco quiero que vayan presos, no por mi gota de sangre. Pero triunfa en el caso Prieto la posición de que no era necesario tomar las muestras de sangre.

Hay dos jueces que dicen que sí, Maqueda y Highton. Lorenzetti y Zaffaroni presentan este mecanismo de creación judicial para tratar de salir de la situación. Y el criterio dominante de la Corte es que si vos tenés vías alternativas para obtener material genético distinto de la toma sobre el cuerpo del nieto de la sangre, hay que agotar esas vías antes.

Entonces en un caso avalan un allanamiento y en otro niegan la toma de sangre porque no se habían agotado otras alternativas.

No es muy sólida la argumentación en ninguno de los casos en los que se pronuncian supuestamente a favor de la autonomía de la persona por no cooperar en el proceso penal. Respetan su decisión de no cooperar sólo con relación a la gota de sangre, a su cuerpo. Pero no dicen “dado que le tiene tanto afecto a su familia, no vamos a investigarla penalmente”. El proceso penal sigue adelante... se pueden sacar las medias, el pelo que se caiga al piso, los cepillos de dientes. Entonces es algo engañoso, tenés un derecho muy fuerte a que no se conozca tu identidad pero acotado al control de tu gota de sangre, si por cualquier otra vía yo consigo pruebas para acreditar que vos fuiste apropiado de tal lugar lo puedo usar.

¿Es decir que finalmente se inclinan por garantizar el derecho a la verdad?

Creo que, en general, el Estado tiene una actitud paternalista y básicamente te enfrenta con un hecho: vos vas a estar en mejores condiciones de tomar mejores decisiones respecto de tu plan de vida sabiendo algo tan crítico como si tu origen es lícito o ilícito, si fuiste apropiado o no que no sabiendo, entonces el Estado se arroga el deber de hacértelo saber de todas maneras, incluso cuando vos creas que no, así como te obliga a usar cinturón de seguridad.

En muchos otros órdenes el Estado no respeta tus decisiones, en muchas situaciones te cuida, te tutela. Con todos los problemas que tiene un Estado que te cuida en contra de tu voluntad, mirá, te voy a hacer ahorrar: pagá la seguridad social. Tenés una obligación colectiva frente a otros y un deber de autoprotección que yo te voy a ayudar a que cumplas.

El argumento de la autonomía uno lo podría defender en ese sentido: si vos fuiste nieto o hijo de desaparecidos, es mejor que sepas. La verdad te va a hacer libre, yo quiero que vos decidás en libertad.

En cuanto al derecho a la verdad tiene varias dimensiones. Una dimensión colectiva en la que todos como comunidad podemos exigir a ciertas personas que cedan en sus derechos porque hace falta conocer la verdad. Es como si yo tuviera un archivo material probatorio relevante en mi casa que puede ser demandado por la sociedad para que lo haga público. En ese sentido es un derecho colectivo a ir construyendo un relato común, creíble y compartido de qué es lo que nos pasó, y eso por ahí exige el retroceso de algunos derechos para poder avanzar en una idea colectiva de verdad.

Después hay otra dimensión que es el derecho a la verdad de la familia biológica; el abuelo que tenía alguna expectativa, ahí también hay un plan de vida quebrado. Por lo general muchas veces se hace foco en la autonomía de quien no quiere cooperar en el proceso penal, pero hay un punto en que también hay en frente una decisión autónoma que se está viendo severamente recortada por esa decisión. No es la única decisión autónoma que vale la de quien tiene que dar la muestra. La de quien hace 30 años que está buscando a su familia partida por el propio Estado también... Quizás uno tenga que ceder algo en su derecho a configurar su vida como mejor le venga en gana cuando la configuración de vida que vos elegís, por ejemplo no aportar el material genético, lesiona tan severamente una expectativa fundamental del otro. Saber si es tu nieto o no, tener el derecho a intentar tener un lazo.

Más allá de que se puede relativizar mucho de si después de tanto tiempo se puede hacer algo, uno puede decir: bueno, ¿hasta dónde el lazo biológico funda derechos? Todavía vivimos en una sociedad en la que los lazos biológicos importan muchísimo, para el Derecho e importan socialmente. Uno puede elegir y decir: “Yo quiero configurar mi identidad más allá de cualquier información genética”. Es una dimensión muy interesante para pensar si uno puede construir su identidad solo culturalmente y cómo quiere que los otros lo vean. Pero la realidad es que vivimos en una comunidad donde todavía padres e hijos tienen lazos muy relevantes donde hay obligaciones y deberes solo por haber engendrado a otro, etc.

Hay ahí algo que habla muy fuerte a favor del derecho de las Abuelas a reclamar y a tener una expectativa.

¿Se podría decir que no existe el derecho a “no saber”?

Yo no sé si hay un derecho a no saber. Mi sensación es que en nuestra comunidad es relativo el derecho a no saber. Sí, vos podés decir: “Yo quiero configurar mi vida como quiero”, pero igual te impongo una nacionalidad, te impongo una serie de cosas y entre ellas esto. Nadie te obliga después a establecer un lazo. Por eso en Vázquez Ferrá quieren hacer un balanceo y es engañoso. Nunca estuvo en crisis el derecho a no saber. En todo caso la Corte dijo: “Tenés el derecho a no contribuir con tu gota de sangre al proceso penal en este caso en el que vos ya sabés que sos apropiado”. Es un caso que hizo mucho ruido pero no dice tanto. Y en Prieto dice: “Bueno, tenés un derecho a no ser forzado a dar tu sangre hasta que el Estado no agote otras medidas posibles”. Por lo cual no te están diciendo tenés un derecho a no saber, en todo caso, tenés un derecho a que la extracción de sangre sea la última medida. La ley de obtención de ADN es posterior a Prieto y fija esta posición. O sea, al final del camino, vamos a tomar tu gota de sangre.

Lo que sacás en limpio de los casos Prieto es que antes de sacar la sangre, hay que agotar las otras vías.

Digamos que hay un lenguaje fuerte a favor de la autonomía, de la decisión del nieto, pero en la acción concreta la autonomía es sólo en relación a la gota de sangre, pero si existe un video lo usan y listo, si estuviera filmada la apropiación por ejemplo.

Hay algo de la sacralidad del cuerpo que genera este tipo de discusiones.

Toda la discusión gira en torno de si tu gotita de sangre se puede usar o no, por eso no hay un derecho a no saber, nunca la Corte dijo eso. Si yo tuviera un derecho a no saber

basado en la autonomía podría decir que no investiguen, que no quiero saber... para delitos lo mismo.

¿Qué opina del caso Noble-Herrera?

Sería ingenuo decir que en el caso Noble-Herrera lo único que está en juego es la identidad de ellos.

Pero al margen de ello, la decisión es similar a las anteriores, y es el mismo conflicto; son adultos que no quieren cooperar a través de una muestra de sangre al esclarecimiento del hecho que aparentemente los habría damnificado y que en principio involucraría a su familia de crianza.

¿Qué cambio a partir de la Ley de obtención de ADN?

Se modificó el código procesal: ahora hay un procedimiento expresamente autorizado por ley que autoriza la toma de ADN para casos en los cuales es necesario determinar la identidad. El congreso lo debatió y estableció que esos casos se resuelven así. Antes la ley no era tan clara, entonces dejaba a los jueces cierto margen de interpretación. Ahora ya se sabe qué pasos hay que seguir, por más que haya un caso conflictivo.

Se resolvió en un sentido parecido a Prieto, lo que la ley dice es que las pruebas se pueden usar en un proceso penal y que te pueden sacar compulsivamente una gotita de sangre agotadas previamente las otras instancias. Con la legitimidad adicional de que algo lo diga el Congreso y no un juez en un caso a través de un ejercicio de interpretación de lo que el legislador no dice claramente.

Lo que dice el Congreso es distinto a lo que dicen Lorenzetti y Zaffaroni en su voto. El congreso dice sí, vale, es una prueba y se puede usar en el proceso penal...

Está claro que hay un cambio de políticas públicas en la materia a partir del 2003.

Al acuerdo al que más o menos se llegó es a privilegiar la verdad.

A nivel jurídico, ¿para que sirvió la implementación del BNDG?

Es un cuerpo oficial en donde hay un registro confiable del material genético de las víctimas y eso evidentemente ayuda a consolidar la reconstrucción de la verdad histórica. En el nivel más bajo es un reconocimiento estatal del problema el hecho de generar una institución para tratar de identificar o colaborar a la identificación de los niños/as apropiados. El Estado reconoce que tiene chicos apropiados y que tiene que adoptar medidas positivas para esclarecer esa situación. En el mapa jurídico es un Estado sensible a las necesidades de las víctimas, es algo valioso. Como es valioso que hoy en la ESMA haya un museo. Habla de que no es un Estado bobo frente a las violaciones masivas de derechos humanos.

Bueno, ya que como comunidad política fuimos tan brutalmente salvajes, de tirar gente al mar, de desaparecer chicos, vamos a empezar a crear instituciones que colaboren a revertir los efectos de semejante barbarie.

Los registros de sitios históricos, los museos, los bancos de datos, todo coopera enormemente a que forjemos entre todos una conciencia colectiva educada, democrática e igualitaria acerca de cuáles son nuestros valores compartidos acerca del bien y del mal, tan básico como eso.

Hay chicos que no saben cuál es su familia, hay abuelas que siguen buscando a gente que fue brutalmente desaparecida por el Estado. Bueno, la respuesta más plausible que hoy como sociedad le podemos dar es vamos a pagar con el impuesto público la formación y el crecimiento de instituciones que activamente colaboren en enmendar en algo todo el daño que hizo el Estado. En ese punto me parece súper importante.

Creo que el banco estaba en la órbita de la Ciudad y pasó al ámbito nacional, al ubicarlo en el ministerio de Ciencia y Tecnología se le da un cariz científico.

**Entrevista a Damián Loreti, abogado UBA, doctor en Ciencias de la Información (Universidad Complutense de Madrid).
6 de septiembre de 2012**

¿El derecho a la verdad es parte del derecho a la información?

Si bien el origen del derecho a la información vino más de la mano de lo que tendría que ver con los medios de comunicación, a partir del año 2000 -por poner algún hito- la Comisión Interamericana de Derechos humanos hace alguna extensión en lo que se llama la declaración de principios de la libertad de expresión sobre el alcance del derecho a la información y ahí aparece el derecho al acceso a la información pública, y aparece el derecho de lo que se llama habeas data, está explicitado como que forman parte del registro del artículo 13 de la Convención.

En algunas resoluciones de la Corte Interamericana aparece el derecho a la verdad como uno de los modos de reparación de los daños emergentes de los delitos de lesa humanidad.

¿Entonces derecho a la información y derecho a la verdad son dos derechos distintos?

El derecho a la verdad forma parte del derecho a la información, depende de cómo entiendas el derecho de acceso sí y no. En realidad la convención de Viena del 93 dice: "Todos los derechos humanos están articulados del mismo modo y son interrelacionados y universales", vale decir que el ejercicio de uno no excluye otro. Dice que la concepción de derechos humanos es integral, interrelacionada y universal. Todos los derechos son a su vez instrumentales y sustantivos, se puede decir que existen per sé y para garantizar otros.

Podés plantear el derecho a la verdad sin garantizar el derecho a la identidad, el derecho a la información te sirve para garantizar el derecho a la verdad, lo cual no quiere decir que esté adentro. O hasta incluso se puede plantear un modelo de desarrollo de derecho a la verdad sin acceso a la información pública que es por vía de testigos... en términos hipotéticos.

Lo que digo es: hay quienes piensan que el acceso a la información pública solamente sirve para ver cómo el Estado usa el presupuesto. Además de eso, el derecho de acceso a la información apalanca el ejercicio de otros derechos. A la verdad histórica como en este caso, a la información que el Estado tiene de uno y al ejercicio de otros derechos sociales...

¿Cómo se relaciona el derecho a la información con el tema de los derechos humanos?

La relación entre los derechos humanos y la libertad de expresión (lo que tiene que ver con el derecho a la vida...) nunca tuvo una ligación demasiado explícita hasta, me parece que ahora sí de modo prístino, el caso Gomes Lund, también llamado caso de las guerrillas de Araguaia, donde una de las cosas que convergen sobre la resolución de la Corte Interamericana -en este caso contra Brasil- es que el Estado tenía la obligación de dar información a los familiares de los 82 afectados por el caso de la guerrilla. La desaparición de 81 militantes y la muerte de otro, militantes del Partido Comunista do Brasil (PCDB) en Araguaia. Además, está la falta de investigación respecto de lo sucedido, con lo cual hay una violación a lo que en la jerga de los derechos humanos se llama 8 y 25 que son los artículos de la Convención que están concernidos con la falta de justicia. Hay una parte del fallo dedicada a la falta de investigación por parte del Estado y a la falta de dación de la información que es una violación del 13, dice la Corte Interamericana, y obliga al Estado a dictar reglas y a semestralmente informar a las familias sobre los avances que se hubieran tenido. La condena no sólo es no diste, si no que la condena implica además la obligación de hacer; y ese hacer implica dar información sobre lo ocurrido.

¿Y acá en el país cómo se aplica?

El fallo es muy reciente. Hay algunas reglas que tienen que ver con el derecho de los niños a conocer su identidad por vía de las leyes vinculadas con protección al parto, que no están ligadas directamente pero sí se hacen cargo de lo que fue la historia argentina. De hecho, la Argentina se ha afirmado varias veces y con varias resoluciones que aplica a la Convención Americana bajo condición de su ejercicio. Y el caso Gomes Lund impacta sobre eso.

¿Y el tema de los juicios por la verdad sin persecución penal?

Cuando salen las leyes de impunidad, Emilio Mignone¹⁶⁴ impulsa los juicios de la verdad como un modo de reparación de la mano de lo que ya había dicho la Corte Interamericana: el derecho a la verdad forma parte de la reparación. Entonces como no podía haber acción punitiva del Estado, más allá de discutir como después hace el CELS con Simón, el propio CELS con Mignone va en busca de los juicios por la verdad no como modo de obtención de condena si no de verdad en términos de satisfacción y reparación.

¿Esto tiene que ver con el derecho a la información?

Sí.

¿Fueron algo inédito los juicios por la verdad?

La verdad es un mecanismo de reparación, como dice la Corte Interamericana, y los juicios se hicieron porque en ese momento no había posibilidad de condenar.

¹⁶⁴ Emilio Mignone y su esposa Angélica Paula Sosa fueron cofundadores del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y participaron activamente y desde sus orígenes en Madres de Plaza de Mayo (MPM) y en la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH). El 14 de mayo del 76 la hija de ambos, Mónica María Candelaria, fue secuestrada en el marco del plan represivo implementado por la dictadura militar. A partir de entonces, volcaron sus esfuerzos a la indagación del paradero de su hija, que permanece desaparecida. Ocuparon un papel fundamental en los orígenes del movimiento por los Derechos Humanos que fue surgiendo como resistencia a la dictadura.

¿El BNDG es una herramienta para cumplir con este derecho?

Sí, no sólo para cumplir con el derecho a la verdad, si no también con el derecho a la integración familiar. Es el reencuentro de los lazos familiares.

Por estas mismas razones, ¿considera correcta la ley de obtención de ADN?

Yo estuve muy en contra del fallo Vázquez Ferrá, en 2004. Porque yo creo que el derecho a la verdad debe prevalecer frente al derecho a la intimidad. Es decir, en ese caso estoy en desacuerdo con la Corte.

Hay varias circunstancias: uno es el derecho a la verdad de la familia, otro es el derecho a la intimidad, otro es el derecho a la indemnidad física. Porque hay mecanismos de hallazgo de la verdad científica sin afectar la indemnidad física. Aún cuando la Corte pudo haber estado a favor de la no extracción, etc. yo creo que tenían otros mecanismos. Aún así, distinguiendo intimidad de indemnidad física, yo creo que el derecho a la verdad prevalece.

Porque además hay otro tema, aunque el ex niño desaparecido optara por mantener su familia de vínculo cierra el círculo de la búsqueda y sufrimiento de parte de la familia de sangre.

¿Y qué opina sobre el derecho a la verdad de la sociedad en el sentido de reparación histórica?

Hay un problema sobre si la concepción histórica del sujeto del derecho a la información involucra el derecho de la sociedad a saber todo esto. Ahí no lo tengo tan claro. No sé si el interés público prevalece. Porque aquí antes de divulgar que se encontró al nieto n° xx se le pide permiso. Aún tratándose de un tema de interés público tengo dudas de si la divulgación tenga prevalencia por sobre la decisión de los afectados. Es decir, que pueda tener difusión masiva.

Entrevista a Alan Iud, abogado, coordinador del Equipo Jurídico de Abuelas de Plaza de Mayo.

29 de abril de 2013

¿Cómo se concibe el derecho a la información en relación a los casos presentados desde Abuelas?

Respecto de la relación del derecho a la información con estos casos, nosotros en Abuelas nunca lo planteamos desde ese lugar.

En general el derecho a la información, en el plano jurídico, está más trabajado como de acceso a determinada información pública y justificándose en por qué determinada información debería ser accesible para una persona.

Obviamente nosotros acá estamos buscando cierta información pero el planteo que se hace desde las Abuelas es por el derecho a la verdad, que tiene jerarquía constitucional, jerarquía y reconocimiento por parte de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos como de específica aplicación en estos casos y un alcance muy concreto para lo que implican los casos de desaparición forzada de personas. Es decir, el derecho a saber en dónde están desaparecidos.

Este es un derecho más específico y que tiene un arraigo mucho más grande en lo que respecta la investigación de violaciones a los derechos humanos.

¿No están interrelacionados de alguna manera el derecho a la verdad con el derecho a la información?

Sí, si uno piensa que la verdad implica determinado contenido, es una información que uno quiere conocer, esto de dónde está una persona desaparecida. Uno lo que le pide al Estado es que provea determinada información.

Ahora, a lo que voy es que desde los organismos de derechos humanos, en general, se planteó ese “conocer esa información” como un elemento del derecho a la verdad. Quizás porque el derecho a la información está más emparentado con acceso a la información del Estado en general. De todas formas, es cierto, una desaparición forzada se define como la privación de la libertad de una persona sobre la cual el Estado niega información sobre su paradero. Pero diría que el derecho a la verdad tiene una especificidad para este tipo de casos que está muy consolidada y que eso explica, seguramente, por qué no se introducen argumentaciones en general sobre el derecho de acceso a la información pública, si uno lo formula así. Porque también se trata de una información muy específica que tiene que ver con un accionar delictivo del Estado, pero tampoco veo un conflicto.

¿Cómo estos dos derechos influyeron en la consolidación del BNDG como institución?

El Banco nace, se desarrolla y se consolida como institución, más allá de cualquier discusión legal, como producto primero de la lucha de las Abuelas, de su búsqueda. Es un elemento que refleja la consolidación de esa lucha, es el Estado reconociendo ese reclamo y disponiendo de un dispositivo específico para que puedan localizar a sus nietos.

Si bien las Abuelas consiguen que los científicos desarrollen el índice de Abuelidad, eso fue más una iniciativa privada. Indudablemente la creación del Banco y su posterior consolidación y consagración con estatus legal y demás ya es un reconocimiento estatal. En ese sentido, me parece que tácitamente por lo menos implica reconocerles ese derecho a la verdad, derecho a la información, o como se lo quiera llamar, pero coloquialmente el derecho a encontrar a sus nietos.

¿Y a nivel jurídico, para qué sirvió su implementación?

En realidad es una herramienta de búsqueda, es un mecanismo para encontrar una respuesta en los casos concretos de personas que se cree que pueden ser hijos de desaparecidos.

Yo diría que a nivel jurídico lo que hubo que hacer es darle un sostén para que su trabajo sea receptado como prueba por los tribunales y, bueno, después esos nietos fueran restituidos a sus familias, especialmente cuando eran menores de edad, para que fueran a vivir con sus abuelos. Ahora que son mayores de edad la discusión queda centrada a la validez de los análisis que hace el Banco como prueba de cargo en materia penal y como prueba para establecer la verdad, si se quiere.

Creo que la discusión pasó más por otro plano. Quizás cuestiones de cómo se controla esa prueba de análisis de ADN o por qué es válido que se constituya un banco... Esto

muchas veces fue utilizado por las defensas de los apropiadores que objetan que ellos no tuvieron la oportunidad de controlar el ingreso de las muestras de los familiares al Banco.

La respuesta a eso pasa por el propio reconocimiento legal y del Estado a la búsqueda de las Abuelas al constituir este banco como una herramienta eficaz.

El BNDG es un banco de datos...

Sin ninguna dudas es un banco de información con un fin específico.

La ley de habeas data se puede aplicar y desde el punto de vista legal es un Banco que tiene una regulación legal específica donde se adoptan los resguardos de la intimidad, de distintos derechos involucrados, se establece el deber de confidencialidad, se dispone la reserva de determinada información. Se dispone por ejemplo que la información genética de las familias no puede salir del Banco. Hasta te diría que tiene un nivel muy superior de protección en relación a otros bancos.

El Banco almacena información genética para realizar análisis de ADN para las causas que tienen que ver con la localización de los niños apropiados durante el terrorismo de Estado. En ese sentido, la información se brinda a los juzgados que disponen los análisis o a la CONADI.

¿Hay alguna ley que haya ido en contra del desarrollo del BNDG?

Uno podría plantear determinadas cosas de la ley de habeas data. Hubo algunos planteos dentro de la defensa de Marcela y Felipe Noble Herrera en relación a que incorporar su información genética al Banco implicaba violar algunas disposiciones de dicha ley. Pero eso ya está superado con la nueva ley del Banco, la 26.548, porque es posterior a la ley de habeas data y además es específica del banco.

Ellos planteaban que su derecho de retirar las muestras en lugar de dejarlas reservadas ahí surgía de la ley de habeas data. Pero la ley del Banco establece expresamente que las muestras genéticas de quien se analice en el banco quedan ahí para posteriores comparaciones.

La ley de habeas data básicamente establece que tanto instituciones públicas como privadas que almacenan información sobre las personas tienen que adaptarse a determinadas pautas, y además establece que cierta información que tiene el carácter de sensible tiene unos requisitos mayores de control de confidencialidad y fundamentalmente de titularidad de la persona sobre esa información. Se prohíbe, por ejemplo, hacer bancos de datos sobre determinada información sensible.

Lo que planteaban los abogados de Felipe y Marcela es que el ADN contiene información sensible sobre las personas, y al estar en ese lugar no podían controlar lo que se hacía con esa información y por eso se negaban a que quede guardado allí porque se viola la ley de habeas data. Pero, como dije, en el banco la ley de habeas data no aplicaría porque el banco tiene su ley específica y se rige por ella.

¿Considera que el Estado tiene como política garantizar el derecho a la identidad?

El Estado indudablemente tiene una política para garantizar el derecho a la identidad en los casos de terrorismo de Estado, y en particular el derecho de las Abuelas a encontrar a sus nietos. El derecho a la verdad, el derecho a saber qué pasó con los

desaparecidos. La CONADI es una forma de ejercer el derecho a la identidad del que esté interesado por propia voluntad. El dispositivo judicial actúa en los casos de aquellos que no quieren realizarse los análisis voluntariamente. Y el Banco es una herramienta para los dos casos, todo organizado por el Estado.

Los tres poderes del Estado tienen disposiciones dictadas en el marco de su competencia en esa línea. El poder legislativo con las leyes que crean el Banco, por ejemplo, la ley de obtención de ADN y demás, el poder Ejecutivo disponiendo la CONADI, administrándola y también administrando el BNDG. Y el poder Judicial con los fallos y la investigación de las distintas causas.

Si me preguntás por fuera del terrorismo de Estado ahí puede que haya falencias y no se advierte una política tan definida y con tantos recursos.

¿Por qué razón cree que la Justicia demoró tanto para resolver el caso Noble Herrera?

Se demoró 10 años porque había personas muy poderosas involucradas en el proceso y disponían no sólo de recursos como abogados para desarrollar su defensa, sino también una red de relaciones, contactos. Consiguieron que la Justicia actúe lento.

Nosotros hicimos un estudio de los casos que tramitamos en la Justicia de la CABA, San Isidro, Lomas de Zamora, Morón y San Martín, en los últimos 5 años, y tenemos una estadística de cuánto se tarda en resolver un análisis de ADN en promedio. El resultado es alrededor de 2 años se tarda en llegar en promedio a un análisis de ADN, hay casos en los que se tardan 6 meses, y casos en los que se tardan 3, 4 años. Contrasta mucho con los 10 del caso Noble. Igual sigue siendo un promedio alto.

En ese estudio se incluyen algunos casos que fueron a analizarse de forma voluntaria. Lo que pasa es que primero se hace una investigación para ver si la hipótesis es sólida, es decir no se llama a una persona para decirle “vos por ahí sos hijo de desaparecidos”. Llega una denuncia y se chequean ciertos datos antes de llegar al pedido de análisis.

¿Cómo se construyó la idea de que el derecho a la identidad entra en contradicción con el derecho a la intimidad en el campo jurídico y cómo desde los medios de comunicación?

Yo no veo tanto el conflicto entre esos dos derechos porque el derecho a la identidad es un derecho personalísimo del cual el titular en estos casos sería el joven que presuntamente fue apropiado. Y así como ningún derecho, salvo alguna que otra excepción, es absoluto y se puede llegar a discutir si uno puede renunciar a determinados derechos, lo cierto es que el titular del derecho a la identidad es esa persona que se piensa que puede ser hija/o de desaparecidos, que puede decidir no ejercer ese derecho. Entonces el conflicto de derechos en realidad se daría entre el derecho a la intimidad o el derecho a no ejercer el derecho a la identidad, con el derecho a la verdad y el derecho de las Abuelas o demás familiares a encontrar a su nieto.

El papel que se le dio en el mundo jurídico a la intimidad, de alguna forma, aparece a partir del fallo de la Corte en Vázquez Ferrá. No es algo novedoso que nunca se había planteado, pero sí es la primera vez que tiene un reconocimiento tan fuerte. De todas formas eso es algo que quedó muy instalado en los medios de comunicación e incluso en el mundo jurídico como si la Corte hubiera dicho: “Esta chica no se tiene que

analizar porque la preserva el derecho a la intimidad”, y en realidad la Corte no dice eso. Hay dos jueces (Belluscio-López) que dicen que por el derecho a la intimidad, entre otras cosas, no se tendría que analizar. Son dos votos de ocho. El resto de los jueces trabaja en otra línea de argumentos, a la vez todos tuvieron en cuenta el derecho a la intimidad. Pero a mi modo de ver uno no puede decir que la Corte dijo que el derecho a la intimidad se impone sobre los demás derechos, y entonces quien no se quiere analizar no lo hace. Tuvo en cuenta circunstancias del caso muy concretas como que los apropiadores de Evelyn habían confesado, entonces la prueba pasaba a ser complementaria para los fines del proceso penal. La Corte dejó de lado el pedido de análisis por la cuestión del derecho a la verdad.

Entonces el derecho a la intimidad obviamente cobra mucha fuerza a partir de este fallo. Ahora, cómo lo trataron los medios de comunicación, indudablemente eso sigue marcado con mucha fuerza a pesar de que no estamos hoy en la misma situación de cuando salió ese fallo hace 10 años.

Los medios simplificaron los dichos de la Corte a favor del derecho a la intimidad. Y fue una mirada interesada porque cuando la Corte resuelve este caso (VF), el caso Noble Herrera ya estaba planteado en la Justicia. Lo que se dice es que, más que los abogados de Evelyn, los que pedían a la Corte que saliera este fallo eran los abogados de los Noble Herrera. Y si Clarín sigue teniendo un rol muy importante en los medios de comunicación en la Argentina, me parece que es innegable que hace 10 años lo tenía muchísimo más. Y su capacidad de instalar un determinado tema o una lectura de un determinado tema era mucho mayor. Sin perjuicio de que la Corte no ayudó a que eso no quedara instalado, porque el fallo es realmente malo desde el punto de vista jurídico-técnico. Uno puede estar de acuerdo o no con lo que decidieron; su argumentación me parece bastante endeble, se presta mucho a que quede esa conclusión de que se “respetó el derecho a la intimidad”.

Cuando los chicos eran menores de edad el tema de la intimidad obviamente no aparecía porque de alguna manera eran los propios apropiadores queriendo preservar el delito. Uno podía escuchar al niño pero no dejar semejante decisión en la voluntad de un niño.

Es relevante escuchar a los chicos como parte del proceso.

La única diferencia es que ahora puede que al adulto ahora se le permite condicionar la forma en que se obtiene el ADN.

¿En Prieto se destrabó el tema del análisis de alguna manera?

Sí. Se realizaron los allanamientos pero, como había dudas, finalmente aportaron voluntariamente una muestra hemática que quedó en el Banco.

En Prieto I, el voto de Lorenzetti y Zaffaroni dice que la prueba no se puede usar penalmente? ¿Puede decir esto?

En principio eso debería ser algo que dispongan los legisladores. Ellos consideran que de utilizar la muestra como prueba de cargo violarían otros derechos constitucionales y pasan a poder hacerlo... A mi modo de ver está mal.

En Prieto II Lorenzetti y Zaffaroni votaron en contra porque no se agotaron las otras vías, ¿Eso da el pie de para que se crea que en caso de ser así lo hubieran autorizado?

Es un guiño para que se hiciera el allanamiento, el juzgado entonces ordenó eso. Pero como hubo algunas irregularidades, se le planteó a Emiliano si accedía a aportar una muestra hemática y lo hizo.

“Ninguna persona que recuperó su identidad prosiguió con la impugnación del ADN”, afirma en su artículo¹⁶⁵, ¿Para qué iban a hacerlo?

La determinación de la identidad de una persona produce un montón de efectos jurídicos, tiene validez como prueba de cargo el resultado del ADN. Entonces se podría impugnar para que no tenga validez como prueba contra los apropiadores o para que no se anule tu partida de nacimiento y no se te modifique el nombre.

Una partida de nacimiento tiene datos de dónde se produjo el nacimiento, quiénes son los progenitores y obviamente el nombre y apellido de la persona. Se considera algo de orden público. Es un documento público que tiene un contenido falso, entonces los jueces están obligados a pedir su modificación.

¿Alguno de los nietos/as recuperados manifestó “arrepentirse” de alguna manera de conocer su identidad?

En todos los casos el análisis de ADN es parte de un proceso mucho más grande de recuperación de la identidad. No te puedo decir si se arrepintieron o no, pero sí te puedo decir -y creo que es una pauta- es que el hecho de que nadie prosiga con la impugnación del ADN es un indicador.

¿En qué aportó el caso el caso Noble Herrera, más allá de que el resultado fue negativo en relación a los datos genéticos de las familias registradas en el Banco?

Permitió obtener un pronunciamiento claro del tribunal penal más importantes del país que es la Casación en línea con la interpretación del fallo de la Corte en Prieto, en el sentido de que una investigación no puede quedar cancelada porque la presunta víctima no se quiere analizar, el proceso tiene que seguir, tiene que tratar de obtenerse el ADN por medios alternativos y, de fallar esos métodos, es procedente una extracción hemática compulsiva. Desde ese punto de vista, sirvió. Desde un plano más general sirvió para que se hagan conocidos masivamente los allanamientos. Y eso tuvo una incidencia muy grande en que después del caso Noble Herrera la mayoría de las personas que fueron citadas por la justicia para analizarse accedieron a hacerlo de forma voluntaria. Para nosotros fue un resultado positivo.

¿Qué marcó la Ley de obtención de ADN?

La ley lo que hizo es recoger el criterio de la Corte Suprema en el caso Prieto, preverlo específicamente en una ley. Porque los fallos judiciales son de aplicación al caso concreto, al resto de los casos se aplica por analogía, si se quiere. Cuando uno no quiere que se aplique un precedente de la Corte lo que hace es explicar por qué se trata de un caso distinto. Al hacer una ley, se ahorran todas las discusiones y se dice:

¹⁶⁵ “La apropiación de niños y el análisis de ADN obligatorio”, en el libro *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, Anitua, Gabriel Ignacio y Gaitán, Mariano (comps.). Editores del Puerto. 2012.

“Este es el procedimiento para toda esta uniformidad de casos, no importan las particularidades, cuando se necesite el ADN, se aplica este procedimiento”.

Entrevista a María Belén Rodríguez Cardozo, Directora del Banco Nacional de Datos Genéticos.

6 de junio de 2013

Este año se reglamentó la Ley...

Se reglamentó la Ley Nº 26.548 que no es la ley de creación del banco (la 23.511). Se reglamentó nada más una parte de los artículos, lo que tiene que ver con el concurso para el cargo de director. Todavía no se reglamentó la parte más importante que es el tema de todo este cambio de órbita a Ciencia y Técnica y tampoco el tema de la transición del personal y de una posible mudanza. O sea, es una reglamentación por demás escueta y no abarca la totalidad de lo importante que significa poder custodiar un archivo de datos que es único. Argentina es un país pionero en lo que es poder crear un banco para poder por lo menos reparar todo lo que el gobierno de facto dejó, que a través de un gobierno democrático se pudo lograr y obviamente a través de la querrela de Abuelas, de Hijos, hermanos...

¿Es pionero en Latinoamérica o a nivel mundial?

En el mundo. No hay antecedentes de organismos de este tipo. El de Bosnia se crea después, y es modelo de este Banco.

¿También asesoraron a otros países como Guatemala?

Sí, sí. O sea, a todos los bancos que hay en delitos de Estado. El Banco fue un ejemplo, lo que pasa es que en el caso de Guatemala no está la búsqueda de chicos nacidos en cautiverio o secuestrados, que digamos fundamentó que exista una base de datos de familiares de ambas ramas materna-paterna para la búsqueda. Sino que lo que buscaban era la identificación de los restos óseos de las fosas comunes. Esa sería la diferencia de objetivos con respecto a Guatemala.

Más allá de lo escueto de la reglamentación, ¿en qué influye para el funcionamiento del Banco?

Nosotros tenemos que hacer una opción, yo personalmente no quiero pasar a la Nación, al ámbito del Ministerio de Ciencia, no es mi intención. En el caso de las personas que trabajan acá, nosotros pertenecemos al Gobierno de la Ciudad. Para nosotros fue siempre importante, y también para el Poder Judicial y para cada una de las causas, que nunca fueron impugnadas hasta este momento, toda causa que se resolvió, todo chico que fue restituido, porque existía, existe -por ahora- esa línea de flotación entre la Ciudad y La Nación. Entonces la no pertenencia a un Gobierno de la Ciudad o de Nación le da al Banco ese marco de independencia que todo perito necesita. El hecho de que se pueda llegar a realizar el traspaso, en este momento, al Poder Ejecutivo Nacional implicaría que ya no sea un perito oficial sino un perito de parte, porque el Estado en sí es querellante. Esa es la discusión.

Ya depende del Ministerio de Ciencia pero todavía no se ha llamado a concurso para presentarse o no al cargo, que es un hecho voluntario. En el caso de la gente que

trabaja acá, están hace 30 años. El que menos antigüedad tiene será de 10 años. O sea que es gente que está formada para el BNDG con todo lo que se necesita desde un punto de vista humano y científico. Pero bueno, estamos en un conflicto con respecto a qué vamos a hacer si se llega a dar la transferencia.

La Ciudad paga los sueldos de todo el personal porque es personal de planta permanente de la Ciudad y la Nación compra los insumos y el equipamiento.

¿Cuál sería el escenario ideal entonces?

No hubiéramos querido la nueva ley (26.548), no era necesaria. Cuando un organismo funciona bien no es necesario modificarlo. Tratamos de que no saliera en su momento, explicando con argumentos los motivos.

Lo que queremos es ser peritos oficiales, mantener la independencia del poder político porque tiene que ser para todos. Y al Banco le sacaron la capacidad de poder hacer otras filiaciones y análisis de otros crímenes complejos que resolvió a granel.

Con esta nueva ley ya no pudimos hacer ese otro tipo de análisis que era un servicio para la gente. Nosotros no ganamos por pericia, ganamos un sueldo nada más.

Con la 23.511, dependía del Ministerio de Salud de la Nación en cuanto a la plata para lesa humanidad, la Ciudad pagaba los sueldos, sede física y equipamiento para el Banco.

En la reglamentación de la Ley habla de cómo se archivan los datos del Banco, ¿esto ya venía funcionando de esa forma, no?

Sí, lo pusieron así porque el Banco ya lo hacía desde siempre.

Material en papel y digital y también remanente de huesos, después de su tipificación y remanente de prendas alternativas cuando se recurrió al allanamiento para poder obtener el perfil genético.

Los familiares que quieran dejar muestras deben presentarse con oficio judicial o abrir su denuncia en la CONADI.

¿Cómo es el procedimiento básico cuando alguien viene a realizarse el análisis?

Bueno, se hace la identificación, a través de lo que exige la 23.511 porque la 26.548 tiene graves falencias, sobre todo en este sentido... no establece que lo primero que hay que hacer cuando viene una persona es identificarla, yo no la conozco, el juez tampoco. Se la puede haber citado pero puede venir cualquiera y decir: "Soy fulano". Entonces la persona es identificada con huella dígito-pulgar derecha y fotografía. Y en el caso de que el juez considere necesario se amplía con los 10 dedos, si necesita que se tomen más resguardos.

Después se toman 3 muestras, 2 en tubo y una en papel que queda en el legajo. Es un papel especial que va en un sobre totalmente sellado e inviolable, que es una muestra control, por cualquier cosa. Además, se le ofrece a la persona si quiere llevarse su muestra, o sea si quiere tener un reaseguro por una contraprueba. Está el derecho a la legítima defensa a pesar de ser la víctima.

Bueno y se procede con marcadores del genoma nuclear, mitocondrial y de género (X o Y, de acuerdo a que sea femenino o masculino) y se compara con bases de datos de

los marcadores de linaje, cromosoma Y y mitocondrial. Y si diera positivo-positivo se va al nuclear para ver matemáticamente cuánto da.

El ADN se obtiene a través de las células nucleadas, que están en la sangre, no los glóbulos rojos, que son células no nucleadas que sólo transportan gases.

En el caso de objetos obtenidos por allanamiento se obtiene el ADN de las zonas de roce.

¿Cuánto tardan los resultados?

De 3 a 4 semanas, entre todas las etapas administrativas, etc.

El análisis se entrega a la CONADI o al juez/za, según el que lo haya solicitado.

En el caso de que llame la persona involucrada, es citada y se le informa lo que necesite porque es su derecho, su patrimonio genético.

¿Realizan capacitaciones?

Hicimos cursos de capacitación para jueces en la formación en pericias. Los formamos en lo que es la etapa pre-analítica, o sea la recolección de evidencia en el lugar del hecho y la post-analítica que es cómo interpretar el informe pericial cuando lo reciben.

También enseñamos cuáles son los estudios, pero bueno para ellos es difícil el tema matemático-estadístico, pero creemos que es importante el tema de la escena del crimen y cuando reciben el informe que no vayan a la última página y digan: 99, 99 %. Poder saber si eso es suficiente, si no tiene que preguntarle nada al perito, si ese número es concluyente para la asignación de un vínculo biológico. ¿Qué parámetros tengo que tener en cuenta? ¿Se cumplió con la cadena de custodia de las muestras? ¿Fue la persona a sacarse sangre? ¿Hay huella dactilar, hay fotografía?

¿Puede explicar brevemente el concepto de histocompatibilidad?

La histocompatibilidad es la marcación en un cromosoma que es el sexto. Es el marcador más añejo, por eso se instala el Banco en un servicio de inmunología de un hospital público, porque la técnica que se utiliza ahora es el complejo mayor de la histocompatibilidad, que era lo único que había en el 83. En un transplante uno puede determinar también si todos son hijos de una misma madre y de un mismo padre. Por eso está en un hospital.

La histocompatibilidad hoy es ADN, se hace la determinación de los genes, la marcación de los genes, del complejo mayor de la histocompatibilidad. Es un marcador más, pero en tiempos en los que se crea el Banco era la única alternativa acá y en cualquier otro país.

¿Qué es lo que avanzó entonces?

Eso es un cromosoma. La identidad tiene que abarcar la mayor cantidad de cromosomas posibles porque tiene que haber un 50 % de la información de la mamá y un 50 % de la información del papá. Entonces un solo cromosoma no era suficiente, porque yo puedo darte un riñón porque soy haploide con vos y no estar biológicamente relacionada. Lo compartimos por azar, porque somos de la misma etnia, caucásica... entonces por eso se puede hacer donación de médula ósea, donación de riñón en el INCUCAI, pero en el caso de la filiación no alcanza.

La exclusión por HLA (Antígenos Leucocitarios Humanos), es decir que no lo comparta, tiene un 100 % de certeza, pero el tema de que incluya va a depender de la frecuencia poblacional que tenga lo que se llama ese haplotipo de HLA en nuestra población. Si es un individuo en 10 mil obviamente voy a tener una posibilidad en 10 mil que aparezca otra persona con la misma tipificación. Ahora si yo tengo que uno de cada 5 tienen ese haplotipo obviamente que lo estoy compartiendo por azar.

Entonces lo que buscó la genética forense fue ampliar el número de cromosomas que es lo contrario que se hace en el caso de una enfermedad genética. En la enfermedad genética voy a ir a esos cromosomas que necesariamente por descripción están afectados. Por ejemplo, en una familia con cardiopatías congénitas tengo que investigar el cromosoma 22, brazo corto... entonces, ¿qué voy a estudiar? El cromosoma 22...

En la filiación hay que analizar todos los cromosomas que se puedan.

¿Recuerda el caso del resultado que se dio a conocer como positivo y era un negativo, en los inicios del Banco?

Es un resultado que el juez no supo interpretar porque ni siquiera citó a los peritos. O sea, compartía un haplotipo con la rama materna y otro haplotipo con la rama paterna. Los dos haplotipos que compartía eran de alta frecuencia poblacional. Uno de tres tenía ese haplotipo. Lo compartió por azar.

Si vos tenés como único marcador y mirás que acá hay un haplotipo y acá hay otro y está uno en la paterna y otro en la materna y es un marcador co-dominante yo no puedo sacar una conclusión.

Pero el juez, al encontrarse frente a un resultado del ochenta y pico por ciento, que no existe hoy porque es del 99,99%, tendría que haber citado a los peritos y preguntar si eso resultaba concluyente para la asignación de un vínculo biológico-parental, y el perito hubiera dicho que no. Pero tomó la iniciativa de considerarlo por demás válido y sacar a la persona de su casa y ponerla en el seno de otra familia.

Entonces una cosa es un resultado erróneo del Banco -que no lo es- y otra cosa es la magnitud que a ese resultado le da la Justicia, o sea, la interpretación.

Ahí tendría que haber puesto un perito que evaluara el resultado.

Por eso digo que es necesario que se capaciten los magistrados y aquellos que trabajan en delitos de Estado, así como nosotros aprendemos la parte jurídica que ellos también aprendan algunas de estas cuestiones.

¿Y en este caso puntual cómo se resolvió?

La anterior directora del Banco, Di Lonardo, viajó con esas muestras a lo de Jean Dausset (el Premio Nóbel que descubrió los complejos mayores de HLA) en Francia para poder ampliar la cantidad de marcadores a través del DNA fingerprints. Y allí se trajo la técnica para acá. Fuimos avanzando ahí.

¿A su criterio, este caso, perjudicó mucho al Banco?

Y bueno, lo agarran todos los genetistas forenses, todas las defensas de los imputados. Es difícil estar en un lugar brillante como es el Banco, porque es brillante, su gente es brillante.

Yo hace 20 años que trabajo acá, y obviamente aquello que puede manchar un poco siempre es utilizado.

La ley habla de controles de parte de organismos internacionales, ¿Esto se cumple?

Nosotros nos sometemos a controles de calidad todos los años. Desde el 97 con la Sociedad Internacional de Genética Forense y, además, participamos del control de calidad local que es el de la Sociedad Argentina de Genética Forense.

Es fundamental que el equipo profesional se someta a controles, no hay nada más importante que controlar porque somos humanos.

¿Qué problemas se plantearon alrededor de la creación del Banco? ¿Cómo fue el apoyo del Estado?

Yo creo que siempre nos pudimos mantener al margen de los embates políticos salvo en este último tiempo. Tenemos un Gobierno de la Ciudad que no nos quiere ni ver porque es como si fuéramos la pata K adentro de la Ciudad. Ni siquiera pidieron nuestros currículums para saber quiénes somos. Y por otro lado, una arremetida por todas las causas que son de público conocimiento, sobre todo con la del Diario, que nos puso en una situación a la cual no estábamos acostumbrados, a la exposición pública. Siempre tuvimos un perfil muy bajo, que es el perfil profesional, el perfil de un perito. Y de pronto nos vimos en todos los diarios con lo cual afectó tanto nuestra vida profesional como personal.

Entiendo que todos estos últimos años de gobierno le ha dado a Abuelas la posibilidad de resolver muchas causas. Lo que uno discute es la forma, no el fondo, porque el fondo es resolver, juzgar y meterlos presos a todos y faltan muchos por meter preso.

El tema fundamental desde nuestro punto de vista, que a lo mejor es discutible, es la magnitud de la exposición frente a una causa. A mí como perito no me interesa quién adoptó a los jóvenes. Yo sé que son dos jóvenes más sin identidad. Son tan importantes unos como los otros.

Pusieron al Banco en una situación compleja, y en medio de eso sale la ley de 2009.

¿Cuándo cree que el Banco se consolidó como una herramienta clave para la sociedad?

Siempre. Es cuestión de ver la cantidad de testimoniales y las preguntas que hizo el Tribunal en el que se remontó a aquellos tiempos en que los antropólogos encontraban las fosas y donde Chicha Mariani trataba de ver cómo la genética podía darle una explicación a un montón de Abuelas desesperadas. Me parece intangible. No sé si puedo llegar a hacer todo el camino que ellas hicieron, y la búsqueda desesperada que tienen por los nietos con la falta de a lo mejor la suficiente cantidad de archivos como para poder encontrarlos rápidamente.

Yo creo que el Banco siempre fue una herramienta fundamental.

Me parece que el modelo argentino en esto es un ejemplo en el mundo porque no sé si hubiera habido tantos gobernantes que escucharan y que fueran capaces de legislar sobre ADN cuando a los países les cuesta tanto. Que haya habido un gobierno democrático, en manos de un presidente que no sabía si en ese momento se iba a producir otro golpe, saliendo con un montón de muertos, con un montón de

desaparecidos, con un montón de personas que no sabían dónde podían estar... Que haya tenido la posibilidad de crear, de mandar y que los legisladores hayan hecho una ley así, creo que fue un mérito mundial. Creo que hicieron todo lo que se puede hacer. Siempre hay más por hacer, pero creo que para el 83... los protagonistas fueron tanto Alfonsín, las Abuelas, los que ayudaron desde EE.UU., el Equipo Argentino de Antropología Forense, hay un montón... pero uno habla del presidente porque en definitiva es el que manda la ley al Congreso.