

# Prueba obtenida contra la voluntad del imputado. Trato cruel e inhumano

## TEDH, *Case of R. S. v. Hungary*, 2 de julio de 2019

por José Agustín Chit<sup>1</sup>

---

### Introducción

Tanto el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos como la Corte Suprema de Justicia de la Nación mantienen por tradición del derecho continental una mirada atenta a los avances –o retrocesos– que surgen de la doctrina emanada de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH).

Por ello, el caso *R.S. Vs. Hungría* resulta de interés para nuestras latitudes, en tanto se debatieron los alcances de la protección del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (prohibición de tortura), vinculado a medidas de injerencia corporal, más específicamente, la obtención compulsiva de una muestra de sangre y de orina.

Si bien es cierto que la implementación de medidas de injerencia corporal –y su revisión jurisdiccional– suscitan grandes discusiones en torno a la garantía de prohibición de autoincriminación (*nemo-tenetur se ipsum accusare*), también generan fructíferos intercambios en torno al potencial incumplimiento de la prohibición de tortura, trato cruel o inhumano, tal como sucedió en el caso a analizar.

---

<sup>1</sup> Abogado (UNT). Especialista en Derecho Procesal Penal (UTDT).

Similar foco analítico se posó en nuestro país, y generó un lamentablemente prolífico desarrollo doctrinal, en tanto tuvo como precedente el fenómeno criminal de apropiación de niños y niñas hijos de militantes políticos durante el terrorismo de Estado.

Por todo esto, resulta útil revisar comparativamente los estándares fijados por la Corte Europea de Derechos Humanos en el presente caso, a la luz de la doctrina y jurisprudencia de nuestro país.

## Los hechos del caso

En marzo del 2010, en la ciudad de Püspökladány, Hungría, el demandante se encontraba dentro de un auto estacionado al costado de la calle y peleaba con su acompañante. Según los informes policiales, habría estado alcoholizado, por lo cual policías locales se acercaron al vehículo y le requirieron realizar un examen de alcoholemia por medio de una boquilla. El denunciante no accedió a realizarlo, tras lo cual funcionarios policiales lo esposaron y lo llevaron aprehendido a una dependencia policial. Una vez allí, la víctima fue atada en sus extremidades inferiores, para luego ser trasladada a un servicio médico con el fin de efectuar la toma de muestra de sangre y una muestra de orina.

El demandante sostuvo que informó a los médicos que las circunstancias en que se encontraba le impedían orinar y, por esa razón, los médicos habrían decidido obtener la muestra por medio del procedimiento de cateterismo. Surge de la sentencia que los funcionarios médicos fundaron la medida en que el demandante no se presentaba colaborativo, que era violento y se resistía al procedimiento. Por lo que, manteniéndolo esposado y con sus piernas atadas, se le tomó la muestra de orina por medio del catéter. Además, se obtuvo una muestra de sangre del brazo del demandante.

Ya con la prueba producida, el denunciante fue penado con multa por no cumplir la medida policial, y condenado a la pena de 2 años y 3 meses de prisión, por resistencia a la autoridad, conducir ebrio y mala conducta. La sentencia condenatoria se fundó en que los testimonios de los médicos y policías intervinientes coincidían en señalar que la víctima habría prestado consentimiento en un primer momento y que lo intentó retirar durante el procedimiento de cateterismo, el cual era imposible de parar.

En esas condiciones, se interpuso denuncia penal contra los policías intervinientes en el procedimiento que fue desestimada por el representante del Ministerio Público Fiscal, por considerar que no había pruebas suficientes para acreditar los dichos del demandante. En respaldo, el MPF húngaro presentó un informe técnico realizado por médicos forenses en el que se señalaba que, además de los motivos expresados, la cateterización no podía ser considerada una intervención quirúrgica, y con ello riesgosa.

La víctima de este procedimiento intentó nuevas vías de denuncia de lo ocurrido, tales como denunciar ante el Consejo Independiente de Quejas de la Policía Húngara, que, entre otras medidas, requirió informes al Instituto de Medicina Forense de Budapest. Este último señaló que la muestra de orina por vía de un catéter resultaba irrazonable ante la toma de muestra de sangre. Sin embargo, y a pesar de la recomendación efectuada por el Consejo Independiente de Quejas, el jefe de la Policía Nacional desestimó la denuncia.

El demandante impugnó dicha resolución y requirió su revisión judicial, pero el 7 de febrero de 2012 el Tribunal Administrativo y Laboral Regional de Budapest desestimó su recurso. El tribunal enfatizó que, según la opinión de expertos médicos encargada por la Junta, no había un enfoque médico claro para el cateterismo y la cuestión de si se trataba de una intervención invasiva o no invasiva. Por lo tanto, la práctica hospitalaria difería en relación con la necesidad de consentimiento.

A pesar de su decisión, señaló que si un examen se consideraba invasivo, el consentimiento oral no era suficiente y que, en cualquier caso, el procedimiento siempre se pudo detener. El Tribunal entendió, sin embargo, que el procedimiento había cumplido con las disposiciones de la Ley húngara, que establece que un oficial de policía podría obligar a un conductor a proporcionar una muestra de aliento, sangre y orina a los fines de una prueba. Así también, indicó que la cuestión de si se requería el consentimiento para el cateterismo y si el procedimiento debería o no haberse llevado a cabo contra la voluntad del solicitante, estaba fuera del alcance de su examen pero que le correspondía al médico y no a los policías decidir el método por el cual tomar una muestra.

Ante ese resultado adverso, la víctima impugnó la decisión ante la Corte Suprema de Hungría, la cual rechazó su planteo y confirmó la decisión de desestimar la denuncia habilitando, así, la posibilidad de peticionar ante la Corte Europea de Derechos Humanos para denunciar al Estado húngaro por la violación principalmente de la prohibición de ser sometido a tortura o a penas o tratos inhumanos o degradantes.

## La decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos

La CEDH repasó cuál era la normativa aplicable al caso y, en particular, cuál es la regulación legal a la injerencia corporal para la obtención de una muestra biológica. Destacó que en Hungría al momento de los hechos existía regulación que obligaba a las fuerzas policiales a implementar la fuerza de manera proporcional, como también proteger la integridad física, dignidad y autodeterminación del cuerpo. Es decir, antes de comenzar su análisis comparativo con la regulación convencional, la CEDH dejó en claro cuál era la previsión normativa nacional húngara,<sup>2</sup> cuestión relevante al momento de establecer comparaciones con el proceso de regulación experimentado en la República Argentina en la materia.

2 Acta no. XXXIV de 1994 sobre la Policía – Sección 15: Principio de proporcionalidad: “(1) Una medida policial no causará daños que obviamente sean desproporcionados para su objetivo legítimo. (2) En el caso de que haya medidas policiales más apropiadas [...] disponibles, [la policía] debería elegir la que, al garantizar los resultados, cause la menor restricción, lesión o daño a la persona en cuestión”. Sección 44: “(1) Un oficial de policía puede, mientras cumple su función de administrar el tráfico, [...] (c) [...] obligar al conductor de un vehículo a donar sangre, orina o cualquier otra muestra no clasificada como intervención quirúrgica, con la asistencia de servicios médicos, en caso de sospecha de que el conductor ha cometido un delito, un delito menor o cualquier delito menor relacionado con el tráfico que se castiga con una multa administrativa bajo la influencia de sustancias que influyen negativamente en las habilidades de conducción o debido al consumo de alcohol”. Sección 92: “Cualquier persona cuyo derecho fundamental ha sido infringido por una violación de las obligaciones [policiales], por una medida policial, por no tomar una medida policial, o por una medida coercitiva (en lo sucesivo, “medida”) puede, según a su elección: (a) presentar una queja ante el cuerpo policial que ha tomado la medida; (b) solicitar que, luego de un examen por parte de la Junta de Policía Independiente, se examine su queja, dependiendo del cuerpo policial en cuestión: (c) por el Comandante del Servicio Nacional de Policía”.

Para comenzar, el Tribunal Europeo repasó su doctrina sobre la materia y reiteró que el concepto de malos tratos aplicados a un caso requiere alcanzar un mínimo de severidad, evaluando circunstancias tales como la duración del trato, sus efectos tanto físicos como psíquicos, el sexo –en nuestro país el género de la persona afectada–, edad y sobre todo el estado de salud de la víctima. Además, destacó que las conductas que lesionan la dignidad humana golpean la Convención Europea y si es realizada la conducta por funcionarios que tienen obligación de hacer cumplir la ley, esto es violatorio del artículo 3 de la Convención.

Luego, consideró como un hecho no controvertido que el demandante había sido sometido a una intervención médica invasiva para obtener evidencia y que había sido retenido por policías para vencer su resistencia. En este contexto, estableció que la intervención a la que fue sometido generó en él sentimientos de angustia, inseguridad y estrés, por lo que todo el tratamiento, combinado con los sentimientos descritos, fueron suficientemente serios en atención con el mínimo de severidad requerido para caer dentro de las previsiones del artículo 3 de la Convención, siendo plenamente aplicable al caso.

Por supuesto, aprovechó para recalcar que la prohibición a ser sometido a tortura, a penas o tratos inhumanos o degradantes, prevista en el artículo 3 de la Convención, consagra uno de los valores fundamentales de la sociedad democrática y que dicha prohibición es absoluta, sin tener impacto la conducta de la víctima y sus circunstancias.

En esa dirección, estableció como criterio que la intervención médica forzada con el fin de obtener evidencia del cuerpo de una persona requiere de parte del funcionario médico interviniente la obligación de “poder justificarse de manera convincente” en los hechos y constancias del caso. Ello así, por cuanto la naturaleza particularmente intrusiva del acto requiere un “escrutinio estricto” de las circunstancias circundantes, debiendo, además, tenerse en cuenta la “gravedad del delito”. Asimismo, las autoridades deben demostrar que consideraron “métodos alternativos de obtención de evidencia” y que el procedimiento no debe implicar “ningún riesgo de detrimento duradero en la salud” del sospechoso, pauta establecida en el caso *Jalloh Vs. Alemania* del año 2000.<sup>3</sup>

Es importante resaltar que al finalizar el repaso de criterios generales que debían tenerse en consideración para adentrarse en su aplicación concreta al caso, el tribunal estableció un listado de factores a considerar: 1) el fin por el cual fue *necesaria* la intervención; 2) determinar *riesgos* para la salud del sospechoso, la *forma* en que el procedimiento se lleva a cabo, junto con el *dolor y sufrimiento mental* que causa; y 3) el grado de *supervisión médica* posible y los *efectos sobre el sospechoso*.

Pues bien, ya en su aplicación al caso concreto, sostuvo que “no existía una práctica o regulación doméstica bien establecida con respecto al uso y método de cateterismo para obtener evidencia de la participación de una persona en un delito” [regulación cierta y clara para la restricción de derechos] y que

---

3 TEDH, *JALLOH Vs. ALEMANIA* (Application no. 54810/00).

[t]ampoco la ley nacional [húngara] brinda garantías contra la toma arbitraria o inadecuada de muestras de orina mediante cateterismo. En particular, no hubo un enfoque coherente para la forma necesaria de consentimiento en tales situaciones [protección robusta contra el abuso de poder de funcionarios y claridad en la regulación relativa al valor del consentimiento].

Con relación al consentimiento, la Corte Europea consideró –en síntesis– que el consentimiento otorgado en circunstancias atenuantes de conciencia tales como efectos del alcohol o en circunstancias coactivas tales como el control y sujeción de agentes policiales no puede reputarse válido, tal como lo sostuvo –*mutatis mutandis*– en el precedente *YF Vs. Turquía*.<sup>4</sup>

Además, sostuvo que en el caso de la legislación húngara, aun si se quisiera reputar válido el consentimiento otorgado, el demandante podía retirarlo en cualquier momento del procedimiento de cateterismo, puesto que este proceder médico podía interrumpirse durante toda la intervención.

En relación con el propósito o fin de la intervención médica, el Tribunal consideró que la necesidad de obtener evidencia no se llevó a cabo en respuesta a una posible necesidad médica, lesionando el estándar de “necesidad”. Remarcó que, si bien los funcionarios policiales podían obtener una muestra de sangre para determinar el nivel de alcohol en el cuerpo del demandante, el recurso a un cateterismo era innecesario a la luz del hecho de que los agentes de policía también procedieron a tomar una muestra de sangre con los mismos fines. Incluso, el Tribunal destacó que no era “proporcional” por cuanto el cateterismo no era una medida generalmente aceptada y aplicada en el contexto de la práctica doméstica y, en comparación con los análisis de sangre, tampoco resultaba una medida “idónea” para la obtención de evidencia en delitos relacionados con drogas.

En cuanto a la forma en que se realizó el procedimiento de cateterismo en particular, y dada la naturaleza intrusiva del acto, se debió distinguir de las situaciones en que una intervención se considera de menor importancia y que aunque el procedimiento fue realizado por un médico en un servicio de emergencias médicas, los agentes de policía inmovilizaron al solicitante y lo mantuvieron esposado durante toda la intervención médica a la que fue sometido por la fuerza, aludiendo firmemente a un criterio de desproporción en el uso de la fuerza.

Para finalizar, la Corte estableció que los funcionarios policiales sometieron al solicitante a una interferencia grave con su integridad física y mental, en contra de su voluntad. Lo obligaron a someterse a un cateterismo, no por razones terapéuticas, sino para recuperar evidencia que de otro modo hubieran obtenido al tomar la muestra de sangre del solicitante.

Un detalle sumamente interesante es la observación relativa al sentimiento de estrés y angustia producido por la medida. La Corte consideró que la medida generó “sentimientos de inseguridad, angustia y estrés capaces de humillarlo y degradarlo” y que “la medida se implementó de una ma-

---

4 TEDH, *YF Vs. TURQUÍA* (Application no. 24209 / 94).

nera que causó al solicitante dolor físico y sufrimiento mental. Por lo tanto, ha sido sometido a un trato inhumano y degradante contrario al artículo 3”.

## Las medidas de injerencia o intervención corporal sobre el imputado en Argentina

Como se verá sucintamente, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) como la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) desarrollaron frondosas directrices para analizar si una medida de injerencia corporal resulta violatoria de principios convencionales y constitucionales cuyo desarrollo estuvo impactado por el litigio de los equipos técnicos de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo.

Es pacífica la posición doctrinal<sup>5</sup> en torno a que la producción de pruebas que requieren una injerencia corporal, y con ello una intromisión estatal en los derechos del sujeto que soporta la intervención, no es necesariamente una medida prohibida, sino que admite su realización con restricciones y reglas para su adecuada producción.

Gaitán señala que, en el ámbito regional, la Corte IDH consideró que solo una ley en sentido formal, es decir, sancionada por los órganos constitucionalmente facultados, es capaz de regular, restringir el goce y ejercicio de derechos y libertades de las personas.<sup>6</sup> Por ello, es claro que para la Corte IDH el primer requisito de restricción de derechos es que esté debidamente establecido en una ley en sentido formal y material.<sup>7</sup>

Asimismo, en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*,<sup>8</sup> la Corte IDH incluso desarrolló parámetros para considerar si una prueba de injerencia corporal resulta violatoria de la CADH. En dicho precedente determinó que para que una detención –medida de prueba que se discutía en el caso– no sea arbitraria se requería que: i) que la finalidad de privar o restringir la libertad sea compatible con la Convención; ii) que sean idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, y iv) que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el

5 Entre muchos otros textos, Gaitán, M. (2013). La legitimidad de las pruebas genéticas sin consentimiento de la víctima según los estándares del sistema interamericano de protección de derechos humanos. En G. Anitua y M. Gaitán (comps.), *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, Buenos Aires: Del Puerto; Anitua, G. (2013). La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la extracción de sangre a víctimas de delitos sin su consentimiento. En G. Anitua y M. Gaitán (comps.), op. cit.; Iud, A. (2018). El análisis de ADN en el proceso penal. En F. Plazas y L. Hazan (comps), *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal. Nuevos estudios críticos de la jurisprudencia*. Buenos Aires: Editores del Sur.

6 Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

7 Corte IDH, *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193.

8 Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.

En su repaso por los estándares convencionales desarrollados por la Corte IDH y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Gaitán concluye que para disponer legítimamente la producción de este tipo de medidas se deben cumplir los siguientes recaudos formales y sustanciales: 1) legalidad; 2) finalidad legítima; 3) idoneidad; 4) necesidad; 5) estricta proporcionalidad; 6) control judicial; y 7) realización por personal idóneo.

En nuestro país, la CSJN tuvo oportunidad de abordar la constitucionalidad de medidas de restricción de derechos en diferentes casos y momentos. Autores, como Iud, reseñan que por lo menos desde el año 1963, en el caso “Cincotta”<sup>9</sup>, la Corte Suprema analizó el alcance de la prohibición de autoincriminación en relación con la obligatoriedad de una rueda de reconocimiento aceptando su constitucionalidad, pero será recién en el año 1995, en el caso “H., G. S.”,<sup>10</sup> cuando se expidió validando la constitucionalidad de la obtención de una muestra hemática a un niño que se presumía apropiado y de los imputados en la causa, sus presuntos apropiadores.

Destaca Iud que para así hacerlo, la Corte no solo tuvo en cuenta que se encontraba en juego el derecho a la identidad del menor –contemplado en la Convención sobre los Derechos del Niño–, sino que se remitió expresamente al precedente “Cincotta” señalando así expresamente que la extracción hemática que debían soportar los imputados no implicaba ninguna lesión a la garantía contra la autoincriminación.<sup>11</sup>

La Corte Suprema reiterará su opinión en el fallo “Guarino”<sup>12</sup> al decir sobre la prueba de histocompatibilidad que no implica una lesión o afectación a derechos fundamentales como la vida, la salud o la integridad corporal, porque la toma de muestra de sangre “si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen”. Incluso en el fallo “Vázquez Ferrá”<sup>13</sup> la Corte validó este criterio; a pesar de crear una diferencia hasta ese momento inexistente entre imputados y víctimas –retroceso doctrinal cuyo análisis excede este comentario–,<sup>14</sup> entendió que la afectación mínima a la integridad corporal debe ser soportada por un imputado y se reputa constitucional.

Como resultado de los efectos negativos del fallo “Vázquez Ferrá”, en tanto continuaba siendo incierta la identidad de la víctima de ese proceso, el Estado argentino fue denunciado ante la CIDH por víctimas del terrorismo de Estado que reclamaban básicamente determinar si la joven que había sido inscrita como hija del matrimonio Vázquez Ferrá era hija de desaparecidos. El proceso de denuncia

9 CSJN, Fallos 255:18.

10 CSJN, Fallos 318:2518.

11 Iud, A. (2018), *op. cit.*

12 CSJN, Fallos 319:3370

13 Fallos 326:3758.

14 Guariglia, F. (2005). *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Buenos Aires: Del Puerto; quien señala críticamente que la ausencia de regulación específica en el derecho argentino configuraba una grave afectación del principio de reserva de ley o nulla coactio sine lege.

culminó en un Acuerdo de Solución Amistosa suscripto entre el Estado y la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, ratificado por el Decreto N° 1800/10 y homologado por la Comisión en su Informe N° 160/10<sup>15</sup>, en el que entre otras medidas reparatorias comprometía al Estado a regular la injerencia en el cuerpo para la obtención de material biológico como evidencia criminal.

En este contexto, y ya quizás como muestra de un cambio de época, en el mes de agosto de 2009, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió los casos conocidos como Prieto I y II<sup>16</sup> en los que se discutía, por un lado, el agotamiento de medidas alternativas a la extracción compulsiva de sangre o saliva para obtener ADN de una persona víctima en un proceso penal, y la constitucionalidad del entrecruzamiento de muestras biológicas ya desprendidas del cuerpo y obtenidas por medio del allanamiento y requisa corporal.

Si bien en “Prieto I” la Corte desestimó el recurso aludiendo que no se habían agotado los medios alternativos a la obtención directa de una muestra biológica a una víctima, y en “Prieto II” consideró constitucional la medida, tal como señala Iud, quedó claro que para el máximo tribunal hay un grupo de derechos –tales como el derecho a la intimidad o el pretendido derecho a “preservar la propia identidad”– que no pueden oponerse como un límite infranqueable a la pretensión estatal de indagar sobre el origen biológico de una persona. Concretamente, para la Corte no solo no está vedado investigar la identidad de un presunto hijo de desaparecidos contra su voluntad, sino que es una obligación del Estado hacerlo.<sup>17</sup> Ello surge claramente de “Prieto 2”, pero incluso puede advertirse en “Prieto 1”.

A los fines de este comentario, y dejando de lado múltiples enfoques sobre el precedente, quiero destacar que la Corte en diferentes votos, y conformando mayorías, coincidió en que para respetar el principio de legalidad (*nulla coactio sine lege*) era necesario regular expresamente la obtención y extracción voluntaria y compulsiva de material biológico tanto en víctimas como imputados.

En ese contexto, el Congreso de la Nación sancionó meses después, la Ley N° 26549 que incorporó el artículo 218 bis al Código Procesal Penal de la Nación, regulando el procedimiento de obtención de ADN en la misma línea que la Corte había fijado en “Prieto 1 y 2”.

El artículo 218 bis estableció el procedimiento para obtener material biológico de imputados o terceras personas vinculadas al proceso (testigos y víctimas) con el fin de recabar ADN estableciendo, como requisito de legalidad infranqueable, un exhaustivo análisis de estándares de necesidad, idoneidad, proporcionalidad, razonabilidad y control judicial.<sup>18</sup>

En lo que respecta al requisito de *proporcionalidad*, cabe mencionar lo dicho por el ministro Maqueda, quien en el fallo “Prieto 2”, ya citado, señaló que “el balance entre los intereses de toda persona a no

15 CIDH, 1/11/2010, Informe 160/10, Petición P-242-2003 *Inocencia Luca de Pegararo y otras vs. Argentina*.

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

17 Iud, A. (2013). La apropiación de niños y el análisis de ADN obligatorio. En G. Anitua; M. Gaitán (comps.), *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*. Buenos Aires: Del Puerto.

18 Cabe destacar que casi idéntica regulación fue receptada en el nuevo Código Procesal Penal Federal en su artículo 175.



sufrir invasiones a su privacidad y el interés estatal en la persecución penal debe incluir una necesaria ponderación de los instrumentos escogidos y los fines hacia los que se dirige la específica medida de coerción dispuesta en la causa. A dichos efectos corresponde tamizar la medida por los filtros de necesidad, adecuación y proporcionalidad” (cons. 10).

Al respecto, Iud<sup>19</sup> aporta que

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

En el mismo sentido, Bloch y Hockl señalan que

la justificación de la procedencia de la medida depende de su adecuación al principio de proporcionalidad, a saber: “a) [...] b) que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin; y c) que, aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos” (Tribunal Constitucional español, sala 1ª, sent. 207/1996).<sup>20</sup>

En relación con el requisito de *necesidad*, es útil traer lo que dictaminó el Procurador General de la Nación en “Prieto”, quien sostuvo adecuadamente que

en relación con los exámenes corporales del párrafo primero, que son necesarios no sólo cuando no hay ningún otro medio de prueba alternativo, sino incluso cuando los demás medios probatorios disponibles no permiten el esclarecimiento del hecho con la seguridad requerida, o no se puede descartar que vayan a perder eficacia, por ej., porque el autor podría retractar la confesión que ha brindado. Y respecto de la extracción de sangre y los exámenes corporales que la ley autoriza, en el párrafo segundo, bajo la condición

19 Iud, A. (2018) El análisis de ADN. En *Op. cit.*

20 Cfr. Bloch, I. y Hockl, M. (2004). La extracción compulsiva de sangre según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Lexis*, 0003/010414 o JA, 2004-I-1001.

de que sean imprescindibles, se sostiene que ese requisito se halla cumplido cuando no es posible averiguar la verdad sin practicar alguna de esas medidas y, en especial, cuando las pruebas ya producidas, tras una ponderación razonable, aún dejan dudas. Además, tampoco se requiere que primero hayan sido utilizadas y descartadas, por insuficientes, todas las demás alternativas probatorias antes de que puedan entrar en consideración las medidas del 218 bis, párrafo segundo. En cambio, sólo se las considera inadmisibles cuando la situación ya ha sido esclarecida y sólo se busca la confirmación de conocimientos ya adquiridos.<sup>21</sup>

Es interesante lo que señala Gaitán al decir que “Prieto” fijó un estándar según el cual una medida de injerencia corporal para obtener muestras biológicas no es necesaria si existen medios alternativos que sean igualmente aptos para tal fin, como el secuestro de objetos que soporten células ya desprendidas del cuerpo de la persona, mediante un registro de morada o una requisita personal. Si esos medios alternativos no estuvieran disponibles o no fueran idóneos, sí estaría fundada la necesidad de la injerencia corporal para la obtención de las muestras biológicas de la presunta víctima. Por esta razón se ha afirmado que, según el criterio actual de la mayoría de la Corte Suprema, esta medida es admisible como *ultima ratio*.<sup>22</sup>

En lo que respecta al principio de *razonabilidad*, este requiere que la decisión de llevar a cabo una medida de prueba de injerencia corporal encuentre respaldo en una labor procesal previa que autorice fundadamente a sospechar que el imputado sea responsable de alguno de los delitos que se investigan.<sup>23</sup> Igual sentido expresan su opinión Bloch y Hockl al referir que

a los requisitos ya enunciados debe sumarse que[,] por el sacrificio que importa una medida de esta índole, su disposición suponga la preexistencia de indicios que hayan conducido a establecer una sospecha fundada respecto de los imputados y no sea el producto de un indeliberado celo investigativo.<sup>24</sup>

Para que una medida de injerencia corporal sea considerada *idónea* debemos pensar que la medida será apta para alcanzar el fin buscado. En palabras de Bloch y Hockl, “una medida es idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella [...] esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal”.

Si observamos la redacción utilizada por el legislador al describir este requisito en el artículo 218 bis del Código Procesal Penal, vemos que en el cuarto párrafo autoriza al juez a optar por estas vías:

21 Cfr. dictamen PGN, 07/09/2006 en el fallo de la CSJN, SCG, 1015; XXXVIII, “Gualtieri Rugnone de Prieto, Ema”.

22 Piñol Sala, N. La obligación del Estado de restituir la identidad a las víctimas de desaparición forzada; y Anitua, G. La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la extracción de sangre a víctimas de delitos sin su consentimiento. En M. Gaitán (2013) *Op. cit.*

23 PGN, Dictámenes en Fallos 318:2481 y 2518; 319:3370, y “Vázquez Ferrá” (Fallos 326:3758).

24 Bloch, I. y Hockl, M. (2004). La extracción... *Op. cit.*

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 requisita personal.

Es decir, la norma recepta este requisito que la doctrina y la jurisprudencia ponen como parte del análisis de protección de derechos y garantías del imputado frente a una medida de injerencia corporal.

## **Análisis comparado y conclusión**

De la lectura comparada de los estándares fijados por la CEDH y los establecidos por el SIDH como por la jurisprudencia de la CSJN, surge que la CEDH exhibe un nivel de protección sensible en tanto considera con claridad que la implementación de una medida de prueba de injerencia corporal, en los términos de *RS Vs. Hungría*, conlleva la violación de la prohibición de tortura y trato cruel y degradante.

Nuestro sistema regional y nacional ha estandarizado los baremos por los cuales las medidas de prueba de injerencia corporal deben ser consideradas constitucionales y respetuosas de las garantías de protección. Sin embargo, no es usual el análisis de estos estándares bajo el tamiz de la prohibición de tortura y/o trato cruel y degradante.

Advierto la mirada sensible de la CEDH, en tanto puede llegar a considerar como tortura o trato cruel y degradante la creación de sentimientos de inseguridad, angustia y estrés capaces de humillar y degradar a un imputado en una causa penal. Lo reseñado, con los límites propios de este comentario, muestra que existen estándares de garantía similares al momento de analizar la validez de medidas de injerencia corporal pero aplicados de manera diferencial para determinar la violación de derechos/garantías de las personas sometidas a un proceso penal.

El avance doctrinal y jurisprudencial en Argentina, resultante de la implementación del plan sistemático de apropiación de hijas/os de opositores políticos, dejó como saldo robustos desarrollos de doctrina y precedentes jurisprudenciales que validaron las medidas de injerencia corporal en imputados y –con diferencias de tratamiento– en terceros no imputados (víctimas y testigos).

Mirar los precedentes de nuestra región y nuestro país, bajo el análisis propuesto por la CEDH en el caso *RS v. Hungría*, permitiría enriquecer aún más la elaborada jurisprudencia en materia de medidas de injerencia corporal que puedan, potencialmente, significar violaciones a los principios de integridad corporal, intimidad, prohibición de autoincriminación como también prohibición de tortura o trato cruel y degradante.