

**PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE CON  
MAYORÍAS ILUSORIAS Y SU IMPACTO EN  
LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES**

*Disertación del Dr. Alejandro Carrió  
en sesión privada del Instituto de Política Constitucional,  
del 5 de octubre de 2011*



# **PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE CON MAYORÍAS ILUSORIAS Y SU IMPACTO EN LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES**

Por el Dr. ALEJANDRO CARRIÓ

## **I. Generalidades**

La primera parte de este artículo está dirigida a desarrollar algunas obviedades. Por ser tales, permítaseme algunas indulgencias en cuanto a su profundidad. Cuando haya concluido con estas obviedades podremos ingresar en el análisis de cosas que nuestra Corte Suprema de Justicia cada tanto hace y que, me parece, justifican el título elegido para esta presentación.

### **1. ¿Por qué es importante que lo que la Corte decida respecto de los derechos constitucionales, sea final?**

Se sabe que en ocasiones la Corte debe pronunciarse sobre la vigencia de derechos contra mayoritarios. Son supuestos donde ella enfrenta la siguiente situación: una mayoría de personas probablemente desea un resultado determinado, contrario al que

los jueces entienden que la Constitución exige, y será mérito de la Corte postergar ese deseo mayoritario si lo que está en juego es la vigencia de un derecho de rango superior. Ejemplos no inocentes a los fines de este trabajo son: (i) el derecho a la privacidad, referido a conductas poco valiosas o no compartidas por una mayoría; (ii) la vigencia de garantías en contra de la arbitrariedad policial en el marco de la investigación de delitos; (iii) la pretensión de los individuos a oponerse a políticas del Gobierno, si entienden que sus derechos se hallan en peligro.

Cuando la Corte resuelve este tipo de cuestiones, está bien que contemos con un pronunciamiento claro que ponga límites a aquello que, si no fuera por la actuación del Alto Tribunal, pasaría a ser discutido una y otra vez.

## **2. Relevancia de esa claridad y herramientas para lograrlo**

Dentro de las obviedades, una consecuencia importante del lugar que ocupa la Corte Suprema como intérprete final de los derechos contenidos en la Carta Magna, es que una vez que la Corte Suprema se ha pronunciado sobre el alcance de algún derecho, o sobre la validez de una acción estatal, las legislaturas, nacional o locales, no pueden modificar esa interpretación por medio de una ley. Es solo por el procedimiento de una Enmienda a la Carta Magna, que podría alterarse lo que la Corte fijó como límite constitucional<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> En el curso de la charla referida en la nota previa, uno de los asistentes me objetó que quizás lo que yo estaba diciendo no merecía ser calificado como “obviedad”. Para beneficio de todos, nos recordó que en los Estados Unidos el mismo Congreso Federal había intentado, mediante ley, alterar los efectos de la doctrina del famoso caso “*Miranda v. Arizona*” 384 US 436, 1966. En “*Miranda*” como se sabe, la Corte de ese país estableció como recaudos para la validez de los interrogatorios de personas en custodia, que los funcionarios policiales cumplan con una serie de advertencias que con el tiempo se hicieron famosas. Ese intento del Congreso fue invalidado por la Corte en el caso “*Dickerson v. United States*”, 530 US 428, 2000, donde la autoridad de “*Miranda*” como precedente fue expresamente afirmada.

Ahora bien, dado que es importante que la Corte resuelva los casos que se le someten, y que lo haga con autoridad, una herramienta en verdad simple debería ser que sus pronunciamientos puedan ser comprendidos sin dificultad, y que sea claro tanto lo que la Corte está diciendo, como su alcance. Aunque parezca tonto, la extensión de la sentencia que la Corte dicte, puede tener su relevancia para el logro de tales objetivos. Así, por ejemplo, en los Estados Unidos las sentencias que elabora la mayoría de la Corte Suprema, que es la fija el “holding” del caso, tienen una extensión que, por lo común, oscila entre las quince y las treinta páginas<sup>2</sup>.

Otro mecanismo de interés que utiliza la Corte Federal estadounidense es que los empates en su seno tienen prevista una forma de solución. Así, si la Corte se encuentra dividida 4 a 4 y el Juez restante se ha excusado de intervenir o ha sido descalificado por alguna razón, la sentencia apelada es automáticamente confirmada. La idea subyacente es que la Corte no ha conseguido la mayoría necesaria para revertirla y, entonces, el pronunciamiento del tribunal de la instancia anterior mantiene su validez<sup>3</sup>. Por último, es fácil advertir en el funcionamiento de la Corte estadounidense que, salvo excusaciones o recusaciones aceptadas de sus integrantes, todos sus miembros intervienen en la votación de las sentencias que dicho Tribunal dicta. Puede parecer hasta elemental señalar que todos los jueces deben intervenir al momento del dictado de una sentencia, por ser ésta específicamente su labor. Sólo que, por contraste con nuestras realidades, veremos que esta aclaración no es superflua.

---

<sup>2</sup> Según el actual integrante de ese Tribunal, Stephen Breyer, el borrador que prepara el Juez al que se le ha asignado el voto mayoritario tiene usualmente una extensión de entre quince y treinta carillas. Luego los restantes jueces hacen sus sugerencias, o bien preparan un voto concurrente o, eventualmente, su disidencia. Ver su libro “*Making Our Democracy Work*”, Alfred A. Knopp, New York, 2010, p. 231 y ss.

<sup>3</sup> Íd. pág. 232.

## II. Nuestras prácticas: la Corte no aplica reglas que exige a otros tribunales

En su trabajo “*La Corte, las drogas y una mayoría dudosa*”<sup>4</sup>, Santiago Legarre desarrolla convincentemente la idea de que nuestra Corte Suprema exige a los tribunales inferiores reglas que no aplica para sí. Trae como ejemplo el caso “*Cámara Argentina de Bases de Datos y Servicios en Línea c/ E.N. s/amparo*”, resuelto el 4/8/2009, donde la Corte anuló una sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal por falta de unidad lógica y jurídica entre los votos que hicieron mayoría<sup>5</sup>. Más adelante veremos algunos ejemplos de mayorías muy poco consistentes en sentencias dictadas por la propia Corte Suprema.

Otro ejemplo de Legarre se refiere ya a la práctica, que se observa a diario en las decisiones de la Corte Suprema, de jueces que no intervienen en el dictado de sentencias, sin que se sepan las razones por las que no lo hacen y sin que exista excusación expresa de su parte o una recusación válida<sup>6</sup>. El autor citado menciona así el precedente de “Fallos”: 327-308, “*Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/Estado Nacional s/amparo*”, en el que la parte impugnante planteó la nulidad de una sentencia anterior de la Corte dictada sin la intervención del Dr. Fayt y sin constancia alguna de por qué no lo había hecho. La Corte rechazó dicho planteo, haciendo saber que la norma citada en apoyo de él —el art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional— no es de

<sup>4</sup> Revista de Derecho de Familia y de las Personas, N° 1, Sept. 2009, p. 213.

<sup>5</sup> La Corte sentó este criterio con remisión al dictamen del Procurador General, donde se señaló que: “(R)esulta claro que si bien dos de los jueces de la Cámara coincidieron en la solución final de revocar la sentencia apelada..., partieron, como se ha visto, de premisas y argumentos discordantes. De tal modo, entiendo que no hay opiniones en mayoría coincidentes sobre los fundamentos expuestos para llegar a la solución expresada en la parte dispositiva de la sentencia”.

<sup>6</sup> Ver del mismo autor su trabajo “*Nulidad de Sentencias de la Corte Suprema*”, La Ley, ejemplar del 12/5/2011.

aplicación para la Corte Suprema sino para las cámaras de apelaciones<sup>7</sup>.

### III. Particularidades del caso “Arriola”

#### 1. La cuestión planteada y sus antecedentes

“Arriola” es el conocido caso resuelto por la Corte Suprema el 25 de agosto de 2009<sup>8</sup> donde el Tribunal analizó la constitucionalidad del art. 14, 2º párrafo de la ley 23.737 que pena la tenencia de sustancias estupefacientes aun cuando, por su escasa cantidad, surja “*inequívocamente que la tenencia es para uso personal*”.

Cuando corrió la noticia de que la Corte estaba dispuesta a resolver este caso, el tema causó interés en la comunidad jurídica pues era conocido el vaivén jurisprudencial previo en torno a esta misma cuestión. En el año 1978 la Corte, en “Colavini” (Fallos: 300-254), había considerado a una norma equivalente como compatible con la Constitución, criterio que abandonó luego en el precedente “Bazterrica” (Fallos: 308-1392, año 1986), por entender que penar la tenencia de estupefacientes para consumo personal colisionaba con el art. 19 de la Constitución, que declara exentas de la autoridad de los magistrados a “las acciones privadas”. Se sabe que con la ampliación de los miembros de la Corte operada a comienzos de los años ‘90 el Alto Tribunal retomó la doctrina

---

<sup>7</sup> El citado art. 109 exige que “en todas las decisiones de las cámaras nacionales de apelaciones o de sus salas intervendrá la totalidad de los jueces que las integran. Sin embargo, en caso de vacancia, ausencia u otro impedimento, del que debe haber en todos los casos constancia formal en los autos, la decisión podrá ser dictada por el voto de los restantes, siempre que constituyeran la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara o Sala y que concordaran en la solución del juicio”. Es paradójico, como señala Legarre, que en esta decisión de la Corte sí intervino el Juez Fayt, pero no la totalidad de los jueces de la Corte, quizás como manera de reafirmar, *in situ*, que sus sentencias pueden ser dictadas sin la firma de todos sus miembros.

<sup>8</sup> Fallos: 332-1963.

de “Colavini”, lo cual ocurrió en el caso “Montalvo” (Fallos: 313-1333, 1990).

Con estos vaivenes, y con independencia de la postura que se adopte para la decisión de esta difícil cuestión, lo esperable era que la Corte hablara de una manera clara y con autoridad, como para que nuestra jurisprudencia pudiera, de una buena vez, empezar a transitar un camino estable respecto de esta cuestión.

## 2. La notoria dispersión de extensos votos

La forma en que se resolvió “Arriola” muestra dos cosas: todo lo que se escribió<sup>9</sup>, y todos los que escribieron. En efecto, la sentencia contiene seis votos distintos, ya que sólo el primero, firmado por los Jueces Highton y Maqueda, muestra que uno de los jueces logró que otro lo acompañara. Lo interesante (y en realidad bastante pernicioso, según veremos), es que se trata de una sentencia sin disidencias. O sea, tenemos seis votos distintos aunque, aparentemente, todos en la misma dirección.

Es cierto que los jueces aparecen coincidiendo en varios considerandos, y los que así lo hacen, dicen expresamente que concuerdan con ciertos considerandos “*del voto que encabeza este pronunciamiento*”<sup>10</sup>.

Ahora bien, si analizamos en qué consisten tales coincidencias, veremos que ellas se limitan en realidad a bastante poco. Esto es, la descripción de los hechos del caso (procedimiento po-

<sup>9</sup> En la Colección de Fallos la sentencia se extiende por más de 60 páginas.

<sup>10</sup> En el trabajo citado supra, nota 4, Legarre expresa su beneplácito con el hecho de que, al menos, los jueces no elevan a la categoría de “voto mayoritario” o de “mayoría” lo que en verdad no es más que un “voto concurrente”. Pero dicho esto, esos votos en definitiva no mayoritarios (por no haber atraído otros que permitan hablar de una mayoría de cuatro), siguen incurriendo en la falacia de mencionar, en pasajes de cada voto, lo que “esta Corte” habría resuelto o dejado de resolver, cuando es claro que cada Juez está hablando por sí mismo, y nunca en representación de una mayoría. Ver, por ejemplo, el considerando 14 del voto del Dr. Lorenzetti, el 16 del voto del Juez Fayt, el 19 del Juez Zaffaroni y el 11 de la Dra. Argibay.



licial en la vía pública y secuestro de estupefacientes en escasa cantidad) y de los avatares del proceso. También hay coincidencia en la síntesis del planteo del apelante (violación del principio de intimidad o reserva del art. 19 de la Constitución) y en que el caso pertenece a la jurisdicción de la Corte, pues la resolución dictada en las instancias previas es contraria a los derechos de raigambre constitucional en que el recurrente fundó su reclamo.

Veamos ahora algunas particularidades de los votos emitidos que conspiran contra lo que debió ser una decisión más uniforme y con autoridad como precedente jurisprudencial.

### *2.1. El voto de la Juez Argibay y su esfuerzo por distinguir supuestos*

La Dra. Argibay, en mi opinión, es quien más esfuerzos hace para calibrar qué factores son los que nos permitirán, caso por caso, determinar si efectivamente la tenencia de estupefacientes de que se trate califica o no como una acción “privada”, dentro del ámbito de protección del art. 19 de la Constitución.

Con ese objetivo se indican cosas tales como las condiciones de la tenencia, el grado de privacidad exhibido, el ámbito concreto en el que esa tenencia tiene lugar (lo cual es lógico, pues no es lo mismo “tener” en la vía pública que en un recinto particular), la posibilidad de imitación de la conducta por terceros, etc.

Este esfuerzo por separar situaciones cumple, además, con el objetivo de demostrar que una norma como la del art. 14, 2º párrafo de la ley 23.737 puede pecar por demasiado “vaga”, de manera de abarcar conductas muy disímiles entre sí. El problema con este voto, como sucede con todos los restantes, es que no provocó adhesión ninguna, con lo cual sólo podemos proclamar nuestra adhesión o rechazo al mismo, pero sería impropio intentar elevar sus buenas intenciones a la categoría de pronunciamiento de la Corte.

## 2.2. *El voto de los Jueces Highton y Maqueda*

En el voto de los Jueces Highton y Maqueda se advierte su inclinación a justificar el abandono de la doctrina del precedente “Montalvo”, en razón de la incorporación a la Constitución de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Así, se repasa una serie de pronunciamientos dictados por la Corte en años recientes, donde se adecuaron ciertos principios jurídicos a los denominados “parámetros internacionales”<sup>11</sup>. Luego de ello, se mencionan otros casos vinculados a la investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos, tales como “Arancibia Clavel”, “Simón” y “Mazzeo”.

Esta nómina de pronunciamientos es luego unida al hecho de que en esos tratados internacionales aparecen menciones al derecho a la privacidad y a la dignidad del hombre, llegándose a la conclusión de que tales derechos aparecen mejor protegidos mediante el anterior criterio de la Corte de “Bazterrica”, que el vigente de “Montalvo”.

Las observaciones que tengo ante esta línea de razonamiento, y de utilidad para este trabajo, son de dos órdenes distintos. Por un lado estamos ante criterios innecesarios para resolver el caso, pues ciertamente el art. 19 de la Constitución da suficiente fundamento para el concepto de “privacidad” con el que se busca inmunizar conductas tales como la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Para decirlo más fácil, creo que si la Constitución Nacional resulta suficiente para basar en ella un fallo de nuestro Alto Tribunal, ninguna necesidad se observa en citar precedentes que se refieren a casos netamente distintos y cuyo fundamento normativo puede ser también diferente. En algún momento, para

---

<sup>11</sup> El considerando 16 de ese voto hace un repaso de fallos trascendentes de la Corte dictados en áreas tan disímiles como: condiciones carcelarias (“Verbitsky”), revisión de fallos condenatorios (“Casal”), derechos de menores (“Maldonado”), garantía de imparcialidad (“Quiroga” y otros), derecho de las víctimas (“Santillán”), entre otros.

fortuna de los lectores de fallos, nuestra Corte fue notoriamente más concisa a la hora de resolver ciertos casos, incluso los muy trascendentes<sup>12</sup>.

La segunda observación, es que un voto que incluye tantas consideraciones relativas a principios jurídicos tan vastos, es probable que despierte menos adhesiones que si el mismo se concentrara en resolver, con apoyo en precedentes nítidamente aplicables, la cuestión concreta que los jueces tienen frente a sí.

### *2.3. El voto del Juez Zaffaroni y sus observaciones de política criminal*

La lectura de este voto muestra que, para fundamentar alguna de sus conclusiones, se apela a argumentos más cercanos a temas de política criminal que de derecho constitucional. Así, se dice que *“este tipo penal genera innumerables molestias y limitaciones a la libertad individual de los habitantes que llevan conductas que no lesionan ni ponen en peligro bienes jurídicos ajenos”*, para afirmar luego que *“tanto la actividad policial como la judicial distraen esfuerzos que, con sano criterio, deberían dedicarse a combatir el tráfico de tóxicos”*<sup>13</sup>.

En lo particular, no es que me oponga a que los jueces analicen las bondades de una ley, en cuanto a su eficacia y al dispendio de recursos que genera su implementación. Pero no debe perderse de vista que sólo en los excepcionales casos en que una ley infringe la Constitución Nacional es que los jueces pueden hacer mérito

---

<sup>12</sup> Uno de los precedentes que, en mi opinión, más dice con una maravillosa economía de palabras, es “Montenegro”, Fallos: 303-1938, sobre la invalidación de prueba obtenida por apremios ilegales. Invito al lector a repasar la riqueza de cada uno de sus pocos renglones.

<sup>13</sup> Ver el considerando 19 de ese voto, donde también se menciona que las fuerzas policiales incurrían en un *“enorme dispendio de esfuerzos, dinero y tiempo... insumidos en procedimientos inútiles desde el punto de vista político criminal...”*.

de sus bondades. Nuevamente, es posible que el no haber mantenido el foco de la cuestión en temas de estricto análisis constitucional haya conspirado contra la unidad que hubiera sido deseable encontrar en esta trascendental sentencia.

### 3. ¿“ *Holding* ”? y dudas varias

La suma de todos los votos permite, es verdad, afirmar que los jueces de la Corte Suprema consideraron que las condenas dictadas en la causa debían revocarse y que correspondía declarar la inconstitucionalidad del art. 14, 2º párrafo, de la ley 23.737.

El problema, realmente serio, es el impacto de esa declaración de inconstitucionalidad. Puesto que cada Juez hizo mención a que la inconstitucionalidad declarada lo era con remisión al “alcance” que surgía de los considerandos individuales de cada uno de ellos<sup>14</sup>, el resultado es en verdad una dispersión de alcances sin unidad alguna.

Las dudas que inmediatamente ha generado esta manera de decidir pueden sintetizarse así. ¿Significa “Arriola” que la norma analizada (el art. 14 de la ley de drogas) será inconstitucional siempre, como si se tratara de una ley que impidiese votar en comicios generales a los “petisos”, o a los pertenecientes a determinada religión?<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Legarre, en “La Corte, las drogas...”, citado supra, nota 5, analiza en detalle esta cuestión, individualizando el o los considerandos de cada voto individual que marcarían el “alcance” de la declaración de inconstitucionalidad. Por tratarse, claro está, de votos todos concurrentes entre sí y ninguno mayoritario, la búsqueda de criterios uniformes resulta casi tan imposible como si se pretendiera hallar una figura uniforme a través de un calidoscopio.

<sup>15</sup> Este tipo de inconstitucionalidad, que en el derecho anglosajón se conoce con la expresión “*on its face*” –en su propia cara– hace que sea irrelevante analizar si, por ejemplo, el eventual votante es o no realmente petiso, si su altura debe medirse descalzo o con zapatos, etc. La norma es inconstitucional siempre y ninguna cuestión de hecho debe siquiera ser examinada por los magistrados, quienes deben abstenerse de aplicar la norma inválida en todos los casos.

O por el contrario, ¿habrá casos donde podremos salvar la posible inconstitucionalidad de la ley, la cual lo será en algunos casos sí o en otros no, según la aplicación concreta que reciba?<sup>16</sup>

Por otro lado, tampoco aparece claramente delineado en los votos –o al menos no de manera uniforme– algo tan trascendente como el significado de la expresión “perjuicio a terceros”, mencionada en el texto del art. 19 de la Constitución. Nuevamente, un fallo de la trascendencia de “Arriola” debió haber intentado alcanzar algún consenso en la interpretación de esta cláusula, como guía para la solución de casos futuros.

Federico Morgenstern, en su valioso trabajo “*Sentencias de Tribunales Colegiados: problemas relacionados con la formación de mayorías*”<sup>17</sup>, señala una de las perniciosas consecuencias de la forma en que se decidió “Arriola”. Explica así que en una de las salas de la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal la Capital (son solo dos), sus integrantes no se ponen de acuerdo acerca del verdadero “holding” de aquel caso. Así, mientras uno de sus jueces entiende que la norma en cuestión ha sido invalidada en general, de manera que toda tenencia de escasa cantidad debe ser permitida, los dos jueces restantes consideran que la Corte no desincriminó la tenencia “en general”, y que es necesario relevar el contexto de la tenencia en cada caso.

Como vemos, todas las páginas escritas por los Jueces de la Corte Suprema en “Arriola” no sirvieron para aclarar esta fundamental cuestión.

---

<sup>16</sup> Este tipo de inconstitucionalidad, conocida como “*as applied*”, permitiría a los jueces, en otro ejemplo burdo, salvar la validez de una ley que impidiera votar en los comicios a los “revoltosos”, si por medio de la casuística se determinara que ese vocablo debe aplicarse exclusivamente a quienes, al momento de la votación, observen un comportamiento incompatible con la seriedad del comicio, tales como los ebrios, aquellos que se presenten exhibiendo armas, etc.

<sup>17</sup> Jurisprudencia Argentina, Suplemento, 2011-III, supl. del fascículo 13, pág. 3.

## IV. “Minaglia”

### 1. Antecedentes relevantes

“Minaglia” fue un caso resuelto por la Corte Suprema el 4 de septiembre de 2007.<sup>18</sup> Se refiere a la importante área de los allanamientos domiciliarios y a los recaudos de una orden judicial cuya constitucionalidad ha sido objetada. Pero para que se entienda la importancia de lo que luego se dirá, conviene hacer algo de historia.

Previo a la instauración de la Corte Suprema designada en diciembre de 1983 con el advenimiento de la democracia, la garantía de la inviolabilidad del domicilio que el art. 18 de la Constitución consagra tenía, tanto en los hechos como en la jurisprudencia del Alto Tribunal, un *status* un tanto devaluado. Las órdenes de allanamiento eran, en la práctica, una curiosidad, pues las fuerzas policiales ingresaban a los domicilios sin orden alguna, y el acta de allanamiento se limitaba a señalar que el ocupante del inmueble, “no había opuesto reparos” al ingreso. Los tribunales, al menos en el área de la Capital, consideraban a partir de esa fórmula que había mediado un consentimiento válido del interesado, lo cual alentaba a los miembros de la Policía a continuar con su práctica de dirigirse directamente al inmueble sospechado, sin molestarse en intentar convencer previamente a un Juez de la necesidad o conveniencia del ingreso<sup>19</sup>.

Desde el lado de la Corte Suprema, en el precedente “Gullo”<sup>20</sup> la Corte había rechazado un recurso extraordinario planteado por el imputado en cuyo domicilio se habían encontrado elementos ex-

<sup>18</sup> Fallos: 330 (3)-3801.

<sup>19</sup> Un caso que describe vívidamente el panorama de esos años es “Monticelli de Prozillo”, La Ley, 1984-D-373, donde la Cámara Federal de la Capital, por su Sala I, marcó lo pernicioso de esta realidad a través de los muy buenos votos de los Jueces Gil Lavedra, Arslanian y Torlasco.

<sup>20</sup> Fallos: 301-676, año 1979.

plosivos, luego de un allanamiento sin orden, tildado por esa razón de inconstitucional<sup>21</sup>. Como fundamento del rechazo la Corte dijo que la cuestión planteada excedía su jurisdicción, pues la misma remitía a temas de hecho y derecho procesal, ajenos a la instancia extraordinaria. El razonamiento de la Corte, bastante literal, y en verdad bastante equivocado, había sido el siguiente. La Constitución Nacional, luego de consagrar la inviolabilidad del domicilio, supeditó a lo que “una ley determinará”, en lo concerniente a los requisitos para un ingreso domiciliario<sup>22</sup>. El razonamiento de la Corte, bastante lineal entonces, fue que como era en la legislación procesal donde aparecían los recaudos exigibles para un allanamiento –entre ellos el de una orden judicial fundada–, la materia en sí era propia del derecho procesal y ajena a la instancia federal.

Por fortuna para la vigencia de las garantías constitucionales, esta doctrina de “Gullo” fue expresamente rechazada por la Corte Suprema años después en “Fiorentino”<sup>23</sup>, cuando la Corte consideró como constitucionalmente inválido un ingreso domiciliario sin orden judicial.

## 2. Los hechos de “Minaglia” y los planteos de la defensa

Tareas de vigilancia sobre un inmueble, según el informe policial correspondiente, mencionaban que “se tuvo conocimien-

<sup>21</sup> Tanto en la norma vigente en el orden nacional a ese momento, arts. 188 y 403, ley 2372, como en la actual, art. 224 del Cód. Proc. Penal, se exige orden judicial fundada para el ingreso domiciliario dispuesto a los fines de la investigación de un delito. El recaudo de “orden fundada”, como dice la norma, es de suma trascendencia según se verá.

<sup>22</sup> El art. 18 CN dice: “*El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación*”. Como vemos, al hablar la Constitución de “justificativos”, es claro que el mismo texto constitucional fija un “standard” de justificación, sin el cual los ingresos domiciliarios, aun con orden judicial, son objetables si se disponen en forma arbitraria o con una fundamentación defectuosa.

<sup>23</sup> Fallos: 306-1752, año 1984.

to” de que allí se podían estar vendiendo estupefacientes. Luego de ello, siempre según la versión policial, un vehículo particular se estacionó frente a dicho inmueble. Dos personas descendieron del mismo y fueron atendidos por una persona “con quien intercambiaron elementos aparentemente”. Regresaron al vehículo y la policía les interceptó la marcha. Se los identificó y el auto fue requisado. Se encontró cocaína.

Al ser trasladados en un patrullero uno de los detenidos, de nombre Rodríguez, manifestó “espontáneamente” (según el reporte oficial) que la cocaína la había comprado en el inmueble vigilado. El paso siguiente fue la solicitud de una orden de allanamiento para esa vivienda, sólo que en la solicitud nada se dijo de esta aparente confesión<sup>24</sup>. El juez expidió la orden de allanamiento, en cuyo transcurso se logró la detención del imputado Minaglia. La orden de allanamiento tampoco hizo referencia alguna a aquella alegada confesión, la cual seguramente constituyó una base trascendente a la hora de autorizar el ingreso.

Para hacer de una historia larga algo corto, la defensa de Minaglia planteó la nulidad de la orden de allanamiento por falta de debida fundamentación, con invocación de la norma procesal que requiere justamente de un “auto fundado”<sup>25</sup>.

En primera instancia se hizo lugar a la nulidad, aceptando el Juez que la orden judicial carecía de base para sustentarla. Agregó además que resultaba sumamente dudosa la alegada “espontaneidad” de los dichos de Rodríguez, a los que calificó como el antecedente necesario de la orden de allanamiento.

Ante la apelación de la fiscalía intervino la Cámara Federal de la Capital. Esta revocó la declaración de nulidad. En lo que in-

---

<sup>24</sup> Este silencio en la solicitud pudo haber respondido a lo complejo que resulta, desde el plano legal, que dichos autoincriminatorios de los imputados aparezcan como provenientes de un interrogatorio policial, que las normas procesales en verdad no contemplan. El lector interesado en este tópico puede hallar en mi trabajo “*Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*”, Ed. Hamurabi, 5º Ed., págs. 483 y ss., más información al respecto.

<sup>25</sup> Ver supra, nota 21.



teresa para este trabajo, dijo que lo relevante no era que el texto de la orden no suministrara las razones para su dictado cuando ella, en definitiva, contaba con fundamentos previos en la investigación que le servía de apoyo.

Esta es la cuestión trascendental que Minaglia llevó por vía de recurso extraordinario a la Corte Suprema: si resulta constitucionalmente válida una orden judicial de allanamiento sin fundamentación en su texto ni en la solicitud previa cuando, alegadamente, esos fundamentos pueden ser reconstruidos de la investigación que la precedió<sup>26</sup>.

### **3. Los votos en la Corte Suprema**

#### *3.1. Tres disidencias*

El recurso extraordinario interpuesto fue rechazado por la Corte Suprema. Dado el acotado marco de este trabajo, destaco simplemente que esa decisión contó con tres sólidas disidencias firmadas por los Jueces Maqueda y Zaffaroni (en voto compartido), y por el Juez Petracchi, en un voto individual.

Estos tres Jueces hicieron notar que se estaba ante una orden de allanamiento que no contenía una debida fundamentación, lo cual lesionaba la garantía del art. 18 de la Constitución.

Con este telón de fondo, veamos qué hicieron los restantes Jueces de la Corte Suprema por un lado, y qué podemos rescatar como posible criterio mayoritario, por otro.

---

<sup>26</sup> En los Estados Unidos, desde hace tiempo se ha advertido la trascendente cuestión constitucional que plantea el saber si los jueces, al revisar la validez de una orden de allanamiento, están o no autorizados a examinar más allá de los términos del "affidavit" del oficial de Policía que la solicitó. Ver, entre otros, lo debatido en los casos "*Mc Cray v. Illinois*", 386 US 300, 1967; y "*Franks v. Delaware*", 438 US 154, 1978.

3.2. *Un voto para posibles contradicciones: Lorenzetti y Argibay*

Obsérvese la forma en que este voto encaró la trascendente cuestión constitucional planteada<sup>27</sup>. En un primer pasaje de esa opinión, este voto dijo que en lo atinente a la alegada falta de fundamentación del auto que dispuso el allanamiento “*el recurso extraordinario ha sido bien concedido ya que la defensa sostiene que el auto que dispone el allanamiento debe contener los fundamentos de tal decisión y que el incumplimiento de dicha obligación importa una afectación a la garantía de la inviolabilidad del domicilio, y la decisión el a quo ha sido contraria a los intereses del recurrente (art. 14, inc. 3º de la ley 48)*”<sup>28</sup>.

Vale decir, es claro en este pasaje del voto que estamos ante una materia federal y de allí que la Corte tenga habilitada su jurisdicción para tratarla.

El problema es lo que viene a partir del considerando 18. El voto lo resume así: “*(D)ebe establecerse que es un extremo no controvertido que en el auto que dispuso el allanamiento... si bien el juez especificó que la finalidad del acto era ‘proceder al secuestro de sustancias y demás elementos en infracción a la ley 23.737...’ omitió hacer referencia alguna a los fundamentos que motivaron su decisión... Preciado en tales términos el agravio que la defensa trae a estudio, debe indicarse que la falta de consignación en el acto de los motivos comporta, en principio, solo una infracción a la regla procesal del art. 403 del Código de Procedimientos en Materia Penal... En lo estrictamente referido a la posible aplicación de la norma procesal citada, ha sido la*

---

<sup>27</sup> El recurso extraordinario planteaba varias cuestiones, que pueden considerarse separables de aquella en la que he preferido concentrarme aquí. Así, impugnaciones relativas a la hora del allanamiento y a la presencia durante el mismo de testigos, y otros temas relativos a los alcances de la garantía contra la autoincriminación no serán abordados, para no desordenar la exposición.

<sup>28</sup> Ver considerando 14 de ese voto.

*Cámara de Apelaciones quien tuvo la última palabra al respecto, toda vez que no compete a esta Corte expedirse sobre la interpretación y alcance de la ley procesal”.*

Ahora bien, este lenguaje guarda demasiados parecidos con la abandonada doctrina de “Gullo”<sup>29</sup>, como para no despertar nuestra preocupación. ¿Qué significa que lo dicho por la Cámara sobre el alcance de la norma que exige orden judicial fundada para un allanamiento es “*la última palabra al respecto*”, sino es que se está ante una materia no federal? ¿Qué quiere decir que “*no le compete a esta Corte expedirse sobre la interpretación y alcance de la ley procesal*”, sino es, justamente, consagrar el retorno a la doctrina según la cual lo atinente a la validez de un allanamiento tildado de inconstitucional escapa a la jurisdicción y competencia de la Corte Suprema?

Pero como si hubiera advertido lo riesgoso de estas afirmaciones previas, el voto que comento finalmente sí ingresa en el análisis constitucional que en principio rechazó, sosteniendo que “*lo que resta determinar es, entonces, si la obligación de volcar los fundamentos del allanamiento en el auto y orden respectivos es, además de una obligación procesal, una exigencia constitucional contenida en la garantía de la inviolabilidad del domicilio*” (Ídem, considerando 18).

Y finalmente, como en una suerte de juego de dominó de difícil reconstrucción, este voto anuncia que la garantía de la inviolabilidad del domicilio se ve satisfecha cuando los motivos para el allanamiento surgen del expediente mismo, más allá de la eventual infracción procesal. Vale decir, sí se cumpliría con el requisito de “*justificativos*” para un allanamiento de que habla el art. 18 de la Constitución, si tales justificativos pueden desentrañarse del expediente tramitado hasta el momento de la expedición de la

---

<sup>29</sup> Ver nota 20.

orden, con independencia de que la orden en sí misma aparezca privada de fundamentación.

Particularmente, creo que hubiera sido harto más sano que este voto consagrara directamente eso, en vez de intentar una peligrosa distinción entre recaudos procesales aparentemente no federales (y cuesta asignarle ese rango a algo tan trascendente como es la exigencia de orden judicial fundada), y lo que en definitiva sí habría sido elevado al rango de federal.

### *3.3. El voto restante de Highton y Fayt: cuestiones de hecho y prueba, resueltas sin arbitrariedad*

El voto restante, para completar los cuatro que permitieron que la sentencia se dicte, es el emitido por los Jueces Highton y Fayt y que, en realidad, propician la adhesión al dictamen del Procurador General. En lo que hace al agravio referido a la ausencia de orden judicial fundada, este voto lo descartó por considerar que *“las críticas traídas por los recurrentes no generan una controversia acerca de la interpretación o alcance de las garantías constitucionales que considera conculcadas..., por el contrario, sus argumentos se ciñen a cuestionar las razones por las que el a quo revocó la absolución resuelta en primera instancia, a partir del análisis de temas de hecho, prueba y derecho procesal cuya apreciación constituye, en principio, facultad propia de los jueces de la causa y ajena, por ende, a esta instancia de excepción...”* (citas omitidas; del dictamen del Procurador al que este voto remitió).

## **4. ¿Enseñanzas de “Minaglia”?**

Es claro que cuatro Jueces de la Corte propiciaron el rechazo del recurso del imputado, y hubo entonces una mayoría para decidir el caso. Lo que cuesta, y en un tema de esta trascendencia

se convierte en una oportunidad perdida, es hallar un criterio que nos pueda ser útil para el futuro.

Vale decir, ¿es o no una exigencia constitucional que las órdenes estén fundadas? Si tomamos las disidencias más lo que en definitiva dijeron los Jueces Lorenzetti y Argibay, parecería que sí estamos ante una exigencia constitucional, solo que los dos últimos Jueces entienden satisfecho ese recaudo cuando los “motivos” para el allanamiento aparecen en algún lado del expediente, aun cuando no en la orden. Y entonces, pero para esto no hay mayoría de cuatro, la falta de fundamentación en la orden misma no es constitucionalmente relevante y se trataría solo de una simple “infracción procesal”.

Pero, y con ello sigue esta suerte de dominó defectuoso, también es posible tomar algunos párrafos del mismo voto de Lorenzetti y Argibay, y unirlos al voto de Highton y Maqueda, para conformar una muy distinta mayoría de cuatro: La observancia del recaudo de orden judicial fundada, que aparece en muchos ordenamientos procesales del país, es una simple cuestión de hecho, prueba y derecho procesal, donde la interpretación que los tribunales de grado hagan de la misma, será final.

Vemos nuevamente que una notoria dispersión de votos en el seno de la Corte Suprema, incluso entre aquéllos que propiciaron la misma solución para el caso, lastima bastante más de lo que ayuda para el entendimiento de lo que la Corte se propuso decir.

## **V. “Gualtieri Rugnone de Prieto” (1 y 2)**

### **1. Introducción**

En el año 2009 la Corte Suprema dictó, en el mismo día, dos fallos sobre una cuestión de suma trascendencia y complejidad: la validez constitucional de extracciones compulsivas de sangre, por

un lado, y la de allanamientos domiciliarios y requisas de prendas y efectos en búsqueda de ADN, por otro. En especial, se discutió la validez de tales medidas si son practicadas respecto de personas mayores de edad no imputadas de delito alguno, con miras a un cotejo genético para el esclarecimiento de delitos graves, tales como el secuestro y supresión de estado civil<sup>30</sup>.

Para el dictado de estos dos fallos la Corte se tomó largo tiempo. El primer caso “Gualtieri”, publicado en Fallos: 332-1835, que versó sobre la validez de extracciones compulsivas de sangre, tuvo una circulación entre los Jueces de aproximadamente tres años<sup>31</sup>. El caso restante, publicado en Fallos: 332-1769, tuvo a su vez una circulación de algo más de un año<sup>32</sup>. Este segundo caso “Gualtieri” versó sobre la validez de métodos alternativos para la obtención de ADN de personas mayores edad no imputadas de delito, tales como un allanamiento domiciliario y una requisa.

Las medidas no sólo recaían sobre personas no imputadas, sino que se trataba en verdad de las eventuales víctimas de un posible secuestro y supresión de estado civil. En los dos casos ellas cuestionaron la validez de medidas de investigación dirigidas a la obtención de pruebas a ser utilizadas en contra de quienes consideraban sus padres, y con quienes habían desarrollado vínculos de especial afecto.

Cuando la Corte resolvió estos casos la expectativa generada tuvo que ver con lo siguiente. En lo relativo a extracciones

---

<sup>30</sup> Una de las facetas más dolorosas de haber puesto en funcionamiento durante los años 70 un sistema de búsqueda y detención de personas sospechadas de tener vínculos con organizaciones terroristas con total menosprecio del orden jurídico y de las garantías básicas de los individuos, fue la de haber permitido la apropiación de niños nacidos en cautiverio y haber facilitado su crianza por personas que no eran sus familiares legítimos. Semejante conducta aun proyecta consecuencias legales de muy difícil solución.

<sup>31</sup> El dictamen del Procurador General es de fecha 7 de septiembre de 2006 y el fallo de la Corte es del 11 de agosto de 2009.

<sup>32</sup> En este caso el dictamen del Procurador es del 12 de junio de 2008 y la sentencia de la Corte Suprema también del 11 de agosto de 2009.

compulsivas de sangre, interesaba saber si la Corte, con cambios en su composición, mantendría la doctrina fijada en el año 2003 en el caso “Vázquez Ferrá”<sup>33</sup>. Allí, con sustento en la garantía sobre la privacidad del art. 19 de la Constitución, la mayoría de los votos emitidos había considerado que los lazos afectivos que se desarrollan en el seno de una familia, unidos al derecho a la intimidad, volvía constitucionalmente inválido un procedimiento de extracción compulsiva como el cuestionado. En el caso había existido una sola disidencia, del Dr. Maqueda, pero varios de los firmantes de ese fallo (los Jueces Belluscio, López, Moliné y Vázquez no pertenecían ya al Tribunal al momento de resolverse “Gualtieri”).

Como tema ya novedoso, aunque relacionado con el anterior, la Corte debía pronunciarse sobre la validez de los métodos alternativos, y decidir igualmente si la base constitucional para el análisis de un caso y otro debía variar.

Para concluir esta reseña introductoria, en ambos casos los tribunales de grado habían autorizado las medidas impugnadas y los recursos extraordinarios fueron interpuestos por quienes aparecían como sus destinatarios.

## **2. “Gualtieri (1)” s/extracción compulsiva de sangre**

Nuevamente existió en el seno de la Corte una clara dispersión de votos.

a) Los Jueces Fayt y Petracchi, que en “Vázquez Ferrá” habían considerado inconstitucional la extracción compulsiva, se remitieron a sus votos en ese caso, sin mayor complejidad para el presente análisis. Vale decir, para estos Jueces toda extracción compulsiva de las alegadas víctimas resulta inconstitucional, y por eso votaron para que se revocara la sentencia en recurso.

---

<sup>33</sup> Fallos: 326-3758.

b) El voto de la Juez Argibay presenta alguna dificultad. En principio, parecería que su voto es análogo al de los Dres. Petracchi y Fayt, pues expresamente invoca el caso “Vázquez Ferrá” y expresamente manifiesta que coincide con la solución allí adoptada. Al hablar de “Vázquez Ferrá” dice:

*“En ese fallo se fijó un standard según el cual es constitucionalmente inválido obligar a una persona mayor de edad y presunta víctima de los mismos delitos que aquí se juzgan a someterse a la extracción de sangre, pues ello implica una invasión a la esfera de intimidad del individuo (art. 19 C.N.), dentro de la cual se encuentran los sentimientos hacia las personas a las que se les debe especial gratitud y a las que no se desea perjudicar. Coincido con la solución adoptada en ‘Vazquéz Ferrá’ en cuanto a la protección constitucional que tienen las personas, contra la realización compulsiva del estudio”* (Ver parte IV. 2 de su voto).

Si se toma en cuenta esta frase, y se la une al hecho de que la Juez Argibay (igual que los Dres. Petracchi y Fayt) votó porque se revoque la sentencia apelada, y concluyó que *“Emiliano Matías Prieto no puede ser forzado a someterse a la extracción sanguínea ordenada en autos”*, la cuestión debería presentarse como sencilla.

El problema surge cuando la Juez Argibay agregó en un pasaje posterior de su voto que *“la situación en análisis parece estar más vinculada con la vida privada protegida por el art. 18 de la Constitución”* (punto IV. 3). Y luego de decir eso, señaló que una consecuencia de encuadrar constitucionalmente el derecho a oponerse a la extracción compulsiva dentro del art. 18 C.N., es que dicha garantía admite que en ciertos supuestos el Estado pueda interferir en aspectos de la vida privada de una persona, posibilidad que, concluye la Dra. Argibay *“está dada por la necesaria intervención de un juez que deberá estimar si la medida es razonable, es decir, si tan grave interferencia en los derechos individuales está justificada...”* (ver apartado IV. 4 de dicho voto).



Ahora bien, si tomamos en cuenta que en “Gualtieri (1)” sí había existido una orden judicial para la extracción compulsiva de sangre y, además, que existían en autos suficientes razones para sospechar que podría haberse tratado de un caso de apropiación ilegal, esta suerte de aclaración de la Juez Argibay pierde buena parte de su razón de ser. En otras palabras, si con orden judicial fundada, como en este caso, igual Emiliano Prieto no debía ser forzado a una extracción compulsiva, según el propio voto de la Juez Argibay y de allí su remisión a la solución de “Vázquez Ferrá”, debe concluirse que este agregado produce mucho más confusiones que beneficios.

c) Con tres votos dirigidos a la revocación de la sentencia apelada, los faltantes para permitir una mayoría, pues también disponen “*revocar la sentencia apelada en cuanto ordena la extracción compulsiva de sangre del recurrente*”, son los emitidos por los Jueces Lorenzetti y Zaffaroni.

Este voto es muy largo, pero a los fines de este trabajo puede sintetizarse de la siguiente forma. Ni el Estado Nacional, ni sus órganos tales como el Ministerio Público, pueden exhibir un interés legítimo en que se someta a una persona mayor de edad no imputada –e incluso presunta víctima a una temprana edad del delito de secuestro–, al padecimiento de una extracción compulsiva de sangre, de la que puede resultar la obtención de prueba respecto de quien considera sus padres. Hacer eso sería como “victimizarla” por segunda vez. Ningún compromiso internacional que la Nación Argentina haya asumido de perseguir delitos graves, incluso los denominados de lesa humanidad, justifica violar de tal manera los derechos de estas presuntas víctimas del delito de apropiación. Hacer eso, concluye dicho voto, implicaría violar el principio constitucional que protege a las personas en la autonomía de sus decisiones<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> Este trabajo no pretende analizar la fuerza de cada uno de estos votos, ni su poder de convicción. Solo pretendo que se advierta que en un área de tanta trascendencia hubiera sido deseable que la Corte hablara a través de voces algo más uniformes, para poder entender al menos qué es lo que concretamente se decidió.

Pero al mismo tiempo, alguna solución debe encontrarse para la situación de los familiares de desaparecidos que buscan a su seres queridos y ellos sí, en opinión de este voto, exhiben un interés legítimo al menos comparable con el de aquellas presuntas víctimas.

Y para solucionar este dilema, los Jueces Lorenzetti y Zaffaroni proponen, en un voto balanceado, la siguiente solución. La extracción compulsiva, tal como ha sido dispuesta, debe revocarse, pues estos jueces encuentran que sólo la presunta víctima de su secuestro a una temprana edad, está pagando todos los costos de este verdadero drama humano.

Pero al mismo tiempo, anuncian que esa extracción sería posible siempre que, y bajo pena de nulidad en caso de inobservancia, se cumpliera con los siguientes recaudos: (i) la prueba obtenida no podría ser utilizada en contra de quienes han estado a cargo de la crianza de esa supuesta víctima; (ii) esta última tiene el derecho a conocer que tal prueba resultará inadmisibles, previo a requerirse su consentimiento para la extracción; y (iii) dicha presunta víctima tiene también el derecho de no conocer el resultado del análisis, si es ése su deseo.

Como la extracción dispuesta en este caso no observó ninguno de estos recaudos, entonces se la considera un acto violatorio de los derechos constitucionales de las alegadas víctimas y debe ser revocada.

d) Los votos restantes son de los Jueces Maqueda y Highton. Para ellos la extracción compulsiva es una medida de investigación válida en estas circunstancias, por lo que la sentencia impugnada debe ser confirmada.

### 3. ¿Hay mayoría en “Gualtieri (1)”? ¿Dónde está?

Construir una mayoría en “Gualtieri (1)” es trabajoso, pero posible. Aun prescindiendo del poco claro voto de la Juez Argibay, un principio jurídico de utilidad es el que dice que en los casos donde existe una Corte fragmentada, su “holding” debe buscarse en aquello en lo que, por mínimo que sea, una mayoría de jueces efectivamente concurre<sup>35</sup>.

En “Gualtieri 1” sin duda tenemos una mayoría de jueces (cuatro o cinco según que incluyamos o no la Juez Argibay), votando por revocar una medida de prueba inconstitucional. El “holding” sería que la extracción compulsiva, así como fue dispuesta, no puede ser autorizada. Ahora bien, otra solución, compatible con la anterior, es unir los votos de los Jueces Lorenzetti y Zaffaroni con los de Highton y Maqueda y crear un “holding” adicional y que podría enunciarse así. Highton y Maqueda autorizan la extracción sin restricciones y sus colegas Lorenzetti y Zaffaroni, con la observancia de ciertos recaudos. Con tales recaudos incluidos, hay un mínimo de acuerdo entre los cuatro, y entonces la extracción será posible.

Pero debe también concederse que cuando construir el “holding” de una sentencia, y sobre todo una importante, se vuelve una empresa tan trabajosa, la tarea cumplida por quienes la escribieron resulta como mínimo poco satisfactoria.

### 4. “Gualtieri (2)” sobre métodos alternativos

El resultado de “Gualtieri (2)” es, también en lo atinente a la conformación de posibles mayorías, altamente decepcionante.

---

<sup>35</sup> El principio, enunciado por Gillian Metzger, con cita del caso “Marks v. United States”, 430 US 188, 193, 1977, dice: “*holding is position taken by Justices concurring on narrowest grounds when the Court is fragmented*”. Ver su trabajo “*Unberdening the Undue Burden Standard: Orienting Casey Constitutional Jurisprudence*”, 94 Colum. L. Rev. 2025, 2031. Agradezco la generosidad de Julio Rivera (h) en acercarme este material.

a) Para empezar, el Juez Fayt no votó, sin que consten las razones de su abstención.

b) Los Jueces Highton y Maqueda, consecuentes con su postura de permitir incluso una extracción compulsiva de sangre, ningún obstáculo constitucional encontraron a que un examen de ADN de las presuntas víctimas de una apropiación se origine en un allanamiento domiciliario y requisas de material conteniendo ese ADN.

c) El Juez Petracchi, que había votado por la inconstitucionalidad de la extracción compulsiva en “Gualtieri (1)”, consideró que la situación de los allanamientos y requisas debía ser examinada bajo una óptica distinta. Ello pues, entendió, la medida impugnada no requería de la utilización de materia orgánica ni de la presencia física de su destinatario, lo que volvía la cuestión diferente desde la óptica constitucional. Por tal razón, al igual que los Jueces Maqueda y Highton, votó por la confirmación de la sentencia apelada.

d) Del otro lado del tablero, los Jueces Lorenzetti y Zaffaroni aplicaron a este caso la misma lógica de su voto balanceado de “Gualtieri (1)”. Esto es, no es válido hacerle soportar a la presunta víctima de una apropiación todo el peso del drama generado, y la medida ordenada —un entrecruzamiento de material genético obtenido en un allanamiento— puede disponerse “*con los efectos y consideraciones expresados precedentemente*” (ver parte final de su voto). Esto es, con los mismos recaudos anunciados en “Gualtieri (1): la imposibilidad de hacer valer el resultado del examen contra la familia de crianza, el derecho de esa presunta víctima de ser informada de esa imposibilidad, y el derecho a no conocer el resultado del análisis.

Justamente porque estos Jueces no están de acuerdo con una sentencia que admita esa medida de investigación sin la observan-

cia de tales recaudos, es que su voto aparece mencionado en la propia sentencia de la Corte como una “*disidencia parcial*”.

d) Con una fragmentación de tres votos haciendo lugar sin restricciones a la medida dispuesta y dos disidencias parciales (en cuanto aceptarían el examen, pero con condicionamientos no observados en el caso), el voto definitorio pasó a ser el de la juez Argibay.

Este voto fue útil para la resolución del caso, pues al declarar improcedente el recurso extraordinario interpuesto, se alcanzó una mayoría de cuatro votos que concurrieron en un resultado común. Así, la suma de las opiniones de los Jueces Maqueda, Highton, Petracchi, y ahora Argibay, permitió dejar subsistente la medida ordenada (entrecruzamiento de datos genéticos basado en elementos obtenidos de un allanamiento y requisita de las pertenencias del joven Prieto), y es por eso que estamos ante una sentencia válida.

Lo que no estamos, en cuanto se adviertan los fundamentos del voto de la Juez Argibay, es ante una mayoría de cuatro votos que permita adjudicarle al caso “Gualtieri (2)” autoridad de precedente.

En efecto, ya de arranque la Juez Argibay señala que “*debe anticiparse que el recurso extraordinario presenta diversos defectos que obstan a su admisión*” (ver cons. 3º). Luego de ello este voto critica que el recurrente haya entendido que los principios del caso “Vázquez Ferrá” (que versó sobre la validez de una extracción compulsiva de sangre) puedan serle derechamente aplicados al caso, que se refiere a material de ADN obtenido de una requisita y un allanamiento. En palabras de la Dra. Argibay: “*(E)l reclamo para que sean tratados de idéntica manera debe estar acompañado de una sólida argumentación que logre explicar con éxito por qué, pese a las diferencias, ambos casos deben analizarse con idéntico criterio, recaudo que como ha quedado explicado, el recurrente está lejos de cumplir*” (ídem).

Otros pasajes del voto de la Juez Argibay son en la misma dirección: críticas al recurrente por haber pretendido la aplicación al caso de la doctrina de “Vázquez Ferrá”, sin hacerse cargo de las diferencias entre este caso “Gualtieri” y el que se cita como precedente. El párrafo final que así lo expresa dice:

*“Las medidas de prueba dispuestas por la jueza federal (allanamiento, secuestro, estudio pericial genético) están previstas por normas constitucionales y procesales vigentes y...resultan, en principio válidas. Quien pretenda revertir esta presunción deberá aportar argumentos sólidos y razonables que lleven a la conclusión de que en el caso la regla no se ha cumplido y que la medida dispuesta resulta inconstitucional. Como ha quedado demostrado, lejos ha estado el recurrente de cumplir con tal cometido, y ello sella la suerte de su recurso”* (cons. 3º in fine).

Por si quedaran dudas de que este voto no contiene un análisis federal sobre las cuestiones planteadas y es simplemente un rechazo de los planteos del recurrente por falta de debida fundamentación, la conclusión de la Juez Argibay es:

*“Las consideraciones expuestas en el apartado anterior demuestran que, más allá de las normas constitucionales invocadas y las afirmaciones que se hacen en la presentación, el recurso no plantea caso federal alguno que deba ser analizado por esta Corte. Corresponde, en consecuencia..., declarar improcedente el recurso extraordinario”* (cons. 4º).

## **5. Ausencia de mayoría en “Gualtieri (2)”**

El repaso de los votos de “Gualtieri (2)” muestra que ninguna de las posturas allí expuestas logró la adhesión de cuatro jueces que, además de concurrir en el resultado, concurrieran a su vez en los fundamentos.

En el mundo jurídico anglosajón lo ocurrido en este caso sería conocido como una “*opinión plural no mayoritaria*”. Santiago Legarre, en su obra “Poder de Policía y moralidad pública”<sup>36</sup>, explica correctamente el funcionamiento de un tribunal colegiado como la Corte Suprema de los Estados Unidos, regido por principios semejantes al de la nuestra. En otro trabajo<sup>37</sup> el citado autor señala que “*se dan casos en los que no logra congregarse una mayoría en torno a un razonamiento, porque los jueces no se ponen de acuerdo. Para destrabarlos, el sistema autoriza la resolución de los casos mediante la concurrencia de una mayoría en el resultado. Los distintos votos que concurren en el resultado son conocidos como ‘votos concurrentes’, y cuando están firmados por más de un juez se los denomina ‘plurality opinions’ (votos concurrentes plurales). Los votos concurrentes, sean individuales o plurales, por definición no son votos mayoritarios, por lo cual el razonamiento que contienen carece de fuerza de precedente y, por consiguiente, no generan obligación de seguimiento*”<sup>38</sup>.

## VI. Palabras finales

Creo haber suministrado al lector que me haya acompañado hasta aquí diversos ejemplos de prácticas de la Corte Suprema que me causan preocupación. No desearía ser injusto con el Alto Tribunal y decir cosas altisonantes, tales como que ella no está cumpliendo eficazmente su misión. Además, no es ciertamente

---

<sup>36</sup> Ed. Abaco, Buenos Aires, 2004.

<sup>37</sup> “Redescubriendo el quórum en la Corte Suprema: la ley 27 y su antecedente estadounidense”.

<sup>38</sup> Ver la obra citada en la nota 36, pág. 167/169. Ver igualmente su cita del trabajo “*Note, State Court is not bound by 4-3 decisions of the United States Supreme Court*”, 83 Harvard Law Review 1307. Dado que la Corte Suprema estadounidense se compone de nueve miembros, es claro que un criterio de solo cuatro votos no alcanza para conformar un verdadero precedente. Algo similar es lo sucedido con este caso “Gualtieri (2)”, donde sólo se alcanzó una mayoría de tres votos sobre el fondo de la cuestión.

imputable a pereza que hay fallos que terminan resolviendo muy poco o, en todo caso, solo lo indispensable para que la Corte dicte una sentencia válida, pero no mucho más que eso. Es que, en ocasiones, sus integrantes pecan más por exceso que por defecto, al escribir demasiado sin tomar en cuenta si lo que escriben será efectivamente aceptado por otros.

Es cierto que sus votos muchas veces revelan preocupaciones interesantes por echar luz sobre ciertas áreas del derecho, pero, también es cierto que, en ocasiones, parece olvidarse que la misión de los jueces de la Corte Suprema es la de dictar sentencias, y no la de ilustrarnos, a la manera de un artículo doctrinario, sobre lo que ellos piensan de un tema jurídico en particular.

Los hombres de derecho aguardan ansiosos los pronunciamientos del Alto Tribunal, como cabeza de uno de los poderes del Estado. Esos pronunciamientos deben servir de guía para los justiciables, para los demás integrantes del Poder Judicial y, *at last but not least*, para los miembros de los otros poderes.

Toda esa expectativa se ve muy desdibujada si, luego de que la Corte ha hablado, nos resulta muy difícil reconstruir qué es aquello que sus miembros quisieron exactamente decir.









