

**JUSTICIA CONSTITUCIONAL
Y DERECHOS FUNDAMENTALES**
FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

2010

**JUSTICIA CONSTITUCIONAL
Y DERECHOS FUNDAMENTALES**
FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

2010

Editores

Víctor Bazán

Claudio Nash



Centro de Derechos Humanos
Facultad de Derecho
Universidad de Chile



Konrad
Adenauer
Stiftung

La Corte Suprema argentina y algunos fallos relevantes en materia de derechos fundamentales en el período 2009-2010

Víctor Bazán *

I. CONTEXTO

En el período comprendido en esta reseña (segundo semestre de 2009 y primer semestre de 2010) se reitera la tendencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN o Corte), órgano máximo de justicia constitucional en el país, en punto a describir una trayectoria evolutiva de protección de los derechos fundamentales, resolviendo —en general— de manera adecuada algunos casos difíciles.

Aunque más allá de ello, no puede dejar de alertarse acerca de ciertos hechos preocupantes que se patentizan en el escenario jurídico-político argentino. Nos referimos, para ejemplificar, a las dificultades que el alto tribunal afronta para el cumplimiento operativo de algunos de sus pronunciamientos, v. gr., en el caso *Mendoza* relativo a materia ambiental, sobre el que diéramos cuenta en la anterior publicación de esta colección;¹ una abierta desobediencia de las autoridades de la provincia de Santa Cruz —con algo más que un guiño respaldatorio lanzado desde el Poder Ejecutivo Nacional (PEN)— respecto de las claras órdenes dictadas por

* Profesor titular de Derecho Constitucional y director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Profesor del Curso Intensivo de Posgrado 2011 en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires (UBA).

1 *Mendoza, Beatriz S. y otros c/ Estado Nacional y otros*, de 8 de julio de 2008 (*Fallos*, 331:1622). Véase al respecto Víctor BAZÁN: «Justicia constitucional y protección de los derechos fundamentales en Argentina», en Víctor BAZÁN y Claudio NASH (eds.): *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela*, 2009. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2010, pp. 15-32.

la Corte en el caso *Sosa, Eduardo Emilio c. Provincia de Santa Cruz*,² al que nos referiremos con algún detenimiento en el número subsiguiente de esta publicación; la falta de observancia de las autoridades públicas a determinados pronunciamientos de la CSJN en una materia tan sensible como la movilidad de los haberes previsionales;³ o las amenazas no precisamente subliminales a los jueces inferiores a la Corte en punto a abrirles procedimientos de remoción (por medio de los respectivos jurados de enjuiciamiento) en caso de declarar la inconstitucionalidad de la ley n.º 26522,⁴ denominada «de servicios de comunicación audiovisual», normativa considerada clave por el PEN para continuar presionando a determinados medios de comunicación; etcétera.

En el marco de este necesariamente apretado señalamiento, solo presentaremos sumariamente algunos pronunciamientos de la CSJN en casos dilemáticos, como los que envuelven complejas problemáticas atinentes a la extracción compulsiva de sangre para la obtención del ADN en posibles hijos de personas desaparecidas forzosamente durante el funesto gobierno *de facto* discurrido entre 1976-1983; la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la incriminación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal; la tensión entre el derecho a la vida y el interés del Estado en la persecución de los delitos; y ciertas cuestiones atinentes a la validez constitucional de la citada Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual.

2 Sucintamente mencionaremos que la cuestión se generó cuando el Poder Legislativo de esa provincia dictó la ley n.º 2404 (1995), por medio de la cual eliminó el cargo de procurador general ante el Tribunal Superior de Justicia, el que era ocupado en ese momento por el Sr. Eduardo Emilio Sosa, quien —de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución local— gozaba de estabilidad. Desde entonces, el Sr. Sosa se embarcó en una larga y penosa lucha judicial —que lleva más de una década y media— con sentencias del citado Tribunal Superior provincial, la CSJN y actuaciones en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Las autoridades provinciales se vienen negando sistemáticamente a cumplir los fallos de la CSJN, la que ha dado la razón a la postulación del Sr. Sosa y ha ordenado su restitución en el cargo que ostentaba.

3 Sobre la jurisprudencia de la CSJN en torno al tema de la movilidad de los haberes previsionales y otras cuestiones, véase Víctor BAZÁN: «La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales», en Víctor BAZÁN (dir.): *La judicialización de los derechos humanos*. Lima: Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos) - Ediciones Legales, 2009, pp. 257-300.

4 *Boletín Oficial* (BO) de 10 de octubre de 2009.

II. LOS FALLOS SELECCIONADOS Y SU IMPORTANCIA

1. Crímenes de lesa humanidad. Desaparición forzada. Derecho a la verdad. Pruebas para determinar la identidad

a. Apreciaciones contextuales en referencia a los fallos Gualtieri I y Gualtieri II

El sustrato de la cuestión que dio lugar a ambos pronunciamientos de la CSJN (de idéntica fecha: 11 de agosto de 2009) muestra que en definitiva se procuraba determinar la responsabilidad criminal de quienes hasta ese momento eran legalmente los padres de Emiliano Matías Prieto (EMP) y Guillermo Gabriel Prieto (GGP), presuntos hijos de personas detenidas ilegalmente, secuestradas y desaparecidas durante la última dictadura militar (1976-1983).

Los hasta entonces padres legales, Guillermo Antonio Prieto y Emma Elidia Gualtieri de Prieto, estaban imputados de haber participado en la maniobra por la que EMP y GGP fueron sustraídos cuando eran recién nacidos y, posteriormente, fueron alteradas sus respectivas identidades.

Concretamente, se investigaban los delitos de sustracción, retención y ocultamiento de menores de diez años, supresión o alteración de la identidad de un menor de diez años y falsedad ideológica de instrumentos destinados a acreditar la identidad de las personas.

En particular, en *Gualtieri I* se analizaba la validez constitucional de la orden judicial de someter a EMP a una extracción compulsiva de sangre; y en *Gualtieri II* se examinaba la procedibilidad del secuestro (en cumplimiento de una medida de allanamiento del domicilio de GGP) de elementos que, como cepillos de cabellos y de dientes, permitieran establecer, mediante prueba biológica, la identidad de la presunta víctima.

b. Gualtieri I

Se trata de la causa Recurso de hecho deducido por Emiliano Matías Prieto en la causa Gualtieri Rugnone de Prieto Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años (causa n.º 46/85 A)»-⁵ La secuencia del proceso indica que la jueza de primera instancia había ordenado a EMP comparecer al Hospital Durand para

5 Identificada en la CSJN como G.291.XLIII, registrada en *Fallos*, 332:1835.

someterse a la extracción de una muestra de sangre. Aquel apeló el fallo, recurso que le fue denegado, por lo que interpuso una queja ante la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, la que también fue rechazada. Contra este decisorio, EMP dedujo recurso extraordinario que, al ser desestimado, motivó la presentación directa ante la CSJN. Este tribunal, por mayoría,⁶ revocó la sentencia apelada.

La discusión se centraba en la constitucionalidad de la procedencia de extracción compulsiva de sangre al supuesto sujeto apropiado, con el objeto de obtener una muestra que permitiera establecer los vínculos biológicos.

La Corte sintetizó «provisoriamente» la tensión extrema de valores y principios, del modo que sigue: a) se había cometido un crimen de lesa humanidad y se seguía cometiendo hasta el momento de la sentencia, dada su naturaleza permanente; b) el Estado tenía el deber de sancionarlo, pero al mismo tiempo no era ajeno a su comisión y a la demora de tres décadas en penarlo y en quebrar su continuidad; c) el paso del tiempo había producido efectos en todas las víctimas y la persecución a ultranza del crimen podía acarrear lesiones de carácter irreparable al derecho de la presunta víctima secuestrada, y d) la no investigación del crimen podía lesionar el derecho legítimo a la verdad de las otras víctimas, que eran los familiares del secuestrado y deudos de sus padres (consid. 4°).

Como consecuencia del escenario descrito, el tribunal puntualizó que debía realizar un «juicio de ponderación que mida con extremo cuidado el peso de cada principio en el caso concreto» (cursivas añadidas, consid. 5°).

Entre diversos argumentos, la CSJN —en la moción mayoritaria— entendió que la garantía protegida en el caso de quien, siendo adulto, se niega a una extracción de sangre, es la autonomía en la esfera de la individualidad personal protegida por el artículo 19 de la Constitución nacional⁷ (en adelante CN, consid. 15).

Luego de depurar el marco de tensión de valores y principios sostuvo que «el conflicto a resolver se suscita entre los derechos igualmente legítimos de dos categorías de sujetos pasivos: los de la supuesta víctima secuestrada y los de sus supuestos parientes biológicos» (consid. 17). Al hilo de ello precisó que surgía un

6 La mayoría estuvo compuesta por los doctores Lorenzetti y Zaffaroni; por sus votos se pronunciaron individualmente los ministros Fayt, Petracchi y Argibay; y en sendas disidencias lo hicieron los doctores Highton de Nolasco y Maqueda.

7 Norma que, en su parte pertinente, reza: «Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados [...]».

campo de tensión entre derechos de rango similar, ocurriendo el conflicto cuando la plena satisfacción de un derecho condujera a la lesión de otro igualmente protegido, lo que sucedía en el caso en cuestión pues «si se hace lugar a la búsqueda de la verdad perseguida por la familia biológica, se lesiona la autonomía personal de quien se niega a la extracción de sangre» (consid. 18). Así, a criterio de la mayoría, «la dogmática deductiva no brinda soluciones y debe recurrirse a la ponderación de principios jurídicos» (ídem).

En otras consideraciones, sostuvo que:

- la coerción física sobre la víctima presuntamente secuestrada se evitaría si se agotasen previamente las posibilidades de tomar las muestras de manera no invasiva en el cuerpo de esta (consid. 20);
- la familia biológica «acabaría con su angustia conociendo que el resultado de la prueba fuese positivo en cuanto indicador del vínculo, o sea, que con la comunicación de este resultado quedaría garantizado su derecho a la verdad y desde que adquiriese ese conocimiento también para la familia biológica cesaría la comisión del delito» (consid. 21);
- la víctima secuestrada podría o no informarse de este resultado y, aunque de todas maneras fuese enterada de su identidad, esto no aumentaría el daño psicológico que ya le causaba la propia sospecha o la certeza de que no guardaba vínculo biológico con su familia de crianza (consid. 22); y
- que «ante la evidente imposibilidad de borrar los efectos del tiempo y de eliminar el pasado y ante la tremenda gravedad del conflicto axiológico que esta decisión plantea y el enorme abanico de posibles hipótesis en los casos conocidos y en los que puedan conocerse en el futuro, entiende la jurisdicción haber agotado en esta instancia los recursos jurídicos para hallar la solución menos lesiva, aunque no descarta que ante la pluralidad de lamentables situaciones creadas deba en el futuro evaluar nuevas hipótesis que la imaginación no permite concebir desde la perspectiva de los casos conocidos» (consid. 26).

En suma, por mayoría, dejó sin efecto la sentencia recurrida en cuanto ordenaba la extracción compulsiva de sangre de una persona *mayor de edad* (tema sobre el que volveremos), presunta víctima del delito de sustracción de menores y supresión de estado civil —ocurridos durante la última dictadura militar—, para averiguar su

identidad, toda vez que en la causa no se habían agotado las posibilidades de obtener material genético por medios menos lesivos que la intervención física sobre la víctima, por lo cual resultaría violado el criterio de menor ofensividad (ver consid. 27).

c. Gualtieri II

Se refiere a la misma causa *Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años*.⁸ La plataforma fáctica de la causa muestra que, a partir de un informe del Banco Nacional de Datos Genéticos que indicaba la posibilidad de determinar el ADN por medios alternativos a la extracción sanguínea, la jueza dispuso un allanamiento en el domicilio de GGP para secuestrar diversos efectos de su pertenencia y, cumplida tal medida, ordenó la realización de un estudio pericial sobre los elementos secuestrados tendiente a la obtención de muestra de ADN para los pertinentes estudios de histocompatibilidad.

Contra ese fallo, GGP articuló reposición con apelación en subsidio, que fue rechazada, lo que generó la queja por apelación denegada, que resultó admitida por la Cámara aunque esta desestimó la apelación, confirmando así lo decidido por la magistrada de primera instancia. Contra esta decisión, GGP planteó recurso extraordinario federal que, por mayoría,⁹ fue desechado por la CSJN, dejando firme la sentencia atacada.

Sucintamente presentada la cuestión, el voto que se impuso puede condensarse como sigue:

- los derechos civiles, políticos y sociales que la Constitución Nacional consagra están sujetos a limitaciones o restricciones tendientes a hacerlos compatibles entre sí y con los que corresponde reconocer a la comunidad. Así, tanto el derecho a la intimidad —tutelado por el artículo 19 de la CN—, cuanto los demás, «deben *ponderarse* tanto a la luz de los diversos derechos consagrados por el texto, como en relación con las facultades estatales de restringir su ejercicio, en un marco razonable, para la necesaria eficacia en la persecución del crimen» —énfasis agregado— (consid. 11);

⁸ *Fallos*, 332:1769.

⁹ Los posicionamientos en el tribunal fueron los siguientes: encabezando el fallo, la moción de la doctora Highton de Nolasco; el ministro Maqueda en voto concurrente; los doctores Petracchi y Argibay en disidencias parciales individuales; y los ministros Lorenzetti y Zaffaroni en disidencia parcial conjunta.

- en el caso aparecían enfrentados principios y derechos constitucionales de similar jerarquía, circunstancia que obligaba a los jueces a *ponderar* con extrema prudencia los valores e intereses que coexistían, con el fin de arribar a una solución que conjugara de manera armoniosa aspectos propios de la esfera de la intimidad de las personas, con otros que la trascendían, y acababan por interesar a la sociedad toda (consid. 13);
- se hacía necesario encontrar un punto de equilibrio para «determinar de qué manera puede *materializarse el derecho a la verdad* sin lesionar los derechos de persona alguna o bien, en su caso, a costa de una mínima lesión de las garantías de quienes en la especie son víctimas involuntarias de los hechos» —remarcado agregado— (consid. 14); y
- que «no se observa que la medida en cuestión ocasione la afectación de derechos fundamentales, tales como la vida, la salud, la integridad corporal o la intimidad, ya que las muestras han sido tomadas sin invadir el cuerpo del recurrente, es más, sin siquiera contar con su participación activa, y su utilización tiene por fin la tutela del interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, a través del procedimiento penal, que no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia» (consid. 15).

En síntesis, y a los fines de determinar si el recurrente es hijo de personas desaparecidas durante el último gobierno *de facto*, consideró adecuada la resolución que ordenó el citado allanamiento por cuanto la medida se presentaba como un medio dotado de absoluta idoneidad para arribar a la verdad material, dado el elevado grado de certeza que brindaba, lo que permitía llegar a la verdad objetiva de los hechos investigados en la causa, y terminar con las angustias de quienes aparecían como víctimas del hecho investigado, consagrando el derecho a la verdad y cumpliendo además la obligación del Estado de proteger a las víctimas e investigar y perseguir delitos de extrema gravedad que —como en el caso— habían tenido una honda repercusión social en los últimos tiempos.

Estimó que tal medida no afectaba sustancialmente los derechos a la vida, a la salud, a la integridad corporal y a la intimidad de GGP, ya que existían indicios suficientes que avalaban su producción, guardaba inmediata vinculación con el objeto procesal materia de la causa, resultaba propia del proceso de investigación penal, aparecía como idónea para alcanzar la verdad material de los hechos investigados y porque, además, ni siquiera involucraba acción alguna del apelante, en tanto las muestras a

utilizarse en el examen de ADN habían sido tomadas a partir de una recolección indirecta, ya que al momento de incautarse se hallaban desprendidas de su cuerpo.

d. Consideraciones finales sobre el tema

1. La mayoría de edad del recurrente, considerada en *Gualtieri I*, no es un dato menor ni irrelevante. Es que la causa en cuestión había pasado por la Corte varios años atrás resolviéndose en esa oportunidad que el presunto secuestrado, por entonces menor de edad, *debía ser sometido compulsivamente a la extracción de una muestra de sangre para establecer su identidad*. A pesar del tiempo transcurrido hasta el regreso del expediente a la Corte, la medida no se había efectivizado, variando la situación pues el presunto secuestrado ya era sobradamente mayor de edad y, por ende, se hallaba en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos, y continuaba manifestando su voluntad contraria a aquella medida.
2. Debe recordarse que en una causa anterior *Vázquez Ferrá, Evelyn Karina s/ Incidente de apelación*,¹⁰ de 30 de septiembre de 2003, que se originara en la querella deducida por la madre de una persona desaparecida durante la citada y aciaga dictadura militar, la CSJN —por mayoría—¹¹ sentó el criterio de conformidad con el cual *se encuentra justificada la negativa de una persona mayor de edad a someterse a la extracción de sangre como medio de prueba para establecer su verdadera identidad*, dado que ello posibilitaría condenar a quienes consideraba sus verdaderos padres y la ley procesal autorizaba a proteger.
3. Al parecer, en algún punto la doctrina sentada en *Vázquez Ferrá* pareciera haber sido modificada en *Gualtieri I*, desde que si bien el tribunal justificaba la negativa del presunto hijo de desaparecidos a someterse a la prueba referida, mayor de edad al momento de la sentencia, en *Gualtieri II* deja abierta la posibilidad de que el examen de histocompatibilidad se lleve a cabo por otros medios no invasivos.

¹⁰ *Fallos*, 326:3758.

¹¹ La mayoría estuvo compuesta por los doctores Belluscio y López; en voto concurrente conjunto lo hicieron los ministros Petracchi y Moliné O'Connor; en voto individual concurrente —aunque prácticamente idéntico al de los dos ministros mencionados en último término— se pronunció el doctor Fayt; en sendas mociones individuales en concurrencia lo hicieron los doctores Boggiano y Vázquez; y finalmente, en disidencia parcial se expresó el ministro Maqueda.

4. En ambas sentencias *Gualtieri* el tribunal parte del presupuesto básico que indica que todos los derechos consagrados constitucionalmente ostentan a priori análoga jerarquía, por lo que decidió acudir al mecanismo de la *ponderación* de tales derechos o principios fundamentales en pugna. Dicho temperamento no habilita a predicar de aquellas resoluciones que hayan fijado parámetros definitivos y de validez universal, sino respuestas específicas para los casos juzgados, pudiendo variar esas soluciones al ritmo de la mutación de las circunstancias fácticas que tipifiquen las nuevas hipótesis que en el futuro pudieran presentarse.

2. Tenencia de estupefacientes para consumo personal. El caso Arriola, Sebastián y otros s/ causa n.º 9.080¹²

Al resolver este caso, el 25 de agosto de 2009, la Corte dio un nuevo giro a su pro-teica jurisprudencia en torno al controversial tema de la validez constitucional de la figura legal que sanciona la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Esto es, si tal incriminación afecta el principio de reserva o intimidad contenido en el nombrado artículo 19 de la CN.

Sin duda, y como anticipábamos, el movimiento jurisprudencial al respecto ha sido pendular, pues en *Colavini, Ariel Omar*¹³ (de 28 de marzo de 1978) se pronunció a favor de la criminalización; en *Bazterrica, Gustavo M.*¹⁴ y *Capalbo, Alejandro C.*¹⁵ (ambos de 29 de agosto de 1986), por mayoría¹⁶ se separó de tal doctrina; y en *Montalvo, Ernesto A.*¹⁷ (de 11 de diciembre de 1990) retomó —mayoritariamente—¹⁸ a la posición favorable a la incriminación de la tenencia para consumo personal.

Justamente en *Arriola* vuelve a mudar de rumbo, retornando a la doctrina de *Bazterrica*. Es importante señalar que la Corte¹⁹ destacó que «una de las pautas

¹² *Fallos*, 332:1963.

¹³ *Fallos*, 300:254. Votaron coincidentemente los ministros Gabrielli, Rossi, Frías y Daireaux.

¹⁴ *Fallos*, 308:1392.

¹⁵ *Fallos*, 308:1392.

¹⁶ En ambos casos los alineamientos fueron los siguientes: la mayoría se integró con los ministros Belluscio y Bacqué; en voto concurrente se expidió el doctor Petracchi; mientras que en disidencia conjunta lo hicieron los doctores Caballero y Fayt.

¹⁷ *Fallos*, 313:1333.

¹⁸ La mayoría se integró con los doctores Levene (h.), Cavagna Martínez, Barra, Nazareno, Oyhanarte y Moliné O'Connor; en voto concurrente se pronunció el ministro Fayt; y en sendas disidencias se expidieron los jueces Belluscio y Petracchi.

¹⁹ La posición que encabeza el fallo fue suscrita por los doctores Highton de Nolasco y Maqueda; al tiempo que en votos concurrentes individuales se pronunciaron los ministros Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Zaffaroni y Argibay.

básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue el de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (artículo 75, inciso 22). Así la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones».

Asimismo, enfatizó que «este último acontecimiento histórico ha modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la política criminal del Estado, que le impide sobrepasar determinados límites y además lo obliga a acciones positivas para adecuarse a ese estándar internacional».

Subrayó que «no hay dudas [de] que en muchos casos los consumidores de drogas, en especial cuando se transforman en adictos, son las víctimas más visibles, junto a sus familias, del flagelo de las bandas criminales del narcotráfico», por lo que no parecía «irrazonable sostener que una respuesta punitiva del Estado al consumidor se traduzca en una revictimización» (consid. 19).

En síntesis, en un fallo que despertó varios interrogantes y polémicas (también numerosas adhesiones) recurrió argumentalmente —*inter alia*— a los siguientes nutrientes para sustentar su razonamiento: a) que la incriminación del consumo personal de estupefacientes no disminuyó la magnitud del consumo ni del comercio de estos (consid. 14); b) a la importancia del principio de dignidad del hombre (consid. 18); y c) al principio *pro homine* (consid. 23). Así, sustentándose en lo resuelto en *Bazterrica*, declaró la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley n.º 23737,²⁰ por conculcar el artículo 19 de la CN, en la medida en que invadía la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales y «en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros» (consid. 36).

Por lo demás, exhortó a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento a los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el país.

Todas las referencias que se efectuarán en el texto corresponden a lo que podríamos llamar la moción mayoritaria, constituida por los ministros Highton de Nolasco y Maqueda.

20 BO de 11 de octubre de 1989.

3. Derecho a la vida vs. interés del Estado en la persecución de los delitos. El caso Baldivieso, César Alejandro s/ causa n.º 4733²¹

En octubre de 2002, el Sr. César Baldivieso sufrió una fuerte descompostura que lo obligó a concurrir a la guardia de un hospital en la ciudad de Salta (provincia del mismo nombre). Resultó que se había tragado 26 envoltorios de látex que contenían clorhidrato de cocaína, y que le causaron una severa obstrucción intestinal. Si bien pudo expulsar 13 envoltorios por la vía normal, hubo que recurrir a una cirugía para extraerle los restantes.

Presuntamente advertida por los facultativos, la policía recogió los envoltorios y el Sr. Baldivieso fue encausado, procesado y condenado por un tribunal salteño a prisión, multa, inhabilitación y accesorias como autor del delito de transporte de estupefacientes.

Planteado el recurso extraordinario, el mismo fue denegado. En consecuencia, el Sr. Baldivieso acudió en queja directamente ante la CSJN, que sin disidencias (con votos que discurren distintas sendas argumentales aunque la gran mayoría reenvía a la opinión del procurador general),²² el 20 de abril de 2010 admitió el planteo, anuló todo lo actuado y absolvió al recurrente del delito imputado.

Ponderando entre el derecho a la vida y el interés del Estado en la persecución de los delitos, y entre las pautas básicas que conformaron la argumentación de la Corte, cabe subrayar que

- en concreto y en el caso, el tribunal entendió que no se trataba de un conflicto entre la intimidad y el interés del Estado en la persecución de los delitos, sino «nada menos que [...] entre el derecho a la vida y ese interés del Estado» —pues el Sr. Baldivieso enfrentaba un riesgo cierto de muerte—, cualquiera fuera la gravedad de los delitos y sin que cupiera tomar en cuenta distinciones contenidas en disposiciones procesales, pues «esta ponderación no puede resolverse con otra base que la jerarquía de valores y bienes jurídicos que deriva de la propia Constitución Nacional».

21 Identificada como «Recurso de Hecho - B.436.XL».

22 El voto que encabeza el fallo fue suscripto por los doctores Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en voto concurrente conjunto se pronunciaron los ministros Highton de Nolasco y Petracchi y en concurrencia individual lo hizo la doctora Argibay.

- la Corte reafirmó la antigua línea jurisprudencial sentada por la Cámara del Crimen en el Plenario «Natividad Frías» (1966), porque más allá de las distintas razones de la concurrencia al hospital, en aquel como en este caso el procesado se hallaba en la disyuntiva de morir o de afrontar un proceso y una pena, frente al «inhumano dilema: la muerte o la cárcel»;
- reiteró que la «la dignidad de la persona es un valor supremo en nuestro orden constitucional, que es claramente personalista y que, por ende, impone que cualquier norma infraconstitucional sea interpretada y aplicada al caso con el entendimiento señalado por ese marco general»;
- que, «en consonancia con este, el principio republicano de gobierno impide que el Estado persiga delitos valiéndose de medios inmorales, como sería aprovecharse del inminente peligro de muerte que pesa sobre el procesado que acude a la atención médica, mediante la imposición de un deber al médico que lo convierta en un agente de la persecución penal del Estado»; y
- que el «argumento alguna vez esgrimido de que el riesgo de muerte inminente resulta de la propia conducta del procesado es insostenible, pues remite a un *actio libera in causa* que podría llevarse hasta cualquier extremo, dado que son excepcionales los riesgos que en alguna medida no sean previsibles y reconducibles a conductas precedentes».

4. Sobre la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual

a. *Thomas, Enrique c. Estado Nacional Argentino s/ Amparo*²³

El fallo fue pronunciado el 15 de junio de 2010 y la CSJN, por mayoría,²⁴ revocó la sentencia de segunda instancia (confirmatoria de la de primera) que concedió una medida precautoria solicitada por Enrique Luis Thomas (diputado nacional), ordenándose la suspensión de la aplicación y los actos de ejecución de la citada ley n.º 26522, de servicios de comunicación audiovisual, *normativa que*

²³ Causa «T.117.XLVI».

²⁴ La moción que encabeza la sentencia (a la que aludimos en el texto) fue suscrita por los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni. Por su parte, en sendos votos concurrentes se pronunciaron los ministros Petracchi y Argibay.

inocultablemente es considerada vital para los planes y estrategias político-partidistas del oficialismo gobernante.

En otras palabras, cautelar mediante, se suspendía la totalidad de los efectos de dicha ley con fundamento en presuntas irregularidades en el trámite parlamentario, lo que en la percepción del tribunal no respetaba el criterio de razonabilidad ni aparecía como un remedio proporcionado a la naturaleza y la relevancia de la hipotética ilegitimidad que se denunciaba, no solo por la falta de adecuación entre la violación constitucional alegada y la amplitud de la medida, sino también porque la suspensión de la vigencia de toda la ley con efecto *erga omnes* tiene una *significativa incidencia sobre el principio de división de poderes, por lo que su procedencia debía ser evaluada con criterios especialmente estrictos* (consid. 9.º).

Respecto de la legitimación activa del Sr. Thomas, la Corte sostuvo que «no es válida la posibilidad de suspender o incluso derogar una norma legal con efectos *erga omnes*, lo que sin duda no se ajusta al artículo 116²⁵ de la Constitución Nacional. Y ello, se torna más llamativo en el caso si se considera que el actor no representa a la Cámara legislativa que integra ni al pueblo de la Nación (lo que compete a la primera), por lo cual se arribaría [...] al irrazonable resultado de extender una medida judicial a sujetos que no solo no la han solicitado sino que, incluso, podrían no compartirla» (consid. 7.º). Agregó que «el modelo argentino es claramente el difuso o norteamericano en forma pura. En una acción como la precedente, ningún juez tiene en la República Argentina el poder de hacer caer la vigencia de una norma *erga omnes* ni nunca la tuvo desde la sanción de la Constitución de 1853-1860. Si no la tiene en la sentencia que decide el fondo de la cuestión, *a fortiori* menos aún puede ejercerla cautelarmente» (consid. 8.º).

Paralelamente a negar legitimación activa al diputado Thomas, la Corte entendió que la suspensión cautelar de la vigencia de una norma, dispuesta por un tribunal, presuponía que este se atribuyera la competencia para sentenciar en definitiva con idéntico poder, y, dado que ese poder no lo confiere la CN a ningún juez ni tribunal de la Nación, alterando gravemente el modelo de control constitucional de las leyes, *el caso reviste gravedad institucional suficiente a los efectos de la procedencia del recurso extraordinario federal*, con el fin de asegurar la vigencia del sistema consagrado en las normas de máxima jerarquía (consid. 8.º).

25 Cláusula que se refiere a las atribuciones competenciales de la CSJN y los tribunales inferiores de la Nación.

b. Grupo Clarín y otros S. A.²⁶

Este fallo, de 5 de octubre de 2010,²⁷ puede ser entendido como una suerte de contrapeso de lo resuelto en *Thomas*, intuyéndose una actitud componedora del tribunal en busca de un equilibrio de los —numerosos— intereses en juego. Así, rechazó el recurso extraordinario deducido contra la sentencia de la Sala I.^a de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, que confirmó parcialmente la sentencia de primera instancia que había admitido la cautelar solicitada por la actora para suspender a su respecto la aplicación de lo dispuesto en el artículo 161²⁸ de la citada ley n.º 26522.

Básicamente, la mayoría²⁹ entendió que no constituía sentencia definitiva o equiparable a tal, a los fines del recurso extraordinario federal, la resolución que suspendió la aplicación de la norma citada, cuyo alcance se encontraba limitado al actor, puesto que *no afectaba la aplicación general de la ley*, con lo cual *no se advertía la gravedad institucional* alegada por el recurrente (Estado nacional), «máxime si se repara en que no demostró —con el rigor que es necesario en estos casos— que el mantenimiento del pronunciamiento que ataca pueda, en las actuales circunstancias, paralizar u obstaculizar la aplicación general del régimen consagrado en la ley 26522» (consid. 5.º). En otras palabras, juzgó que no se había deducido un agravio suficiente que permitiera tener por acreditado que la resolución impugnada ocasionaba al Estado nacional un perjuicio que no fuera susceptible de reparación ulterior (íd. consid.).

²⁶ *Fallos*, 333:1885.

²⁷ Aunque el fallo no queda encuadrado específicamente en las pautas temporales que abarca esta reseña (ya que fue dictado en el segundo semestre de 2010), igualmente se lo ha incluido aquí pues representa una suerte de contrapeso político-jurídico de lo resuelto en *Thomas*.

²⁸ Tal precepto, bajo el rótulo de «Adecuación», establece en su párrafo 1.º: «Los titulares de licencias de los servicios y registros regulados por esta ley, que a la fecha de su sanción no reúnan o no cumplan los requisitos previstos por la misma, o las personas jurídicas que al momento de entrada en vigencia de esta ley fueran titulares de una cantidad mayor de licencias, o con una composición societaria diferente a la permitida, deberán ajustarse a las disposiciones de la presente en un plazo no mayor a un (1) año desde que la autoridad de aplicación establezca los mecanismos de transición. Vencido dicho plazo serán aplicables las medidas que al incumplimiento —en cada caso— correspondiesen».

²⁹ Votaron coincidentemente los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni; mientras que los ministros Petracchi y Argibay, conjuntamente y en línea concurrente con la decisión central desestimatoria propiciada por la mayoría, se limitaron sin mayor fundamentación a desestimar el recurso extraordinario en tanto no se dirigía contra una sentencia definitiva o equiparable a tal —artículo 14 de la ley n.º 48.

El voto mayoritario fue aún más allá, al señalar que si bien la medida no adelantaba decisión sobre la obligación de desinvertir fijada por el nombrado artículo 161, *ibídem*, suspendía el plazo de un año fijado por dicha norma. Agregó que si se tenía en cuenta que la medida se dictó «el 7 de diciembre de 2009 “hasta tanto recaiga pronunciamiento en la acción de fondo a promoverse”, podría llegar a presentarse una situación de desequilibrio», pues «si la sentencia en la acción de fondo demorara un tiempo excesivo, se permitiría a la actora excepcionarse por el simple transcurso del tiempo de la aplicación del régimen impugnado, obteniendo de esta forma por vía del pronunciamiento cautelar, un resultado análogo al que se lograría en caso de que se acogiera favorablemente su pretensión sustancial en autos» (consid. 7.º).

Además, y sustentándose en el voto concurrente de los jueces Cavagna Martínez, Barra y Fayt en *Fallos*, 314:1202,³⁰ llegó a indicar que, «para evitar ese efecto no deseado, se considera conveniente la *fijación de un límite razonable para la vigencia de la medida cautelar*. Si el tribunal de grado no utilizara *ex officio* este remedio preventivo, la *parte recurrente podría promover la solicitud de la fijación de un plazo*. Ello es así, pues si la índole provisoria que regularmente revisten las medidas cautelares se desnaturalizara por la desmesurada extensión temporal y esa circunstancia resultare frustratoria del derecho federal invocado, en detrimento sustancial de una de las partes y en beneficio de la otra [...], la parte afectada por aquel mandato tiene a su alcance las conocidas instancias previstas con carácter genérico por el ordenamiento procesal [...], y en su caso la del artículo 14 de la ley 48³¹ ante este estrado, la reparación del nuevo gravamen que se invoque» (énfasis añadido, *id.* consid.).

III. TELEGRÁFICO MENSAJE FINAL

De los fallos someramente revisados, y otros que por razones de brevedad no han podido ser incluidos en la presente reseña, nos da la impresión de que la CSJN intenta dar continuidad al proceso de afianzamiento de su legitimación social en el que está embarcada desde la renovación de sus filas en 2003-2004.

30 Caso *Astilleros Alianza S. A. c. Estado Nacional (P.E.N.) s/ Daños y perjuicios*, de 8 de octubre de 1991. Cabe recordar que la mayoría estuvo compuesta por los doctores Petracchi, Nazareno, Moliné O'Connor y Boggiano; en voto concurrente conjunto (citado en *Grupo Clarín*) se pronunciaron los ministros Cavagna Martínez, Barra y Fayt, y en disidencia lo hizo el juez Belluscio.

Debe advertirse que de todos los magistrados nombrados solo los doctores Petracchi y Fayt continúan actualmente (primer trimestre de 2011) formando parte del tribunal.

31 Publicada en el *RN* 1863-1869, p. 49.

De modo convergente, y en líneas generales, muestra un perfil prudentemente activista para resolver temas controversiales y dilemáticos en materia de derechos fundamentales, sirviéndose del mecanismo de ponderación de principios y valores constitucionales.

En esa línea, como se sabe, la ponderación —asociada al juicio de razonabilidad y particularmente al principio de proporcionalidad— constituye una vía adecuada para formular un «enunciado de preferencia condicionada» o trazar una jerarquía axiológica móvil,³² útil para los específicos casos concretos dirimidos pero que no impide al tribunal diseñar una respuesta distinta si en otros supuestos muda la plataforma fáctica delimitadora.

Asimismo, la Corte se presenta como un tribunal con dosis sustentables de confiabilidad que pareciera luchar por no sucumbir ante los embates y presiones, directos o indirectos, del Poder Ejecutivo nacional, tratando de conducirse con cautelosa entereza en sus siempre complejas relaciones con el poder político.

32 Véase, para ampliar, Luis PRIETO SANCHÍS: «El juicio de ponderación constitucional», en Víctor BAZÁN (coord.): *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, t. I, Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010, pp. 151-178.