

Título: Tenencia de drogas para uso personal y estabilidad de la jurisprudencia: "Colavini", "Bazterrica" ... ¿y la Corte actual "estará a lo decidido" en "Montalvo"?

Autor: Legarre, Santiago

Publicado en: LA LEY 2006-D, 299

Cita Online: AR/DOC/2254/2006

Sumario: SUMARIO: I. La selección de ciertos problemas, la exclusión de otros, y una transgresión cuestionable. — II. Los zigzagueantes antecedentes jurisprudenciales de "Thomas" y "Nonikov". — III. Los dos casos comentados: un valle de sombras. — IV. Un futuro incierto y crucial para saber quién es quién en la "nueva" Corte.

I. La selección de ciertos problemas, la exclusión de otros, y una transgresión cuestionable

El 9 de mayo de este año 2006 la Sala II de la Cámara Criminal y Correccional Federal, resolvió dos casos en materia de estupefacientes o drogas [\(1\)](#). Uno ("Thomas") es largo, el otro muy corto ("Nonikov"). Abordan dos tipos de cuestiones: por un lado, las hay de "filosofía moral, política y jurídica", "sociología", "teoría general del derecho", "teoría constitucional", "derecho penal" y "criminología"; por otro lado, estos fallos tratan acerca de la aplicación de esas teorías generales a un asunto concreto: la tenencia de estupefacientes para uso personal. Y entonces, relacionadas con esta aplicación, surgen preguntas más concretas —menos generales— como, por ejemplo: ¿debe sancionarse penalmente dicha tenencia?; ¿sería ésta una buena política criminal?; en caso afirmativo, ¿sería la ley que plasmase dicha política contraria al artículo 19 de la Constitución Nacional?...

Tanto las cuestiones generales, como su aplicación a este problema concreto de la tenencia de drogas para uso personal, merecen atención, y cuidadosa. Pero no todo lo deseable es posible, y menos en un comentario que debe tener una extensión limitada. Así que recurriré a dos artilugios cuestionables pero, creo, tolerables para un lector indulgente. En primer lugar, me ocuparé poco de la "aplicación" de la plataforma conceptual y teórica al caso de los estupefacientes; en cambio, me concentraré precisamente en esa plataforma, en los problemas teóricos y generales más significativos —no en todos, eso merecería y requeriría un libro, un libro largo—.

Segundo, por lo que diré a continuación, violaré el conocido mandato de evitar citarse a uno mismo [\(2\)](#). Casualmente, los problemas generales abordados en "Thomas" y "Nonikov", y su aplicación al asunto de las drogas, unen los dos extremos de mi vida académica. De un lado, mi primer artículo se tituló "Tenencia de estupefacientes para uso personal y derecho a la intimidad" [\(3\)](#); de otro, mis últimos trabajos —casi todos escritos en coautoría con Julio C. Rivera (h) [\(4\)](#)— tratan sobre un asunto que también está en el centro de los fallos de Cámara que comentaré: ¿Deben los tribunales inferiores seguir la jurisprudencia de la Corte Suprema? En casos como "Thomas" y "Nonikov", ¿está la Cámara obligada por el "precedente" "Montalvo" [\(5\)](#), o puede retomar la línea de "Bazterrica" [\(6\)](#) que, como veremos, le resulta preferible al Tribunal de segunda instancia aquí comentado? Así que, teniendo en cuenta una vez más la razonable limitación que me indicó la Directora de este Suplemento para la extensión de la nota, en numerosas ocasiones en lugar de desarrollar mis argumentos o posiciones remitiré a trabajos anteriores. Sin la lectura de esos lugares a los que remito, los puntos de vista que sostendré aquí pueden parecer dogmáticos y faltos de la consideración debida a opiniones divergentes. Confío en que la lectura de aquellos trabajos satisfaga esta objeción —lo cual, obviamente, no es equivalente a afirmar que las ideas que aquí sintetizaré, y que he desarrollado más extensamente en otros lugares, sean correctas: eso lo juzgará el lector—.

II. Los zigzagueantes antecedentes jurisprudenciales de "Thomas" y "Nonikov"

II.a De "Colavini", a "Bazterrica", y de "Bazterrica" a "G., A. M."

En 1978, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se encontró con una situación parecida a la que enfrentaron 28 años más tarde los camaristas federales Catanni, Luraschi e Irurzun en "Thomas" y "Nonikov". El Sr. Colavini había sido detenido por la policía mientras circulaba por una plaza "en razón de haberse secuestrado entre sus ropas dos cigarrillos que contenían ... 'marihuana'" [\(7\)](#).

La cuestión era entonces, en 1978, —y esencialmente lo es también ahora, en 2006— si la tenencia de estupefacientes para uso personal era (y es) una de las "acciones privadas de los hombres", reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados por imperio del artículo 19 de la Constitución Nacional. Si lo era, si lo es, su penalización sería inconstitucional; de lo contrario, podría sancionarse la conducta cuestionada de alguna manera razonable.

El art. 6 de la ley 20.771 (Adla, XXXIV-D, 3312), entonces vigente, establecía lo siguiente:

"Será reprimido con prisión de 1 a 6 años y multa de 100 a 5000 pesos el que tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieren destinados a uso personal".

La Corte, concordemente con lo dictaminado por el Procurador General de la Nación, declaró unánimemente que la tenencia de estupefacientes para uso personal no era una "acción privada" y coligió de ello que la conducta podía recibir un castigo de al menos seis años de prisión.

La lectura de la sentencia y, sobre todo, del dictamen del Procurador, Profesor Elías P. Guastavino —quien poco después integraría él mismo la Corte Suprema como juez—, son esenciales para comenzar a desenredar la madeja que se formaría en los años siguientes a 1978 y, más importante, para saber porqué la Corte, integrada en ese entonces por jueces de la talla de su Presidente, Adolfo Gabrielli, y de otros como el cultivado filósofo Abelardo Rossi, concluyó lo que concluyó.

Poco después de publicada la sentencia, Carlos Nino —un joven profesor interesado sobre todo en la filosofía práctica (i.e., moral, política y jurídica) y en el Derecho Penal—, publicó en *La Ley* un trabajo titulado sugestivamente: "¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de 'las acciones privadas de los hombres'?"⁽⁸⁾. Allí afirmaba que la Corte había tenido buenas razones para concluir que la tenencia de drogas para uso personal era constitucionalmente punible. Sin embargo, según Nino, "Colavini" fue, en última instancia, y a pesar de las concesiones implícitas a la sentencia que se desprenden de su artículo, una decisión desacertada⁽⁹⁾. El opúsculo de Nino, publicado en 1979, es seminal; no sólo porque da buenas razones para disentir parcialmente⁽¹⁰⁾ de lo resuelto por la Corte en "Colavini", sino también porque en los años por venir, y especialmente en y a partir del caso "Bazterrica", se convertiría en el principal aljibe del cual abreviarían todos los críticos de "Colavini" (y, más tarde, de "Montalvo", que en 1990 iba a resolver esencialmente lo mismo que había resuelto en 1978 "Colavini").

Por lo demás el fallo de la Corte generó mayormente aquiescencia o, más generalmente, "silencio de radio"⁽¹¹⁾, tanto en las publicaciones jurídicas como en los medios de comunicación. Hubo alguna excepción, como la de un juez penal de primera instancia, considerado un tanto díscolo en aquellos difíciles años del llamado Proceso: Eugenio Raúl Zaffaroni. Este juez, el mismo, claro está, que actualmente ocupa un sitial en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resolvía lo contrario que la Corte en "Colavini", aplicando la llamada "teoría de la insignificancia". No me quiero detener en ella, es un tema de dogmática penal que preferiría excluir de este artículo, por muchas razones. Pero la misma palabra "insignificancia" da la pista de la teoría: "si alguien tiene consigo cantidades insignificantes de drogas realiza una acción privada de las que el artículo 19 prohíbe penar ...".

Ocho años más tarde, la Corte volvió a enfrentarse con el problema de las drogas en el caso "Bazterrica"⁽¹²⁾. La cuestión a decidir era sustancialmente la misma de "Colavini", con una diferencia en los hechos: esta vez el infractor había sido detenido en su domicilio, en posesión de marihuana y cocaína⁽¹³⁾. El Procurador General de la Nación, Juan O. Gauna, dictaminó que había que "estar a lo decidido" en "Colavini" y elogió la línea argumental desarrollada en ese precedente⁽¹⁴⁾. Sin embargo, la Corte, integrada ahora por otros cinco jueces —mayoritariamente prestigiosos, como lo habían sido la mayoría de sus predecesores inmediatos— se apartó del dictamen de Gauna y resolvió lo contrario de lo que se había fallado en "Colavini", sosteniendo que la tenencia de estupefacientes para uso personal era una "acción privada de los hombres" y, de consiguiente, no podía ser penada. Por ello, en "Bazterrica" el art. 6 de la ley 20.771 fue declarado inconstitucional.

Nótese las siguientes diferencias entre "Colavini" y "Bazterrica". El primero fue un fallo unánime, que llamó poco la atención; el segundo fue decidido por ajustada mayoría de tres (Belluscio, Bacqué y, por su voto, Petracchi) contra dos (Caballero y Fayt)⁽¹⁵⁾, y recibió mucha atención de la prensa. Por otra parte, había transcurrido poco tiempo —ocho años apenas— entre los dos casos; sin embargo, a diferencia de lo que hizo el Procurador Gauna, los votos que integraron la estrecha mayoría apenas hicieron referencia a esa circunstancia. En otras palabras, y con la salvedad de algunos excursus de Petracchi, no se preguntaron (y obviamente no respondieron) preguntas como, por ejemplo: ¿Estamos obligados, como Tribunal, por lo decidido en "Colavini", un caso análogo al que hoy tenemos delante?; ¿incide en algo en la respuesta correcta a esa pregunta que la Corte tenga ahora una nueva composición?; o, más ampliamente, ¿estamos generalmente obligados a stare decisis, a estar a lo decidido, o eso es patrimonio exclusivo del common law, sistema con el cual supuestamente tenemos o poco o nada en común?...

Tampoco, en general, se hicieron cargo de estas preguntas los comentarios del caso "Bazterrica" publicados en nuestras revistas jurídicas. Los autores, en general, debatían sobre la cuestión de fondo —lo que en la sección introductoria he llamado la "aplicación"—, i.e., si la tenencia de drogas en cantidades mínimas y para uso personal era o no una acción privada protegida por el artículo 19; y, la otra cara de la moneda (aunque no sea, a mi juicio, una contra-cara plenamente simétrica), si podía penarse o castigarse de algún modo constitucionalmente válido esa conducta. Hubo defensas de las dos posiciones: la de la mayoría en "Bazterrica"⁽¹⁶⁾, y la de la disidencia⁽¹⁷⁾ en ese caso, que coincidía sustancialmente con lo que unánimemente se había decidido en 1978 en "Colavini".

Fue entonces, a poco de cruzar el ecuador de mis estudios de Derecho, cuando comencé a estudiar esta problemática, con vistas a escribir mi primer artículo académico. Me encontré así con el trabajo de Nino al que ya hice referencia, y comprendí su capital importancia, no solamente porque desnudaba los puntos flacos de la argumentación de "Colavini" sino también porque, al rescatar otros posibles criterios de justificación de sanciones para acciones "autorreferentes" (18), desnudaba también, por anticipado, algunas falencias que había de tener "Bazterrica". Descubrí, también, el fallo "G., A.M." (19), de 1988, y me pareció advertir que, en él, la Corte —i.e., los tres jueces de la estrecha mayoría que, es importante señalarlo, en este nuevo caso "G., A. M." votaban juntos: no hubo concurrencias— estaba borrando con el codo parte de lo que había escrito con la mano en "Bazterrica". No puedo ampliar acá (20), pero básicamente la mayoría de la Corte en "G., A. M." hizo algo parecido, aunque no igual, a lo que, como veremos, haría la sala II de la Cámara Federal en 2006 al decidir "Thomas" y "Nonikov": no dar una definición tajante del problema sino resolverlo "según las circunstancias y el contexto": según sean éstos, la tenencia de drogas para uso personal podrá o no ser constitucionalmente "interferida" por el gobierno, será o no una "acción privada".

No se volverá a decir, como parece surgir de algunas opiniones vertidas en los votos de "Bazterrica" (21), que tener drogas en cantidades mínimas para uso personal sea siempre una de las acciones privadas de los hombres reservadas por nuestra Constitución teísta a Dios. De "G., A. M." en adelante se empezará a usar, más bien, un criterio "prudencial". De igual modo, en ese caso parecieron quedar en el olvido los párrafos de los dos votos de "Bazterrica" que se referían al "estigma social causado al delincuente; el rótulo que se le aplica innecesariamente y que termina empujándolo a seguir delinquir; la falta de prueba de la eficacia de la incriminación" (22), y un largo etcétera.

Pero, me pregunté entonces y ahora: ¿Por qué? ¿Qué había cambiado? ¿Por qué no seguir tal cual con la línea —dura y blanda a la vez, dependiendo desde qué punto de vista se la analice— de "Bazterrica", una línea estilo "blanco o negro", que no admitía matices ni términos medios? Tal vez se debió a que la sentencia "Bazterrica" fue desobedecida por muchas Cámaras Federales y otros tribunales inferiores que, evidentemente, además de estar en desacuerdo con el contenido de "Bazterrica", no se "sentían" obligados a stare decisis, a seguir lo decidido en ese "precedente". El nuevo criterio más flexible, expresado en "G., A.M.", flexibilizaba también la relación con los tribunales inferiores, les daba más libertad de criterio que la pauta "blanco-negro" de "Bazterrica". Sin embargo, paradoja interesante, esto generó más revuelo jurisprudencial todavía: no solamente no había obligación de estar a lo decidido, lo decidido variaba según el contexto, era casi evanescente ...

II.b "Montalvo", la bestia negra de los negadores de la relevancia política de lo bueno y lo justo

Retomemos el relato. Después de que el art. 6 de la ley de estupefacientes fuera declarado inconstitucional en "Bazterrica" y, poco más tarde, en "G., A. M." (con el matiz ya explicado), entró en escena un personaje inesperado y tantas veces ausente, especialmente en estos días que corren desde hace unos 16 años: el Congreso Nacional. (En verdad ha estado bastante ausente, a veces por culpa ajena y otras con "culpa concurrente", desde 1930.) Descontento con la declaración de inconstitucionalidad de la ley de drogas 20.771, el Poder Legislativo desoyó buena parte de lo predicado por los tres pontífices de "Bazterrica", insistió con el núcleo de la ley de 1974 y sancionó en 1989 una nueva norma parecida a la anterior aunque no exactamente igual: la ley 23.737 (Adla, XLIX-D, 3692). Parecida porque, al igual que su antecesora, la que había sido declarada constitucional en "Colavini" e inconstitucional en "Bazterrica", la nueva norma penaba y pena la tenencia de estupefacientes para uso personal. Pero no igual, como se verá a continuación:

"Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes.

La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal" (23).

Así, con esta ley, que sigue hoy vigente, llegamos al caso "Montalvo", cuyos hechos difieren, pero no relevantemente (24), de los de "Colavini" y "Bazterrica". La Corte tenía ahora, ¡una vez más!, una nueva integración. Por un lado su número de miembros había aumentado de cinco a nueve por arte de Menem, facilitado por una "mayoría automática" en el Congreso (25), que aprobó la ley ampliatoria, 23.774 (Adla, L-B, 1256). Por otro lado, habían renunciado primero Caballero y, más tarde, Bacqué. Entonces, de los "viejos ministros", quedaban Belluscio, Fayt y Petracchi.

Pues bien, uno de los primeros casos resonantes de la Corte ampliada fue el de las drogas. Y las preguntas fueron, naturalmente: ¿Qué hacer? ¿Reiterar e imponer el criterio de "Bazterrica", y fulminar así la nueva ley de drogas 23.737? En otras palabras, ¿stare decisis in "Bazterrica" o regreso al trapassato de "Colavini", que tal vez nunca debió haber sido abandonado? ...

Algunas respuestas eran fáciles de adivinar: Belluscio lisa y llanamente votó por reiterar "Bazterrica" y

remitió a su voto mayoritario concurrente en ese caso, declarando así en "Montalvo" la inconstitucionalidad de la renovada penalización. Fayt, fuerte como siempre frente a posibles críticas —y las habría recibido de sus amigos progresistas como él por votar en disidencia en "Bazterrica"— también remitió a su voto (disidente) en ese caso de 1986. Hasta acá vamos 1-1. Petracchi, por su parte, también mantuvo la opinión que había asentado en "Bazterrica", pero no se limitó, como Belluscio, a remitir a su voto. Hizo uno nuevo, muy extenso.

Los "nuevos ministros", que integraron la mayoría, votaron en bloque, sin votos individuales —algo que dista años, considerado en sí mismo, de constituir una "mayoría automática"; tendrían que transcurrir todavía muchos episodios de la historia de la Corte para saber si los "seis" de la "Corte de los nueve"⁽²⁶⁾ constituirían o no una mayoría automática—. Simplemente votaron juntos y, en concordancia con lo dictaminado por el Procurador General de la Nación, Oscar Roger, resolvieron dar marcha atrás: volver a "Colavini" y dejar "Bazterrica" en el olvido, por considerarlo un mal fallo: "hard cases make bad law", parecieron decir sobre "Bazterrica" los seis, que sumaron también el "por su voto" de Fayt. Resultado de "Montalvo": 7 a 2, a favor de la constitucionalidad de la nueva ley penalizadora de la tenencia. (Recordemos que en "Colavini" se había decidido sustancialmente lo mismo por 5 a 0, mientras que en "Bazterrica", lo contrario, por 3 a 2.) La lectura del dictamen de Roger, del voto de la mayoría séxtuple, y del voto de Petracchi son otras piezas esenciales para seguir desenredando la madeja que nos permitirá entender mejor lo que acaba de ocurrir en 2006.

A poco tiempo de resuelto "Montalvo", asistí a una conferencia de Petracchi en la que opinó que las cosas habían cambiado en la Corte a partir del aumento del número de miembros y que, a partir de entonces —fines del 91—, él se "conformaría" con ser un disidente al estilo Justice Brennan ⁽²⁷⁾. Mientras Petracchi hablaba —contándonos, entre otras cosas, cómo entre 1983 y 1989, siendo Juez de la Corte, se había reunido periódicamente con el entonces Presidente Alfonsín para conversar acerca de la marcha del país—, le hice al juez un comentario y una pregunta:

"En su disidencia en 'Montalvo', Usted insiste en la importancia de la estabilidad de la jurisprudencia; explica que hay que seguir lo decidido en 'Bazterrica', le guste a uno o no este fallo. Lo reclama la seguridad jurídica; no puede ser que un cambio de 'personal' en el Tribunal conlleve automáticamente un cambio de un criterio jurisprudencial... Entonces: ¿Por qué no respetó en primer lugar Usted 'Colavini', fallo de cuyo contenido discrepaba pero que había sido dictado apenas hacía ocho años cuando Usted, junto con sus colegas Belluscio y Bacqué, decidieron dejarlo sin efecto en 'Bazterrica'?"

Esa fue mi pregunta. Y si bien la respuesta que transcribiré no es textual, todavía resuena en mis oídos: es envolvente la voz de quien es actualmente el Presidente de la que podría llamarse la "Corte de los Siete", aunque algunos más superficiales prefieran llamarla la Corte de los Kirchner. Esta calificación, además de padecer de los defectos de todo rótulo, es prematura: hay que darle tiempo a esta Corte.

Dijo esencialmente dos cosas Petracchi y casi no hubo titubeo en su contestación. Por un lado, "Colavini" era un fallo de la "Corte del Proceso", con todo lo que ello significaba, subrayó. (Esto de etiquetar Cortes, pienso hoy, a 15 años de este diálogo, es un cuento de nunca acabar, además de una simplificación burda.) Por otro, continuó, aquél era un fallo que restringía derechos, mientras que "el nuestro" ("Bazterrica") los ampliaba. En la disidencia de Petracchi en "Montalvo" flotan estas ideas ⁽²⁸⁾, junto con otras menos originales, tomadas del derecho estadounidense ⁽²⁹⁾; pero yo nunca las leí con la claridad con que las escuché esa noche de verano.

Por razones que expresé en mi comentario a "Montalvo"⁽³⁰⁾, creo que en cuanto al fondo la mayoría tiene razón; y se equivoca nuevamente Petracchi en su disidencia, como ya se había equivocado al hacer su voto concurrente en "Bazterrica". Muy resumidamente: por algunos de los motivos alegados por la mayoría de la Corte y, sobre todo, por las razones dadas por el Procurador Roger en su dictamen, el artículo 14, segundo párrafo, de la Ley 23.737 no es inconstitucional, y la Constitución Nacional, al proteger las acciones privadas de los hombres (y mujeres) en su artículo 19, lo hace de modo tal que esta acción —tener drogas para uso personal en cantidades mínimas— no tiene, ipso iure, protección constitucional. Ello es así por razones de moralidad pública y, sobre todo, de salud pública; en última instancia, gravita el bien común, que es el bien de todos, también del que se droga. No puedo explayarme aquí y nuevamente acudo a las remisiones ⁽³¹⁾.

¿Y qué decir de la estabilidad de la jurisprudencia? En líneas generales, lo mejor —principalmente por razones de justicia ⁽³²⁾, aunque también para preservar la seguridad jurídica ⁽³³⁾— es, en principio, estar a lo decidido: stare decisis (en este caso, "stare decisis horizontal") ⁽³⁴⁾. Sin embargo, hay excepciones, como bien explica la disidencia de Petracchi en "Montalvo". De su voto se sigue, obviamente, que él consideró que no se daban las circunstancias excepcionales que autorizarían a dejar de lado un precedente; y, en virtud de ello, Petracchi ratificó, al estampar su disidencia, el entonces reciente "Bazterrica". Esto, sin embargo, requiere varias precisiones.

Primero, en la Argentina no existe el stare decisis horizontal: los jueces en general no están obligados a

seguir sus propios "precedentes", y tampoco lo está la Corte. Ello, más allá de ratificar que somos un país donde no rige el common law, surge de la jurisprudencia de la propia Corte, que se aparta permanentemente de fallos "precedentes", a veces sin alegar más motivo que una nueva composición o integración. Por tanto, le guste a uno esto o no, lo que hizo la mayoría de "Montalvo" no debió haber sorprendido a nadie: repitió lo que ya había hecho antes en decenas de ocasiones el Tribunal —usando palabras como: "Sin embargo, esta Corte, en su actual integración modifica el criterio asentado en Fallos ..."—; y lo que volvería a hacer, tantas otras veces, desde que se resolvió "Montalvo" en 1990, hasta 2006.

Segundo, en los países donde el common law sí rige —y, por consiguiente, también la regla de stare decisis— las materias constitucionales están, en buena medida, excluidas de dicha regla: cuando se trata de revisar un precedente que trata sobre un tema de interpretación de la Constitución de los Estados Unidos, por ejemplo, la posibilidad de "overruling" —una especie de revocación: lo contrario a "estar a lo decidido"— es mucho mayor: el stare decisis se flexibiliza; aunque no del todo, sí bastante. Esto, que tal vez pueda sorprender a alguno, es sabiduría convencional, un lugar común, en el país Norteamericano (35).

Tercero, último, y más importante, "Montalvo" corrigió un "precedente desviado": "the bad law", que fue el caso "Bazterrica". Y así volvió a las fuentes: "Colavini", de 1978, y todos los fallos en la misma línea que se habían dictado en esos años en el fuero criminal. Aquella era acertada en cuanto al fondo —tan acertada como errada fue la de "Bazterrica"—, como expliqué sintéticamente unos párrafos más arriba y en los trabajos, ajenos y míos, a los que he remitido. En suma, digamos que este último fallo fue como un pequeño desvío, un brazo secundario que se separó del cauce principal del río; y "Montalvo" trajo el brazo travieso de vuelta al centro del cauce: "la tenencia de estupefacientes para uso personal no está per se protegida constitucionalmente".

Por supuesto, hubo enormes discrepancias con el parecer que acabo de expresar. En cuanto al asunto de fondo, quienes reducen el bien común a una caja vacía (36), con Nino y sus discípulos a la cabeza, criticaron duramente "Montalvo" (37).

En cuanto al tema de la estabilidad de la jurisprudencia quien puso el grito más claramente en el cielo fue Alberto F. Garay, que tituló sugestivamente su comentario a "Montalvo" así: "La Corte Suprema debe sentirse obligada a fallar conforme a sus propios precedentes" (38). Por las razones que ya he dado, no me persuaden las de Garay, que son parecidas a las que da el juez Petracchi en su disidencia en "Montalvo"; pero, a mi juicio, su artículo está lleno de aciertos y lecciones en pro de una mayor estabilidad de la jurisprudencia en general: algo muy deseable.

Finalmente, llegamos a las dos sentencias de la Cámara Criminal Federal que originaron este trabajo. Lo anterior parece una extensa digresión, pero juzgué que sería difícil entender lo que diré en el acápite siguiente sin las páginas precedentes. Veamos.

III. Los dos casos comentados: un valle de sombras

Pienso que la primera cuestión que debieron haberse planteado los camaristas federales al enfrentarse en 2006 con los casos "Thomas" y "Nonikov" era y es la siguiente: "¿Estamos obligados por la regla del caso "Montalvo" de 1990, a saber, el 'precedente vigente' en la materia?" Porque si la respuesta a esta pregunta es sí, entonces los dos nuevos casos se resuelven fácilmente por remisión a aquel "precedente", dado que, como veremos, las circunstancias fácticas de "Thomas" y "Nonikov" no difieren relevantemente de las de "Montalvo".

La sala II de la Cámara Federal del Crimen no ignoró el "precedente": a poco de empezar su sentencia, lo citó y reconoció expresamente la existencia de una "línea jurisprudencial", inaugurada en "Colavini" y retomada en "Montalvo" (cfr. cons. II de "Thomas"). Pero el Tribunal de Alzada decidió no "estar a lo decidido" porque, sostuvo, lo resuelto en "Montalvo" —dejar sin efecto "Bazterrica"— se sustentó "meramente en el hecho político del nombramiento de nuevos ministros" (ibídem). Y a continuación sentenció:

"Precisamente en razón de tal objeción, la reciente conformación de una nueva integración en el Alto Tribunal sugiere que se ha presentado la oportunidad de retomar la línea jurisprudencial abandonada de la manera cuestionada" (39).

Es obvio que, a criterio de la Cámara, no hay obligación de estar a lo decidido, "stare decisis vertical" (40). Pero el Tribunal va más lejos. Critica el caso "Montalvo", un fallo de su superior jerárquico, que había variado un criterio anterior (el asentado en "Bazterrica"), y se funda solamente en el hecho de que la variación fue posible merced a que había "nuevos ministros" en la Corte. Para abonar su tesis se apoya en el trabajo de A. Garay al que hice referencia.

Sin embargo, la lógica del trabajo de Garay, y la lógica interna de "Thomas", debieron haber llevado a la Cámara a no especular con que ahora, una vez más, hay en la Corte "nuevos ministros". Si no, estamos frente a una circularidad viciosa, un cuento de nunca acabar. Si cada vez que cambia la integración de la Corte los

tribunales inferiores que discrepan de un "precedente" del superior aprovechan "la oportunidad" (cfr. cons. II de "Thomas"), el caos será —ya es: hay tantos ejemplos, empezando por la pesificación— demasiado. Entre el stare decisis vertical, que aparentemente todos rechazan, y este caos, debe haber algún punto medio razonable, un grado de estabilidad de la jurisprudencia al que se pueda y deba aspirar incluso en un país como el nuestro, ajeno en líneas generales a los principios del common law.

En fin, respondida la primera pregunta negativamente —"No estamos obligados por "Montalvo"—, la Cámara debía a continuación decidir qué criterio adoptar para resolver el caso "Thomas". Recordemos primero los hechos:

"En efecto, T. llevaba en el bolsillo de su campera un pequeño envoltorio con una escasa cantidad de marihuana mientras transitaba sólo [sic] por la vía pública en horas de la madrugada. Había sido observado por el personal policial cuando adquirió esa sustancia en el ingreso de un edificio, donde acudió a tal fin por breves instantes, siendo interceptado y requisado una vez que se retiró con la droga en su poder"⁽⁴¹⁾.

Esta conducta encuadra, a primera vista, en el párrafo segundo del art. 14 de la ley 23.737. En tales condiciones, la sala II tenía estas alternativas:

a) Considerar que el art. 14, segundo párrafo es constitucionalmente válido. Esta sería la opción —que no, obligación: no hay stare decisis— que podríamos llamar "Montalvo". (Y, a fortiori, se la podría denominar también "Colavini".)

b) Entender que nunca puede pensarse la tenencia de estupefacientes para uso personal en cantidades mínimas y que, por tanto, el artículo en cuestión de la ley 23.737 es violatorio del artículo 19 de la Constitución Nacional. A ésta la podríamos llamar la opción "Bazterrica".

c) Hacer un análisis circunstanciado al estilo "G., A.M." en función del cual, la suerte del Sr. Thomas —y la de la constitucionalidad de la norma penal cuestionada— dependerán de cuáles sean "las circunstancias y el contexto" en que el sujeto tenía drogas para uso personal en cantidades mínimas.

No obstante, tal como entiendo el fallo, la Cámara eligió una cuarta vía: legislar. En efecto, en lugar de hacer un juicio acerca de la constitucionalidad de la norma represiva, a la luz del art. 19 y concordantes de la Constitución Nacional, la Cámara hizo su propio juicio legislativo y sustituyó el que había hecho el legislador al sancionar la ley 23.737.

Y ese juicio consiste en que para que se configure el delito previsto en la norma sobre drogas el tribunal debe constatar en concreto la "peligrosidad" que la conducta específica imputada supone para la salud pública, el "bien jurídico tutelado". Dicho ahora no en términos penales, sino constitucionales, que el párrafo segundo del artículo 14 de la Ley 23.737 será inconstitucional en caso de que su aplicación conduzca a penar a alguien que no realiza una conducta peligrosa para la salud pública.

Estos juicios, además de ser juicios de tipo penal y constitucional, son juicios de tipo legislativo, de tinte contrario a los del legislador cuya ley, declarada inconstitucional en "Thomas", sigue vigente ⁽⁴²⁾: según el Congreso, no hace falta tal peligrosidad; basta que la persona en cuestión tenga estupefacientes en su poder, aun cuando de "su escasa cantidad y demás circunstancias, surge inequívocamente que la tenencia es para uso personal"⁽⁴³⁾, para que la salud pública esté en juego y corresponda, si se dan todos los elementos de un delito, una pena.

La Cámara debió haberse limitado a controlar la constitucionalidad de aplicar una pena tal a semejante conducta, eligiendo alguna de las tres alternativas mencionadas supra, o alguna otra razonable, si la hubiere. En cambio, impuso su propio criterio legislativo, lo cual me parece inconstitucional y equivocado, por más que se dé todos los días, últimamente, en el Palacio de Justicia, en los Tribunales de Provincias y en los de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Es verdad que toda declaración de inconstitucionalidad supone un cierto grado de co-legislación. No discuto esto ni me rasgo las vestiduras invocando la "división de poderes". Pero es un error —creo que un error importante— olvidar esos principios liminares que la Corte Suprema repite tantas veces, como parece tantas otras olvidarlos en los últimos tiempos: los actos legislativos —y también los del Poder Ejecutivo— gozan de una presunción iuris tantum de validez y legitimidad; la declaración de inconstitucionalidad es la última ratio del ordenamiento jurídico; y, esto es clave, el juicio de constitucionalidad —y de razonabilidad— no incluyen la evaluación de la oportunidad, el mérito y la conveniencia de la norma cuestionada.

Soplan, es verdad, nuevos aires en la jurisprudencia y la doctrina, nacional y extranjera. Los jueces de todas las instancias fusionan cada vez más razonabilidad y "oportunidad, mérito y conveniencia", aunque lo nieguen, como en "Thomas" (cfr. cons. IV). Casos tristemente famosos, como "Sejean"⁽⁴⁴⁾, en el que se declaró la inconstitucionalidad del régimen civil de matrimonio indisoluble, con disidencia de quien es considerado por

muchos la máxima autoridad argentina en Derecho de Familia [\(45\)](#), son botones de muestra de esta tendencia.

Entre los autores, el precursor de este criterio "amplio" fue, sin duda, Bidart Campos, para quien el control judicial de la razonabilidad "... debería analizar si entre diversos medios igualmente posibles para alcanzar un fin, se optó por el más o menos restrictivo para los derechos individuales afectados; y que, realizada esa confrontación, debería considerar irrazonable la selección de un medio más severo en lugar de otro más benigno que también sería conducente al fin perseguido" [\(46\)](#). Por mi parte, prefiero el derecho constitucional argentino de siempre, con el rol moderado que tradicionalmente le asignó la teoría y la práctica al control de constitucionalidad [\(47\)](#). Este criterio ha perdido muchas batallas últimamente, pero no la guerra

Mientras tanto, sentencias como "Thomas" y "Nonikov", por más serias y de buena fe que sean resultan inquietantes. Porque, además de adoptar implícitamente una teoría deficiente en materia de control de constitucionalidad, la Cámara llega a una conclusión francamente desconcertante si se tienen en cuenta los hechos del caso: el Sr. Thomas "transitaba por la vía pública" con marihuana y, además, "el personal policial" lo había observado "cuando adquirió esa sustancia al ingreso de un edificio" (cfr. cons. VIII cit. supra)... ¡Y se concluye que se está en presencia de una acción privada!

No comparto: si la acción tiene lugar en público no es privada y no es, por tanto, de aplicación el art. 19 de la Constitución, razón por la cual la acción no está ipso iure (es decir, por virtud de aquella norma) exenta de la autoridad de los "magistrados" —aunque pudiera eventualmente estar fuera del alcance de la ley si otra norma constitucional protegiera la conducta en cuestión, algo que no ocurre, a mi juicio, con la tenencia de estupefacientes para uso personal, por las razones que di en la sección precedente—.

Nino, en cambio, piensa que el elemento privacidad en la expresión "acciones privadas" del art. 19 de la Constitución Nacional, no tiene que ver con algo espacial. Sostiene que privado es lo que no ofende al orden y a la moral pública, ni perjudica a un tercero. A mi modo de ver, esto más que una interpretación del art. 19 es una lisa y llana negación de su texto y una suerte de propuesta de redacción alternativa, inviable sin una reforma constitucional. Ello es así porque el texto del art. 19 primero habla claramente de "acciones privadas" y después agrega "que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero". Es decir que Nino funde dos conceptos en uno, escapando así del lenguaje claro de la norma [\(48\)](#).

La profesora Gelli, por su parte, coincide con Nino en que no es la dimensión espacial lo que determina qué acciones son privadas —y en esto, estamos en desacuerdo—, pero se separa crucialmente del iusfilósofo cuando afirma, a mi juicio con razón, que el principio de privacidad no dispone la neutralidad del Estado en materia de fines y medios, relativos al orden, la moral pública y la prohibición de causar daño a terceros [\(49\)](#).

Los "magistrados" a los que alude el art. 19 son tanto legisladores como jueces. Los primeros deben decidir, en primer lugar, si sancionar la tenencia o no, y en caso afirmativo, si hacerlo penalmente o medicinalmente, mediante una medida de seguridad. Los jueces, por su parte, deben aplicar, si corresponde, la sanción establecida por el legislador, salvo que sea palmariamente inconstitucional por alguna razón, concepto que no incluye de lleno consideraciones de política legislativa (oportunidad, mérito, conveniencia, eficacia ...).

La discrepancia con la Cámara expresada en los párrafos anteriores se acrecienta cuando uno observa cómo resolvió la misma Sala II el otro caso aquí comentado, "Nonikov", el día mismo en que resolvía "Thomas". El Tribunal explica que el Sr. Nonikov "fue observado por personal policial mientras introducía marihuana en un cigarrillo que se disponía a consumir, a media tarde, en una plaza pública y a pocos metros de un sector donde había niños jugando" (cfr. "Nonikov", cons. II). Coincido, esto es claramente una acción pública —no "privada", en los términos del artículo 19—, "representativa de [un] riesgo para la salud pública" ("Nonikov", loc. cit.). Mas el "distinguishing" [\(50\)](#) con "Thomas" no me resulta del todo claro. Es verdad, la acción del Sr. Nonikov fue más pública que la del Sr. Thomas. Pero el riesgo para la salud pública que tanto le interesa a la Cámara no parece ser suficientemente distinto como para "distinguir" estos casos, revocar el sobreseimiento de Nonikov y confirmar el de Thomas. Me parece más justo tratarlos igual, como manda una ley que no es inconstitucional, a pesar de lo que diga la Cámara. E imagino, por lo que surge de las dos sentencias comentadas, que lo que correspondía era revocar ambos sobreseimientos: treat like cases alike [\(51\)](#).

Nótese que a lo largo de este trabajo en ningún momento abro juicio sobre si hoy en la Argentina el criterio legislativo más conveniente, oportuno, eficaz y razonable es, en efecto, penar la tenencia de estupefacientes para uso personal en cantidades mínimas. Esta es otra historia, muy distinta, o al menos suficientemente distinta, de la cuestión constitucional [\(52\)](#). Negar esto implicaría negar la diferencia entre política y moral, por un lado, y derecho, por otro; algo que, lamentablemente, ocurre a diario en la jurisprudencia y la doctrina de estos tiempos que corren. La gran paradoja es que cuando se provoca esta fusión se lo hace en contextos que traen a colación el "iusnaturalismo", ya sea para decir sin temores que lo que está detrás de estas "nuevas" doctrinas constitucionales es una versión renovada y mejorada de aquél [\(53\)](#), o para negar enfáticamente que se está

suscribiendo una teoría tantas veces asociada con la Edad Media y con santos de capa caída. Esto último ocurre, notablemente, en algunos votos en el reciente caso Simón (54), en el que, además de reiterarse que los "delitos contra la humanidad" son imprescriptibles, se agregó que no pueden ser objeto de "amnistías encubiertas" como lo fueron, según la Corte, las leyes de obediencia debida y punto final. El juez Zaffaroni, por ejemplo, se defiende por anticipado de una posible acusación "iusnaturalismo" —acusación fácil de pronosticar teniendo en cuenta lo que por "iusnaturalismo" entiende hoy buena parte del imaginario colectivo—, afirmando en su concurrencia que "la invocación de un derecho suprallegal para desconocer límites de legalidad siempre es peligrosa, pues todo depende de quién establezca lo que es o se pretende natural" (55).

Todo mi análisis parte del hecho —o, más bien, del derecho positivo vigente—, que es la penalización de la tenencia para uso personal: artículo 14, segundo párrafo de la ley 23.737. Y esto no es "positivismo" —si es que a esta altura esta palabra todavía quiere decir algo—; es la piedra de toque de una verdadera teoría de las relaciones entre la otrora llamada "ley natural" —hoy, como sugiere Finnis, tal vez sea mejor no usar más esa expresión antiquísima, que ha devenido ambigua (56)—, por un lado, y el derecho (positivo), por otro.

Por último, creo notar —aunque esto no resulta claramente, es una inferencia mía, y puede ser equivocada, como todo lo que digo en este artículo— que la Cámara vuelve a hacer girar el Derecho Penal en torno a la peligrosidad, haciéndolo retroceder más de dos siglos y poniendo en duda, quizás inconscientemente, todo nuestro valioso sistema de Derecho Penal liberal, de profunda raigambre constitucional. Esperemos que no vuelvan los tiempos de Ferri, Lombroso y Garófalo: la afirmación de la existencia de un "uomo criminale" es un boomerang peligroso; no sea cosa que el peligroso sea un inocente, un hermano, un amigo o uno mismo. Mejor, en cambio, volvamos a las raíces y respetemos los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y, ya que estamos, todo el texto de nuestra Carta Magna.

IV. Un futuro incierto y crucial para saber quién es quién en la "nueva" Corte

En el contexto de las tendencias actuales en materia de control de constitucionalidad, cabe preguntarse: ¿Qué hará la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando, después de pasar por la Cámara de Casación, lleguen a sus estrados "Thomas" y "Nonikov" (o, si no llegan estos casos, otros parecidos)?... ¿Estará a lo decidido en "Montalvo"?

Si así lo hiciera, privilegiaría la estabilidad de la jurisprudencia y transmitiría a la sociedad y a los tribunales inferiores de todo el país un mensaje laudable: este nuevo y reciente cambio en la composición de la Corte no va a motivar por sí mismo, una vez más, un cambio de criterio jurisprudencial. O bien puede la Corte, integrada mayoritariamente por jueces nombrados por el Presidente Kirchner con acuerdo del Senado, reincidir en el juego de nunca acabar: "revocar" "Montalvo", como en éste se revocó "Bazterrica", y en este último "Colavini"...

Dadas las conocidas posturas abolicionistas, garantistas, o progresistas de algunos de los actuales integrantes del Alto Tribunal, una decisión que respetara "Montalvo", en contra de los sentimientos y convicciones de muchos de quienes la suscribirían, merecería una ovación de pie. Ojalá ello ocurriera; sería el primero en pararme a aplaudir.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(*) Agradezco a Ignacio Cofone, que hizo las veces de asistente de investigación ad honorem y contribuyó eficazmente mientras preparaba este trabajo. También agradezco la paciencia y los útiles comentarios y consejos de Federico Bonaldo, Rodrigo Sánchez-Brígido, Julio C. Rivera (h.), Ricardo F. Crespo, Héctor Legarre, Catalina Legarre, Hernán Munilla Lacasa, Agustina Capponi, Federico Lanz, Roberto Mahmud Gettor, Ignacio Pérez Cortés, Fernando D. Álvarez, Rodrigo Ruiz-Esquide y Maris Köpcke Tinturé.

(1) Usaré de aquí en más estas palabras como sinónimos —como se hace en el lenguaje coloquial—, aunque en sentido estricto tienen significados parcialmente diferentes según el contexto.

(2) El cuarto "mandamiento" del Decálogo de la revista *Philosophy* reza: "No te citarás a ti mismo en notas al pie; no, no lo harás ni siquiera si tus publicaciones fueran tan numerosas como los granos de las arenas de las playas". *Philosophy*, Vol. 63 (1988), p. 143.

(3) ED, 139-977 (1990). Debo a Germán J. Bidart Campos (r.i.p.) el aliento que me impulsó a empuñar la pluma y, por supuesto, la publicación del trabajo. Aprovecho también para agradecer las conversaciones sobre el caso "Bazterrica" que tuve por esos años con quien ahora es mi colega de la Universidad Austral, Alfonso Santiago (h), ya que me sirvieron para darle forma al artículo en cuestión.

(4) LEGARRE, S. y RIVERA (h.), J. C., "Naturaleza y dimensiones del stare decisis", LA LEY, 2005-F, 850; RIVERA (h.), J. C. y LEGARRE, S., "Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en los Estados

Unidos y en la Argentina", ED, Serie Especial Constitucional, diario del 21 de abril de 2006; LEGARRE, S., "Stare decisis y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos", ED, Serie Especial Constitucional, diario del 17 de octubre de 2005.

(5) Fallos 313:1333 (1990).

(6) Fallos 308:1412 (1986).

(7) Fallos 300:254 (1978). Los hechos están tomados del considerando I del Dictamen del Procurador General de la Nación.

(8) LA LEY, 1979-D, 743.

(9) NINO, C.S., *ibídem*, p. 757. Después de explicar "Colavini", Nino concluye tibiamente que "los argumentos perfeccionista, paternalista y de la defensa social no justifican 'concluyentemente' la represión de la tenencia de drogas con el fin exclusivo de consumo personal" (énfasis con comillas simples agregado). Un discípulo de Nino, Roberto Gargarella, escribe en línea parecida, y también a propósito del consumo personal de estupefacientes, que "en este tema, las soluciones que pueden aplicarse no son obvias, y existen largos e irresueltos debates en torno a qué es lo que debe hacerse en estos casos". GARGARELLA, R., "La Justicia frente al Gobierno", Ariel, Barcelona, 1996, p. 256.

(10) Dice Nino a continuación de las palabras transcritas en la nota precedente: "... Tales argumentos no son, en absoluto, irrazonables, y es muy torpe suponer que la mera adhesión a ellos —sobre todo a los dos últimos [se refiere a los argumentos "paternalista" y "de la defensa social"]— implica una profesión de fe autoritaria (al fin y al cabo en países tan sensibles al espíritu liberal, como Gran Bretaña y Estados Unidos, se castiga también la posesión de algunos estupefacientes ...)". NINO, C. S., "¿Es la tenencia de drogas ...", *cit.*, p. 757. Como afirmo en el texto, esta clarísimo que Nino rechaza una postura "liberal a ultranza" en materia de tenencia de drogas, aunque manifieste sus dudas (cfr. especialmente los dos últimos párrafos de su artículo, ps. 757-758). El liberalismo de Nino, como el de Mill, Hobhouse, Raz y tantos otros "liberales" (en el sentido angloamericano de la palabra) era y es mucho más "conservador" de lo que se piensa habitualmente, la mayoría de las veces, por ingenuidad romántica; otras, censurables, por no leer bien los textos o silenciar "convenientemente" las partes "inconvenientes" —inconvenientes para la agenda "liberal"—.

(11) En esa época de los 70, los precursores del "rock nacional" cantaban: "Y la radio nos confunde a todos ...". Otro tanto, más o menos (creo que un poco menos), ocurre ahora (con la radio). Así que seguramente era buena idea tenerla apagada: silencio de radio. Igual en 1978 tenía yo apenas 10 años y seguro no sabía manejar una radio, así que confundido no estaba. Otra cosa es que de derecho supiera nada —gracias a Dios—.

(12) Fallos 308:1412 (1986).

(13) *Ibídem*, del Dictamen del Procurador General de la Nación.

(14) Dictamen del Procurador General en Fallos 308:1412 (1986).

(15) El voto de Fayt sorprendió a muchos porque era (y es) tenido por un juez "progresista" o "liberal", y se puede decir que lo es (si es que estas etiquetas quieren decir algo), como lo demostró en muchos casos posteriores, notablemente al año siguiente de "Bazterrica", en el estruendoso fallo "Sejean", Fallos 308:2268 (1986) (LA LEY, 1986-E, 648), al que me referiré más adelante. El Profesor Bidart Campos me explicó en una conversación a la salida de clase, poco después de que la Corte resolvió "Bazterrica", que Fayt había estado muy preocupado por el tema de la tenencia de drogas para uso personal y que había viajado a España para investigar mejor la problemática antes de emitir su voto, que terminó siendo favorable a la constitucionalidad de la criminalización.

(16) ENTELMAN, R. y MALAMUD GOTI, J., "Consumo de drogas, libertades individuales y algunos problemas estructurales de la sociedad argentina", LA LEY, 1986-D, 1107. Ya antes, Malamud Goti se había pronunciado en este sentido favorable a la despenalización en: "¿Puede subsistir el Derecho Penal Liberal?", *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, Año 4, 1981, p. 699.

(17) SAGÜÉS, N. P., "Tenencia de estupefacientes, autolesiones, delitos de peligro abstracto, razonabilidad de las penas y perspectivas del control de constitucionalidad", JA, 1986- IV-962; NUÑEZ, R.C., "Los magistrados ¿pueden intervenir en los casos de tenencia de estupefacientes para uso personal?", *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, Año 9, 1986, p. 463.

(18) La expresión es de NINO, "¿Es la tenencia de drogas ...", *cit.*, p. 749.

(19) "G., A. M. y otro s/inf. Art. 6 Ley 20.771", sentencia del 1º de noviembre de 1988. ED, 132-599 (1989). Los hechos en "G., A. M." son parcialmente distintos de los de "Bazterrica" pero, como he explicado, la diferencia es tal que no justifica el cambio de criterio: LEGARRE, S., "Tenencia de estupefacientes para uso

personal y derecho a la intimidad", ED, 139-977 (1990), p. 979.

(20) Remito nuevamente al trabajo citado en la nota precedente.

(21) Véase, por un lado, el considerando 13° del voto concurrente de los jueces Belluscio y Bacqué, del cual surge una declaración de inconstitucionalidad del art. 6 de la ley 20.771 lapidaria y aparentemente insensible a cualquier tipo de matiz circunstancial o contextual. En cambio, el voto de Petracchi, a pesar de sus extensas declaraciones preliminares a favor del "liberalismo" y de una interpretación muy amplia del artículo 19 de la Constitución, culmina con un criterio que podríamos llamar más "prudencial" y que adelantaba lo que la Corte diría, como vimos, en "G., A. M.". Su concurrencia concluye con estas palabras: "... por todas las razones expuestas, el artículo 6 de la Ley 20.771, debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo, se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal 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'" (del considerando 27°, énfasis con comillas simples agregado).

(22) LEGARRE, S., "Tenencia de estupefacientes para uso personal ...", cit., p. 979, con citas de "Bazterrica".

(23) Art. 14, ley 23.737; énfasis agregado.

(24) Al Sr. Montalvo se le encontraron 2,7 gr de marihuana al descender de un vehículo luego de ser detenido por la policía en la vía pública.

(25) El gobierno de Carlos Menem no fue el único en contar con "mayorías automáticas" en el Poder Legislativo. En ese sentido, es interesante lo que está ocurriendo actualmente durante la presidencia de Néstor Kirchner con la presencia prominente de su esposa, la Senadora Cristina Fernández de Kirchner, en el Congreso. Cfr. LEGARRE, S., "Los riesgos de las mayorías automáticas", La Nación, 22 de julio de 2005.

(26) Así la llama SANTIAGO (h.), Alfonso, en: "La Corte de los nueve", Anuario de Derecho de la Universidad Austral, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, n. 1, p. 75.

(27) Ésas fueron sus palabras, no textuales, en el Centro de Extensión Cultural, Montevideo 1550, Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fines de 1991. La referencia, muy meditada, que el actual Presidente de la Corte hizo a Justice Brennan nos puede dar pistas sobre cómo piensa —o pensaba hace 15 años— Petracchi acerca de un asunto que tarde o temprano probablemente llegará a los estrados de nuestro Alto Tribunal: el aborto. Justice Brennan adhirió sin ambages al voto de Justice Blackmun en "Roe v. Wade" (410 U.S. 113 (1973)), declarando inconstitucional la ley de Texas que prohibía el aborto salvo en casos excepcionales, y sentando una doctrina jurisprudencial conocida por su enorme "generosidad" a favor de quienes decidan (el famoso "choice") abortar y, a contrario sensu, perjudicial para los seres vivientes silenciosamente matados en el seno de sus madres.

(28) Cfr., v.gr., Fallos 313:1333 (1990), considerando 14° de la disidencia del juez Petracchi, en la que se hace referencia, entre otras cosas, a que el país "está resurgiendo de cincuenta años de vaivenes políticos, durante la mayoría de los cuales primó el autoritarismo y la intolerancia en las formas de organización social ...".

(29) Cfr. ibídem, considerandos 11 y 12 de la disidencia del juez Petracchi.

(30) Cfr. LEGARRE, S., "La Corte y la tenencia de estupefacientes. Nuevos ministros, vieja doctrina", ED, 141-476 (1991), esp. ps. 478-480.

(31) Además de mis dos artículos ya citados, referidos exclusivamente a la tenencia de drogas, he abordado los temas que subyacen a este problema también en LEGARRE, Santiago, "Poder de policía y moralidad pública", Ábaco, Buenos Aires, 2004, ps. 205-223 y 244-278. En un contexto más amplio —ético, y sin referencia a la Constitución argentina— es iluminadora la crítica de John Finnis a Ronald Dworkin. Finnis demuestra articuladamente que una preocupación gubernamental de tipo "paternalista" por alguien que incurre en un vicio, no necesariamente viola el derecho —subrayado acertadamente por Dworkin— que todos tenemos a ser tratados con igual consideración y respeto. "Ley Natural y Derechos Naturales", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, ps. 249-251.

(32) Cfr. HART, H. L. A., "The Concept of Law", segunda edición, Clarendon Press, Oxford, 1994, ps. 159-160.

(33) "Razones prudenciales hacen que el tribunal deba mantener sus líneas de jurisprudencia [...]. Es valiosa la permanencia de las soluciones justas. El valor seguridad la reclama". LEGARRE, S., "La Corte se pronuncia nuevamente sobre los contratos de concesión", ED, 145-759 (1992), énfasis agregado.

(34) LEGARRE, S., y RIVERA (h.), Julio C., "Naturaleza y dimensiones ...", cit., ps. 853-858.

(35) Lo explicamos con las debidas referencias jurisprudenciales y doctrinarias en: LEGARRE, S., y RIVERA (h.), Julio C., "Naturaleza y dimensiones ...", cit., ps. 857-858.

(36) En mi comentario a "Montalvo", argumento que aunque Petracchi en su disidencia, y autores como Nino, entre otros, en sus escritos, usen de hecho expresiones como "bien común" y "moralidad pública", para ellos aquéllas "aparecen como cajas vacías, palabras sin significado". LEGARRE, S., "La Corte y la tenencia de estupefacientes ...", cit., p. 479. Sin embargo, el bien común es el bien real —e incompatible con cierto tipo de conductas— que comparten quienes integran una determinada comunidad. Cabe aclarar que del hecho de que una conducta sea mala y, por ende, contraria al bien común, no se sigue necesariamente que el gobierno deba prohibirla. Esto ya lo afirmaba Aquino en el siglo XIII al sostener que no es función de la ley prohibir todos los vicios. AQUINO, T., "Summa Theologiae" I-II q. 96 a. 2c.. Y lo reafirmó Blackstone cinco siglos más tarde en sus "Commentaries on the Laws of England", primera edición, 1765-1769; facsímil de la primera edición, University of Chicago Press, Chicago, 1979, Vol. I, ps. 119-120. En nuestros días ha defendido la misma idea de un rol limitado del gobierno del estado Finnis, quien marca los rasgos comunes de este punto de vista con el harm principle esbozado por John S. Mill en "On Liberty". FINNIS, J., "Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory", Oxford University Press, Oxford, 1998, ps. 222-228.

(37) NINO, C. S., "Fundamentos de derecho constitucional", cit., ps. 322-323; GARGARELLA, R., "La Justicia frente al Gobierno", cit., ps. 257-258, donde brinda sus razones para considerar "Montalvo" tan equivocado como acertado es el voto de Petracchi en "Bazterrica".

(38) JA, 1991-II-870.

(39) "Thomas", cons. II in fine.

(40) A saber, la obligación de los tribunales inferiores de seguir los precedentes de su superior jerárquico, que es típica del common law, como explicamos en LEGARRE, S., y RIVERA (h.), Julio C., "Naturaleza y dimensiones ...", cit., ps. 853 y 858.

(41) "Thomas", del cons. VIII.

(42) Si uno está a lo que dicen los diarios, pareciera que el juicio de la mayoría de la gente sobre la penalización de la tenencia de drogas para uso personal se acerca más al que hizo el Congreso al sancionar la Ley 23.737 que al "juicio legislativo" de la sala II de la Cámara Federal. Véase, por ejemplo, "Preocupación por la creciente tolerancia social de la marihuana", diario La Nación del lunes 15 de mayo de 2006, nota de tapa.

(43) Ley 23.737, artículo 14, párrafo segundo.

(44) Fallos 308:2268 (1986).

(45) Me refiero, como es obvio, al ahora ex juez Augusto C. Belluscio.

(46) BIDART CAMPOS, G. J., "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", Ediar, Buenos Aires, segunda edición, 1993, Vol. I, p. 364. Una línea parecida ha seguido mi colega de la Universidad Austral, Juan Cianciardo, al proponer un alcance amplio del principio de razonabilidad, que debería incluir, a su juicio, tres dimensiones o subprincipios: "adecuación", "necesidad" y "proporcionalidad". CIANCIARDO, J., "El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad", Ábaco, Buenos Aires, 2004, ps. 61-110.

(47) A propósito de la tesis sobre el control de constitucionalidad (y razonabilidad) defendida sucintamente en esta nota, el artículo de RIVERA (h.), Julio C., "¿Cómo debe ejercerse el control de razonabilidad de leyes que incursionan en materia económica?", LA LEY, 2002-D, 1116, es útil para entender el uso y abuso del control de razonabilidad de legislación de contenido económico-social, tanto en los Estados Unidos como en la Argentina.

(48) NINO, C. S., "¿Es la tenencia de drogas ...", cit., pássim; "Fundamentos de derecho constitucional", cit., ps. 317-327.

(49) GELLI, M. A., "Constitución de la Nación Argentina comentada", tercera edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2006, ps. 247-281, y esp. p. 249 y nota 717 (en la que cita a Nino y, "en sentido contrario", a Legarre). Comp. la tesis de Gelli con el argumento de Nino en contra del "perfeccionismo": NINO, C. S., obras y lugares cit. en la nota anterior. Comp. también las teorías de Nino y Gelli con mi interpretación alternativa, salpicada de matices y aclaraciones aquí inevitablemente omitidos: LEGARRE, Santiago, "Poder de policía y moralidad pública", cit., ps. 239-278.

(50) Para una sintética explicación de esta técnica propia del common law puede verse: LEGARRE, S., y

RIVERA (h.), J. C., "Naturaleza y dimensiones ...", cit., ps. 853 y 855, y las notas al pie 20 y 34.

(51) Cfr. HART, H. L. A., "The Concept ...", cit., ps. 159-160.

(52) Gargarella se pronuncia, según lo entiendo, de forma parecida (y lo hace justamente al tratar el asunto que nos convoca): "En primer lugar, debe decirse que es el Congreso y no el poder judicial el que tiene la misión de ocuparse de definir una política en materia de drogas". GARGARELLA, R., "La Justicia frente al Gobierno", p. 256; énfasis agregado.

(53) CIANCIARDO, J., "El principio de razonabilidad ...", cit., p. 122, donde el autor afirma que "las insuficiencias de los modelos positivista e 'iusnaturalista' han hecho necesario generar nuevas alternativas ..." (énfasis con comillas simples agregado). Estas "alternativas" se relacionan con su propuesta interpretativa amplia del principio de razonabilidad, que desarrolla a lo largo de todo el libro.

(54) "Simón, J. H. y otros s/ privación ilegítima de la libertad", sentencia del 14 de junio de 2005.

(55) Del considerando 25° del voto mencionado, énfasis en el original.

(56) Cfr. FINNIS, J., "Ley natural...", cit., Cap. II, titulado sugestivamente "Imágenes y objeciones".

Información Relacionada

Voces:

TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES ~ ESTUPEFACIENTES ~ DROGADICCION ~ CANTIDAD DE ESTUPEFACIENTES ~ CODIGO PENAL ~ DERECHO PENAL ~ COMERCIALIZACION DE ESTUPEFACIENTES ~ CONSUMO DE ESTUPEFACIENTES ~ DELITO ~ DELITOS CONTRA LA SALUD PUBLICA ~ IMPUTABILIDAD ~ LEY DE ESTUPEFACIENTES ~ MARIHUANA ~ JURISPRUDENCIA ~ DERECHO CONSTITUCIONAL ~ GARANTIAS CONSTITUCIONALES ~ CONSTITUCION NACIONAL ~ DESINCRIMINACION ~ JURISPRUDENCIA EXTRANJERA ~ DERECHO COMPARADO ~ DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA ~ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

Fallo comentado: [Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala II \(CNFedCrimyCorrec\)\(SalaII\) ~ 2006/05/09 ~ Nonikov, Alejandro](#) ; [Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala II \(CNFedCrimyCorrec\)\(SalaII\) ~ 2006/05/09 ~ Thomas, Santiago](#)