

# LA IGUALDAD EN LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO Y LA APLICACIÓN DE LOS PRECEDENTES<sup>1</sup>

EQUALITY IN THE DESIGN OF THE LAW AND THE APPLICATION OF PRECEDENTS

Por *Leandro Abel Martínez* (\*)

**Resumen:** La ponencia trata la problemática relación entre la igualdad constitucional y la aplicación de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se parte de la base de que las sentencias judiciales, en principio, no crean Derecho. En el itinerario, tendrá especial relevancia la necesidad de corroborar adecuadamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar, entre casos distintos, para aplicar analógicamente la doctrina judicial emanada del máximo tribunal. Las sentencias que dan testimonio de las dificultades son las emblemáticas en la discusión acerca de la constitucionalidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. La conclusión es que la falta de obligatoriedad de las precedentes no lesiona la igualdad constitucional, aunque sería conveniente su instauración legal.

**Palabras clave:** Igualdad - Precedentes - Tenencia de estupefacientes para consumo personal

**Abstract:** The presentation deals with the problematic relationship between constitutional equality and the application of the Argentine Supreme Court of Justice precedents. In principle, judicial rulings do not create law. In the itinerary ahead, the need to adequately corroborate the circumstances of time, manner, and place between different cases to apply the judicial doctrine emanating from the highest court analogously will have particular relevance. In that respect, the rulings that testify to the difficulties are symbolic in discussing the constitutionality of possessing narcotics for personal use. The conclusion is that the lack of mandatory precedents does not harm constitutional equality, although it would be advisable to establish them by law.

**Keywords:** Equality - Precedents - Possession of narcotics for personal use

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 01/11/2022 y aprobado el 01/12/2022.

Exposición realizada para el “IV Seminario Internacional en Investigación Jurídica”, en la mesa: Teoría del precedente judicial y principio de igualdad, organizado por el Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de León (España), la Estación Noroeste de Investigación y Docencia del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México) y la Facultad de Derecho de la UBA (Argentina). Mi agradecimiento a las autoridades del evento: Yanara Suenaga, Juan Antonio García Amado, Gloria Vargas Romero y Juan Vega Gómez, como así también, al decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Dr. Leandro Vergara.

(\*) Abogado (UBA). Adjunto (I) en la asignatura “Elementos de Derecho Constitucional” (Facultad de Derecho - UBA). Especialista en Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, UBA). Magíster en Derechos Fundamentales (Universidad de Granada). Subdirector de Posgrado (Facultad de Derecho, UBA). Contacto: lamartinez@derecho.uba.ar.



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar. ©  
Universidad Católica de Córdoba

DOI [http://dx.doi.org/10.22529/rfd.2022\(6\)04](http://dx.doi.org/10.22529/rfd.2022(6)04)

## I. Preguntas iniciales

Para comenzar, estimo necesario aclarar que opinaré desde mi idiosincrasia o formación en una disciplina específica: el Derecho Constitucional. Asimismo, dejo constancia de que me limitaré a reflexionar, principalmente, sobre los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) con relación a la igualdad, entendida como norma jurídica, inserta en la Constitución Nacional (CN).

Dicho esto, formularé dos preguntas que pretenden ir al núcleo de la problemática que da título al panel y que orientarán mi exposición.

La primera: ¿la igualdad consagrada en la CN se ve lesionada por la falta de obligatoriedad, en el derecho positivo argentino, de las sentencias de la CSJN? Sin rodeos, diré que no y que desapruébo (moralmente) mi respuesta.

La segunda: ¿la CN permite la instauración legal de la obligatoriedad de los precedentes de la CSJN?

Sin suspenso, diré que sí y que deseo (positivamente) que suceda.

## II. Cuestiones a considerar

### 1. Primera. Las fuentes del derecho positivo y la igualdad en la CN

En primer lugar, corresponde realizar una breve descripción del sistema constitucional argentino. Nuestro ordenamiento jurídico es tributario de diferentes fuentes. Por un lado, el Derecho Constitucional se ve influenciado por la Constitución norteamericana. Según José Benjamín Gorostiaga (convencional constituyente y miembro informante de la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso Constituyente de 1853), el proyecto estaba vaciado en el molde de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, y se trataba del único modelo de verdadera federación que existe en el mundo. En la

misma línea, se ubica Domingo Faustino Sarmiento (presidente de la Nación 1868-1874), dándole especial relevancia a la jurisprudencia norteamericana y a sus comentaristas. Por otro lado, en el nivel legislativo, la ascendencia proviene del sistema continental europeo. El Código Civil data de 1869 y fue redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield.

El modelo de los Estados Unidos, de origen inglés, es del *common law*. Dentro de las notas distintivas del modelo anglosajón, se destaca como fuente principal del derecho el *stare decisis* (“estar a lo decidido sin alterarlo”). Según esta regla, en casos análogos, los jueces tienen que decidir conforme lo han hecho anteriormente los magistrados de la misma jurisdicción. Existe un *stare decisis* horizontal (los tribunales respetan sus propios precedentes) y vertical (los tribunales acatan los precedentes de los tribunales de alzada).

El modelo continental europeo, de tradición romanista, es el del *civil law*. En la tradición jurídica romano-canónica, John Henry Merryman explica que el *Corpus Juris Civilis* (533), del emperador compilador Justiniano, resurge en la Universidad de Bolonia a fines del siglo XI y se plasma en el Código Napoleónico de 1804<sup>2</sup>. En esta idiosincrasia legal, los jueces están obligados a decidir aplicando la ley positiva, con prescindencia de los precedentes judiciales que podrían ser aplicables en casos similares. Por consiguiente, el juez no crea Derecho, sino que en su boca se pronuncian las palabras de la ley, conforme Montesquieu.

En cuanto a los sistemas de control de constitucionalidad, en Norteamérica se impuso el difuso y en Europa continental se implementó el concentrado. En la Argentina, tomamos el control de constitucional difuso, pero sin el modelo de *stare decisis*. Nuestro “Marbury vs. Madison” (1803) es el fallo “Sojo”<sup>3</sup> (1887), aunque la primera sentencia que invalida una norma federal es

<sup>2</sup> MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 13-24.

<sup>3</sup> Fallos: 32:120.

“Ríos”<sup>4</sup> (1863). Hasta aquí, varias de las causas que originan algunos de nuestros males.

En segundo lugar, es necesario explicar sucintamente la forma en que la igualdad es receptada en la CN. En sus orígenes, la CN consagró la igualdad formal ante la ley, es decir, el trato igualitario del derecho positivo a todos los habitantes (artículo 16). Luego, la última reforma constitucional incorporó el concepto de igualdad material, al facultar al Congreso de la Nación a dictar leyes que contengan medidas de acción positiva o discriminación inversa para garantizar la igualdad real de oportunidades, trato y derechos. Esta disposición obliga al legislador a dar preferencia a niños, mujeres, ancianos y a las personas con discapacidad (artículo 75, inciso 23). También, hay que mencionar que la CSJN desarrolló una jurisprudencia en torno a la razonabilidad de las distinciones y al concepto de “categorías sospechosas”.

## 2. Segunda. Las decisiones judiciales en el ordenamiento jurídico

El ordenamiento jurídico argentino establece dos supuestos particulares de obligatoriedad de los precedentes judiciales. La fuente es legal.

Uno de los supuestos se encuentra previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (artículos 288 a 303) y es el caso de los fallos plenarios. Sucede cuando las salas que integran una Cámara de Apelaciones (existen excepciones) se reúnen en pleno con el objeto de unificar su jurisprudencia y evitar sentencias contradictorias. Procede por dos vías: mediante el recurso de inaplicabilidad de la ley (interpuesto, por una parte) o a través de la iniciativa de cualquiera de sus salas.

Trámite básico. La presidencia del tribunal debe fijar un cuestionario determinando las cuestiones a resolver. La decisión se adopta por la mayoría de los miembros que integran la Cámara de Apelaciones (en caso de empate,

---

<sup>4</sup> Fallos: 1:32.

resuelve el presidente). El voto de la mayoría y de la minoría es conjunto e impersonal (quedando a salvo las opiniones personales).

Efectos. La interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria (doctrina legal) será obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquella tribunal de alzada. Solo podrá modificarse dicha doctrina por medio de una nueva sentencia plenaria (*stare decisis* horizontal y vertical).

El otro supuesto se da en materia electoral (Ley 19.108, artículo 6), toda vez que la jurisprudencia de la Cámara Nacional Electoral (compuesta por una sala) tiene el mismo efecto que los fallos plenarios sobre los 24 jueces electorales federales y el propio tribunal (también prevalece sobre los criterios de las Juntas Electorales).

Llegado este punto, cabe interrogarse: ¿qué sucede con la doctrina legal obligatoria de los tribunales de alzada que es desautorizada por la CSJN? La pregunta no es contrafáctica. Va un ejemplo de la realidad, en materia penal (suspensión del juicio a prueba): la CSJN en “Acosta”<sup>5</sup> (2008) fue en contra de lo decidido por la Cámara Federal de Casación Penal en la sentencia plenaria “Kosuta” (1999).

### 3. Tercera. El valor de los precedentes de la CSJN según la propia CSJN

La discusión no es nueva, así que, por razones de brevedad, me referiré al pronunciamiento más reciente de la CSJN. En “Farina”<sup>6</sup> (2019), sentencia suscripta por Lorenzetti, Maqueda, Rosatti y, en disidencia parcial, Rosenkrantz, resolvió que la doctrina judicial referida a la interpretación de la suspensión de la prescripción de la acción penal (art. 67, inc. e, del Código Penal) es de seguimiento obligatorio para todos los tribunales judiciales del país. Los verbos utilizados, a lo largo de los considerandos, respecto de la obligatoriedad de lo que

---

<sup>5</sup> Fallos: 331:858.

<sup>6</sup> Fallos: 342:2344.

denomina su “doctrina constitucional” son los siguientes: respetar, acatar, considerar, seguir y conformar.

Cabe llamar la atención sobre dos cuestiones. La primera, que el seguimiento recaería sobre las conclusiones (considerando 18). La segunda, que las interpretaciones cortesanas tendrían vigencia (considerando 19).

Sin embargo, citando “Cerámica San Lorenzo”<sup>7</sup> (1985) –en donde se sostuvo la falta de obligatoriedad, pero el deber de conformar– reiteró que los tribunales para apartarse de los precedentes de la CSJN deben aportar nuevos argumentos que lo justifiquen, ya que de lo contrario las sentencias carecen de fundamento (considerando 18).

En cuanto a las consecuencias que apareja el asunto, manifestó que la reticencia para aplicar en casos análogos la doctrina constitucional sentada acarrea el riesgo cierto –con la consiguiente gravedad institucional– de que se dicten sentencias contradictorias, por lo que la igualdad y la seguridad jurídica se ven necesariamente socavadas (considerando 19). Aquí la CSJN involucra la igualdad en refuerzo de la obligatoriedad de su doctrina.

Por último, es de utilidad hacer alusión a lo acontecido en “López”<sup>8</sup> (2022), sentencia suscripta por Lorenzetti, Maqueda y Rosatti, para chequear el nivel de seguimiento de “Farina”. La CSJN señaló que la Cámara Federal de Casación Penal (Sala I) se apartó sin justificativos válidos del fallo “Farina”. De los argumentos del máximo tribunal, se desprende que la Casación entendió que el sustento fáctico no era el mismo y explicó: “no luce apropiado extraer una doctrina de un único precedente del Máximo Tribunal”. El máximo tribunal replicó que las circunstancias eran similares y que su jurisprudencia, en la materia discutida, no era aislada.

En suma, la CSJN –al igual que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)– proclama sin respaldo normativo alguno la obligatoriedad de su jurisprudencia. A mi modo de ver, egocentrismo de los máximos intérpretes constitucionales y convencionales.

<sup>7</sup> Fallos: 307:1094.

<sup>8</sup> Fallos: 345:331.

4. Cuarta. ¿Las sentencias judiciales crean derecho?

La respuesta no es sencilla y depende de la mirada *iusfilosófica* que se adopte. Aunque me agrada, mi disciplina de estudio no es la filosofía del derecho, pero me atrevo a profesar (como si fuera una cuestión de fe, basada en la CN y no en los santos evangelios) que la función creadora del Derecho la detentan, principalmente, los poderes que cuentan con el respaldo del voto directo de la ciudadanía. Me refiero –a nivel federal– al Poder Constituyente, al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo. Ello con independencia de la función materialmente legislativa que pueden ejercer otros poderes creados por la CN.

El tema es demasiado complejo, no está exento de polémicas y me abruma. A mi pesar, lo traigo a colación, ya que entiendo que el interrogante repercute en la relación entre la eventual obligatoriedad del precedente y la igualdad constitucional. Para superar mis perplejidades, acudiré –discrecionalmente– al auxilio de algunas voces autorizadas en la materia y, en honor a la honestidad intelectual, debo confesar que el soporte teórico es fuertemente positivista.

Eugenio Bulygin explica que existen dos tesis –peligrosamente engañosas– muy difundidas en la filosofía del derecho: “1) que las sentencias judiciales son normas jurídicas individuales y 2) que al dictar normas jurídicas individuales los jueces crean derecho”. El decano normalizador de la Facultad de Derecho de la UBA con la recuperación de la democracia afirma en sentido contrario: el juez no crea normas individuales, solo en ciertos casos (no previstos por el ordenamiento), compone normas generales que no son obligatorias. Sin embargo, pueden adquirir vigencia cuando existen buenas razones para creer que serán aplicadas por los jueces dadas las circunstancias. Pone como ejemplo al caso “Siri” (1957, Fallos: 239:459) creador del amparo individual ante un vacío normativo<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> BULYGIN, Eugenio, “Sentencia judicial y creación de Derecho”, en: ALCHOURRON, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 355-369.

Antonio García Amado objeta la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, según mi parecer, hoy en boga e imperante. El catedrático de la Universidad de León afirma:

... conforme a las teorías iusmoralistas y ponderadoras (...) el juez, que debe estar sometido al derecho, tal como dicen nuestras propias constituciones, lo está en cuanto la norma de derecho no lleve en el caso a una decisión inmoral. Por eso, para los defensores del principialismo antipositivista y de la ponderación, el razonamiento del juez es un razonamiento de naturaleza moral.

El neoconstitucionalismo, tan de moda en la academia y en los estrados judiciales, se enrola en esta neocorriente de pensamiento<sup>10</sup>. Entonces, siguiendo a García Amado, me animo a pensar que un juez *iusmoralista* jamás se vería obligado a seguir un precedente si su propia moral le indica que es injusto.

Andrés Rosler formula una crítica al interpretativismo o positivismo judicial de Ronald Dworkin. El catedrático de la Facultad de Filosofía de la UBA dice:

Los jueces son ‘coautores’ del derecho aunque en un sentido muy amplio, ya que por lo general, a juzgar por los diseños institucionales usuales, los jueces, o algunos de ellos en todo caso, tienen la última palabra sobre cuál es el derecho vigente. Pero de esto no se deduce que operen en el mismo nivel que los creadores del derecho, sobre todo si dicha creación es democrática<sup>11</sup>.

Expreso mi agradecimiento a los profesores Bulygin, García Amado y Rosler por la ayuda brindada. Simplemente, quise poner de relieve que la Filosofía del Derecho asoma sus narices y constituye una de las variables a tener en cuenta para pensar el asunto.

Mi humilde punto de vista. Tomando como cierta la premisa de que las sentencias (salvo contadas excepciones, según Bulygin) no crean derecho, o sea, normas generales obligatorias; la consecuencia lógica sería que no hay afectación al principio constitucional de igualdad ante la ley, o, mejor dicho: frente al derecho.

---

<sup>10</sup> GARCÍA AMADO, Antonio, *Decidir y argumentar sobre derechos*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 66.

<sup>11</sup> ROSLER, Andrés, *La ley es la ley*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Katz, 2019, p. 164.

Así justifico mi respuesta a la primera de las preguntas planteadas al inicio. O, acaso, alguna vez: ¿La CSJN declaró la arbitrariedad de una sentencia de un tribunal inferior fundándose en la violación del principio de igualdad, por apartarse de sus precedentes?

5. Quinta. Presupuestos para la aplicación de un precedente: constatación de la identidad de las circunstancias de tiempo, modo y lugar (hechos)

Las sentencias deben estar fundadas en normas jurídicas y en los hechos probados del caso. La parte dispositiva de una sentencia es la consecuencia lógica de sus considerandos. De lo contrario, será arbitraria.

En los tribunales colegiados, una sentencia puede tener dos niveles de consenso: mayoría o unanimidad. En ambos casos, los jueces tienen la posibilidad de expresar sus fundamentaciones en votos individuales o conjuntos. Respecto al último supuesto, tomemos como pauta el número de integrantes de la CSJN para barajar posibilidades. El número establecido por ley es de 5 miembros, aunque en la actualidad falta cubrir una vacante. Un voto conjunto podría constar de la siguiente cantidad de adhesiones o de firmas: 2, 3, 4 o 5. El panorama descripto supone una serie de dificultades.

El profesor emérito de la UBA, Martín Diego Farrell sostiene que los miembros de los tribunales colectivos deberían coincidir en las buenas razones (las ajustadas a los derechos en juego) y en el resultado de sus decisiones. Advierte que puede haber discrepancias, reparando en un problema: las divergencias en los fundamentos pueden conducir a idénticas soluciones<sup>12</sup>.

Para graficar las complejidades, tomemos las idas y las vueltas de la CSJN alrededor de la constitucionalidad del castigo penal de la tenencia de estupefacientes para consumo personal<sup>13</sup>. En pocas palabras, el debate

<sup>12</sup> FARRELL, Martín Diego, “¿Cómo deben argumentar los jueces en los tribunales colectivos?”, en: FARRELL, Martín Diego, *Entre el derecho y la moral*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012, pp. 15-38.

<sup>13</sup> Sobre la temática se destaca el trabajo de GARAY, Alberto F., “El precedente judicial en la Corte Suprema”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 2, número 1 y 2, abril 1997, pp.

constitucional gira en torno a la determinación de la conducta como una acción privada amparada por la CN. Rebobinando la película, los casos emblemáticos del derrotero jurisprudencial son:

“Arriola”<sup>14</sup> (2009), en contra de la punición.

“Montalvo”<sup>15</sup> (1990), a favor de la punición.

“Bazterrica”<sup>16</sup> (1986), en contra de la punición.

“Colavini”<sup>17</sup> (1978), a favor de la punición.

La simple exposición de las fechas y de los resultados de las sentencias son prueba suficiente de que la CSJN, a lo largo de 4 décadas, ha cambiado de parecer en cada decenio. Desde el trialismo (iusnaturalismo en su dimensión dikelógica), el profesor emérito de la UBA, Germán J. Bidart Campos, opina que una sentencia modelo de un tribunal prestigioso puede adquirir ejemplaridad y es susceptible de provocar imitación ulterior espontánea<sup>18</sup>. Bajo las condiciones descriptas, no hay ejemplaridad posible.

La inseguridad cortesana, para sostener una posición a lo largo del tiempo, repercute en la credibilidad de la institución y, en consecuencia, en el seguimiento de sus fallos por parte de los tribunales inferiores. El escenario atenta contra una deseable sensación de seguridad jurídica. Recurriendo a un juego de palabras, la máxima aplicable en nuestro medio sería, algo así, como “estar a la psiquis” que al *stare decisis* de la CSJN.

A continuación, expondré los hechos de cada uno de los casos y las particularidades de las sentencias, habida cuenta de que permiten visualizar algunos de los problemas.

---

51-108. Disponible en: [https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica05.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica05.pdf)

<sup>14</sup> Fallos: 332:1963.

<sup>15</sup> Fallos: 313:1333.

<sup>16</sup> Fallos: 308:1392.

<sup>17</sup> Fallos: 300:254.

<sup>18</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediar, 1996, p. 415.

*a) Hechos: “Arriola” (Resultado: 7 – 0)*

Unanimidad. Están descriptos en el voto conjunto de Highton de Nolasco y Maqueda (considerando 4), al que adhieren el resto de los ministros. La prueba surge de tres procedimientos judiciales realizados en distintas fechas y en el mismo lugar.

IMPUTADO 1: tenencia de tres cigarrillos de marihuana de armado manual (con un peso de 0,283 gramos, 0,245 gramos y 0,161 gramos, cada uno; y dosis umbrales: 0,8; 1,1 y 0,5, respectivamente), incautados del bolsillo del pantalón.

IMPUTADOS 2 y 3: tenencia de tres y de un cigarrillo de marihuana, respectivamente (con un peso de 0,25 gramos, 0,30, gramos, 0,27 gramos y 0,25 gramos; y de 10 dosis en total), incautados de los bolsillos de sus pantalones.

IMPUTADOS 4 y 5: tenencia de tres cigarrillos de marihuana de armado manual cada uno (con un peso de 0,31 gramos, 0,29 gramos, 0,29 gramos, 0,25 gramos, 0,26 gramos, 0,27 gramos, cada uno; y dosis umbrales: 0) que se encontraban en 2 paquetes de cigarrillos que dejaron caer sobre la vereda al advertir la presencia policial.

*b) Hechos: “Montalvo” (Resultado: 7 – 2)*

Mayoría. Los hechos surgen del voto conjunto de los ministros Levene (H), Cavagna Martínez, Barra, Nazareno, Oyhanarte y Moline´O Connor (considerando 2).

Montalvo fue detenido en un auto de alquiler, junto a otra persona, por presumirse que estaba vinculado a la sustracción de dólares. Al llegar a la dependencia policial y descender del vehículo, arrojó una bolsita que contenía 2,7 g de marihuana. El voto individual de Fayt no reproduce los hechos.

Disidencias. El voto individual de Belluscio nada dice. El voto individual de Petracchi reproduce los hechos descriptos por la mayoría.

*c) Hechos: “Bazterrica” (Resultado: 3 – 2)*

Mayoría. En el voto conjunto de Belluscio y Bacqué (13 considerando) no hay referencia a los hechos. Del voto individual de Petracchi (27 considerando) surge que las sustancias encontradas en poder del procesado consistían en: 3,6 g de marihuana y 0,06 clorhidrato de cocaína. Se infiere que el hallazgo fue producto de un allanamiento en el domicilio (considerando 1).

Disidencias. En el voto conjunto de Caballero y Fayt se remite a la disidencia en “Capalbo” (fue fallado el mismo día que “Bazterrica y en idéntico sentido) sin mención de hecho alguno.

*d) Hechos: “Colavini” (Resultado: 4 – 0)*

Unanimidad. En el voto conjunto de los ministros Gabrielli, Rossi, Frías y Daireaux no hay descripción de los hechos. Recurriendo al dictamen del Procurador, surge que Colavini fue detenido mientras circulaba por una plaza con 2 cigarrillos de marihuana entre sus ropas.

De lo expuesto, se advierte una primera dificultad común: la insuficiente descripción de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las conductas juzgadas en las sentencias. De la poca información disponible, se repara que no hay identidad en los hechos (lugares de detención, cantidad y tipo de sustancias, etc.). Este problema no es menor, dado que condiciona la correcta aplicación de la analogía.

Me centraré únicamente en señalar algunas cuestiones de “Arriola”. El decisivo es ampliamente conocido en los claustros universitarios (“Bazterrica” también lo es), en general, se lo considera una conquista judicial en favor de la libertad personal y, en mi opinión, se lo enseña con liviandad. Por si fuera poco, intuyo que se ha instalado una falsa creencia o un error de prohibición sobre el asunto.

El caso fue resuelto por unanimidad, en ese entonces, la CSJN tenía 7 miembros en funciones. Se contabilizan 1 voto conjunto –de 2 jueces– y 5 votos individuales. La parte dispositiva declaró por unanimidad la inconstitucionalidad

del artículo 14, segundo párrafo, Ley 23.737: “... 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” (voto conjunto de Highton de Nolasco y Maqueda). En cuanto a los fundamentos, entre numerosas razones, los votos aplican o remiten a “Bazterrica” (excepto Fayt que cambia de postura y Argibay que hace un análisis casuístico amplio).

Ahora bien, detengámonos en la construcción de la sentencia. El voto conjunto es de Highton de Nolasco y Maqueda y consta de 36 considerandos. El resto de los jueces reproducen los considerandos 1 al 9 del voto conjunto – referidos a los hechos y las alegaciones de la defensa– para luego derramar sus opiniones individuales. Va el detalle de la totalidad de considerandos agregados por ministro: Lorenzetti (10), Fayt (22), Petracchi (solo parte dispositiva, ya que remite a su voto en “Bazterrica” y disidencia en “Montalvo”), Zaffaroni (14) y Argibay (5). La suma da: 78 razones, repartidas en 5 votos, para arribar a una decisión unánime.

El problema es evidente y consiste en la dificultad en identificar el *holding* o *ratio decidendi* o la regla general o los principios de derecho o el estándar interpretativo o la doctrina legal o la doctrina constitucional o judicial o como quiera llamarse, que emana del precedente y sería aplicable a otros casos similares. En consecuencia, me pregunto: ¿Todas las razones (las 78) de la sentencia son de las buenas? ¿Estas razones se acoplan a las expresadas en “Bazterrica”?

Este no es el único problema. La CSJN (salvo Argibay) dice aplicar o remitir a “Bazterrica”, pero en ningún momento se constatan la identidad o coincidencia de los hechos entre ambos casos. Todas las razones (salvo Argibay) son afirmaciones dogmáticas en cuanto a que la tenencia de estupefacientes para consumo personal es una acción privada amparada por la CN, siempre que no sea lesiva.

Lamentablemente (salvo Argibay), no se explica bajo qué circunstancias de modo, tiempo y lugar la conducta goza de protección constitucional. Recordemos que la parte dispositiva de la sentencia expresa que la tenencia no es punible: “...

en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño”. Por ende, pregunto: ¿Cuáles son tales condiciones? En ninguna parte se dan a conocer al público (salvo los indicios que da Argibay).

Tampoco (salvo Argibay) se constatan los hechos de “Montalvo” con las circunstancias de “Arriola”, para justificar el cambio de jurisprudencia. Se presume, sin verificación alguna, la relación de semejanza fáctica entre los hechos de ambos casos. Recurriendo al absurdo, una persona que tiene adquiridos varios boletos de avión al mismo destino y en diferentes fechas, para modificar uno de los *tickets*, se tomará el trabajo de chequear los días de partida y de regreso, como así también, el número de vuelo. En fin...

Antes de continuar, me veo obligado a decir: gracias Dra. Carmen Argibay por no prescindir de los hechos y aportar buenas razones fundadas en el Derecho. Entre otras cuestiones, luego de analizar un conjunto de casos, la ministra plantea que existe una multiplicidad de acciones posibles para infringir el tipo penal. Insiste en que los jueces deberán determinar en cada caso si la tenencia fue lesiva. Predica que la tenencia para consumo, por sí misma, no brinda ningún elemento de juicio. En contraposición al resto, afirma que los hechos de “Arriola” guardan similitud con otra decisión: la recaída en “Noguera”.

Sumo un problema más, que no es el último existente. En ocasiones, la CSJN adhiere, sin más, al dictamen de la Procuración General de la Nación. Aquí, se agravan las posibilidades de extracción de la doctrina judicial aplicable a otros casos, por el simple hecho de la naturaleza de la pieza jurídica dictaminadora. El caos total se configura si hay un voto conjunto que hace suyo el dictamen y votos individuales con fundamentación propia. En un clima con menos nubes, sería aconsejable que el Ministerio Público Fiscal, en cuanto titular de la acción penal, no lleve adelante investigaciones que a todas luces constituyen una acción no punible: la tenencia.

En este escenario, los jueces penales de las instancias inferiores difícilmente quieran o puedan emular las sentencias de la CSJN.

### III. Respuestas a las preguntas iniciales

Respecto a la primera, ya di mi respuesta y justificación.

Ahora diré mi opinión sobre el segundo interrogante. Para comenzar, vale aclarar que el Congreso de la Nación solo puede regular la competencia por apelación de la CSJN. Los casos de competencia originaria se encuentran taxativamente enumerados en la CN y no pueden ser modificados por la legislación (desde “Marbury vs. Madison, hasta el día de la fecha). Entonces, ¿se puede establecer por ley la obligatoriedad de los precedentes resueltos en jurisdicción apelada y originaria de la CSJN?

Es indistinto y no habría impedimentos constitucionales. Por si acaso prevengo, en la instancia originaria, no se estarían ampliando los supuestos de intervención de la CSJN. Básicamente, la normativa regularía los efectos de las sentencias y el deber de acatamiento de la doctrina judicial por parte los tribunales inferiores. Sin lugar a dudas, el Congreso Nacional puede legislar sobre el funcionamiento procedimental del Poder Judicial. Bidart Campos defendía la idea de que para preservar la igualdad jurídica es preciso uniformar la interpretación judicial de la norma general.<sup>19</sup>

En el itinerario, el Congreso Nacional debería detallar las mayorías requeridas para dotar de estabilidad al precedente y precisar las formas de exhibir la regla general que emana de la sentencia. Aquí, será necesario recurrir a la distinción entre: *holding* y *obiter dictum*. O sea, entre lo principal y lo accesorio, para decirlo de un modo sencillo. Del *holding* surgirán los principios jurídicos obligatorios.

Volviendo a Farrell. El filósofo explica que los pleitos pueden resolverse de dos formas: caso por caso o punto por punto. En la primera opción, resultadista, la mayoría se expresa en la decisión. En la segunda variante, no resultadista, la mayoría toma posición en cada una de las cuestiones. Farrell se inclina por la

---

<sup>19</sup> BIDART CAMPOS, *ob. cit.*, pp. 417 y ss.

última, basada en la división de proposiciones, planteando que el método punto por punto sea exigido por vía legal.<sup>20</sup>

Comparto la propuesta, además, guarda consonancia con la regulación legal de los fallos plenarios. Para finalizar, la ley debería intimar a la CSJN y a la totalidad de los tribunales inferiores a detallar con precisión las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cada caso. Este requisito es indispensable para poder aseverar que nos encontramos frente a hechos análogos y, por consiguiente, subsumir la doctrina constitucional de la CSJN.

Cierro este apartado, con una conocida frase de Farrell<sup>21</sup>, asociada al papel que les toca a los jueces en la aplicación del Derecho, que invita a la reflexión: “Un juez que nunca dicta una sentencia cuyo resultado le desagrade no es un buen juez”.

#### IV. Cierre y provocación: el control de convencionalidad

La Corte IDH pregonaba la obligatoriedad de sus interpretaciones de norte a sur y de este a oeste (desde “Almonacid Arellano” de 2006, hasta estos días). En cuanto al Estado argentino, no encontramos en el derecho positivo constitucional y convencional vigente norma expresa que atribuya esa competencia al tribunal de San José de Costa Rica. Nuestra CSJN, sin matices, ha comulgado progresivamente con esta idea en las causas de lesa humanidad. Esa deferencia la ha llevado a aplicar estándares convencionales, en casos en que el Estado argentino no fue parte, sin escrutinio alguno o prescindiendo de cualquier relación o similitud fáctica. Así, por ejemplo, en “Simón”<sup>22</sup> (2005) se aplicó “Barrios Altos” (2001).

<sup>20</sup> FARRELL, *ob. cit.*

<sup>21</sup> FARRELL, Martín Diego, citado en ROSLER, Andrés, “Tres cuestiones Schmittianas en el Neconstitucionalismo de Robert Alexy”, en: QUINTANA, Joaquín Millón y SAULINO, María Florencia, *Tomando las consecuencias en serio. Ensayos en homenaje a Martín Diego Farrell*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2022, p. 457.

<sup>22</sup> Fallos: 328:2056.

A partir de 2017, soplan vientos de cambio. En la sentencia “Fontevicchia” o “Ministerio de Relaciones Exteriores”<sup>23</sup>, una mayoría de 4 miembros sobre 5 (voto conjunto de Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz, voto individual de Rosatti) reivindica la plena vigencia de los principios de derecho público de la CN como límite a la Corte IDH y se vale de la doctrina europea del “margen de apreciación nacional” (voto individual de Rosatti).

El iusmoralismo principialista de la Corte IDH privilegia sus criterios de justicia (con los que puedo comulgar) por sobre cualquier norma jurídica dictada por poderes democráticos llamados a crear el Derecho. La invención del Derecho de la “Liga de la Justicia” se contrapone al respeto y a la prudencia en la aplicación de las normas de la “Liga del Derecho”.

## BIBLIOGRAFÍA

- BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediar, 1996.
- BULYGIN, Eugenio, “Sentencia judicial y creación de Derecho”, en: ALCHOURRON, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 355-369.
- FARRELL, Martín Diego, “¿Cómo deben argumentar los jueces en los tribunales colectivos?”, en: FARRELL, Martín Diego, *Entre el derecho y la moral*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012, pp. 15-38.
- GARAY, Alberto F., “El precedente judicial en la Corte Suprema”, en: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 2, número 1 y 2, abril 1997, pp. 51-108 [Consultado: enero de 2022].
- GARCÍA AMADO, Antonio, *Decidir y argumentar sobre derechos*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2017.
- MATIENZO, José Nicolás, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Librería La Facultad, 1926.

---

<sup>23</sup> Fallos: 340:47.

MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

ROSLER, Andrés, *La ley es la ley*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Katz, 2019.

“Tres cuestiones Schmittianas en el Neconstitucionalismo de Robert Alexy”, en: QUINTANA, Joaquín Millón y SAULINO, María Florencia, *Tomando las consecuencias en serio. Ensayos en homenaje a Martín Diego Farrell*, Ciudad Autónoma