

Dicho sea de paso. *Obiter dicta*

POR ERNESTO E. DOMENECH (*)

Sumario: 1. El significado de “obiter dictum”. — 2. Obstáculos en el análisis de sentencias judiciales. — 3. *Obiter dictum* y afirmaciones no relevantes. — 4. El uso del *obiter dictum*: 4.1. Usos de los obiter dictums; 4.2. El impacto de los obiter; 4.3. En lo sucesivo intentaremos ejemplificar los distintos tipos de obiter inventariados y formular algunas observaciones a su respecto. — 5. Conclusiones. — 6. Bibliografía.

“La importancia de un fallo, por cierto, no depende de su extensión o atractivo teórico sino de lo que decide. No son los largos considerandos, la abundancia de citas, las arduas discusiones que ofrecen a sus lectores, en su voto, los magistrados individuales o los integrantes de un tribunal colegiado que un fallo sea importante. Lo que decide lo hace.” GORDILLO, Introducción V-18.

Resumen: Este trabajo se propone caracterizar los llamados obiter dictums, analizar los diversos tipos que se presentan en sentencias de tribunales superiores y señalar sus funciones, beneficios, riesgos y dificultades en especial en el análisis y aplicación de “doctrinas judiciales”.

Palabras claves: obiter dictum, doctrinas judiciales, jurisprudencia.

OBITER DICTUM

Abstract: This paper aims at characterizing the so-called *obiter dicta*, analyzing the various types present in judgments from higher courts and pointing out their function, benefits, risks and difficulties, especially in connection with “judicial doctrine” analysis and application.

Key words: *obiter dictum*, judicial doctrines, case law.

1. El significado de “obiter dictum”

¿De qué hablamos cuando empleamos la expresión obiter dictum? Una pesquisa sobre la etimología de la expresión, y su caracterización en fuentes de acceso rápido nos permitirá mayores precisiones y un recorrido que inicien las preguntas. He aquí una aproximación que puede leerse en Wikipedia:

“El origen de la expresión. La expresión “Obiter dictum” proviene del latín. Es una expresión que implica el significado de “obiter” y “dictum” Obiter, adv., de paso y la palabra Dictare o dictatum: dictar prescribir o dictado o prescripto. En la significación de la palabra Obiter dictum (o en plural, obiter dicta) es una expresión latina que literalmente en español significa “dicho de paso”. Hace referencia a aquellos argumentos expuestos en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial que corroboran la decisión principal, pero carecen de poder vinculante, pues su naturaleza es meramente complementaria.

Estos sólo tienen una fuerza persuasiva que depende del prestigio y jerarquía del juez o tribunal del cual emana, constituyéndose como criterio auxiliar de interpretación. Para así tomar una determinación concluyente. Es el propio juez el que opina acerca de un tema en concreto, y es esta opinión la que más tarde se puede tomar como válida para el uso en un juicio, pero nunca tendrá valor de ley” (Wikipedia).

(*) Profesor Ordinario Titular de Derecho Penal I, Cátedra II. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

Ahora bien distintas preguntas suscita esta caracterización: ¿Qué significa la expresión “de paso” en la lengua española? ¿Su significado puede asociarse a los decires no relevantes de una sentencia? ¿Todos los obiters dictums poseen fuerza persuasiva? ¿En qué consiste esta fuerza persuasiva: en el prestigio de quien la dice o en su jerarquía? ¿Si así fuese, qué la diferencia de las llamadas falacias de autoridad?

Según el diccionario de la RAE estos son los significados de la expresión “de paso”:

1. loc. adv. Sin permanencia fija, provisionalmente.

2. loc. adv. Aprovechando la ocasión.

3. loc. adv. Ligeramente, sin detención.

de ~ en ~.

Como se ve es una expresión ambigua que implica desde el decir “aprovechando la ocasión” hasta la levedad o ligereza de lo que se dice, pasando por su transitoriedad.

¿Son estos atributos de las expresiones no relevantes de una resolución o sentencia judicial?

Si lo fuesen... ¿Todos persuaden al lector? Y si lo persuaden ¿Por qué lo hacen... si son transitorios, aprovechando la ocasión o dichos con ligereza?

Para responder estas preguntas conviene distinguir un poco más a los obiters dictums, y luego construir un pequeño catálogo de las dificultades con que se encuentra quien desee abordar el análisis de sentencias judiciales si ha sido formado en una escuela de derecho, al menos en la signatura derecho penal.

Obiter dictum y holding. La expresión obiter dictum se discrimina del llamado holding de las sentencias.

“Holding —dice Gordillo— es aquello que específicamente resuelve y por ende las razones que se dan para ello. Dictum es todo aquello que dice a propósito del tema, o incluso lateralmente, y sin vinculación con el thema decidendum, lo cual no es entonces un precedente judicial” (Gordillo, Introducción V-33).

Alberto F. Garay pone énfasis al aludir a los obiter dicta en la generalidad de las expresiones de un fallo, pero que “no se refieren de modo especial y exclusivo a las circunstancias del caso” (GARAY, 1997: 72).

Como puede leerse los obiter de una sentencia son algo así como un decir de más, un decir no relevante para justificar la decisión que se adopta que sin duda presenta problemas porque el exceso de argumentos desorienta al lector en la búsqueda de las razones de peso (GORDILLO, Introducción, V 23) del mismo modo que la acumulación innecesaria de información hacer engordar las causas sin que por ello sean mejores, una estrategia que, sin duda, conocía la mafia italiana.

Los obiters en consecuencia se presentan como una relación entre una afirmación o un argumento y una resolución adoptada por un tribunal en un caso en virtud de la cual esa afirmación o argumento es relevante para la decisión adoptada.

De este modo un argumento que en una sentencia pueda ser considerado un obiter puede no serlo en otra.

En este sentido es ilustrativo que en la sentencia del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires en la causa en la que se ventilaba el valor de un testimonio brindado en sede policial sin presencia fiscal, se haya utilizado como argumento relevante una afirmación considerada obiter en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia vinculada con la exclusión de las actuaciones de la prevención policial en la expresión “instrucción del art. 391 del CPPN” (Causa 10.989, Reg. de Pcia. 39.038, Voto del Dr. Carral).

Delimitar cuándo un argumento es relevante o no puede ser problemático.

Muchas veces son los propios jueces los que denominan obiter a afirmaciones que realizan. Pero ¿Es este el punto de vista que debe adoptarse para considerar una afirmación o argumento como obiter?

Un magistrado puede haber empleado argumentos de modo inatingente o haber razonado con falacias muchas veces de detección difícil como son las falacias de autoridad en las que se invocan doctrinas generales de autores o fallos, sin considerar las circunstancias y pormenores del caso. ¿Serían atingentes este tipo de afirmaciones contenidas en un fallo?

Por otra parte es indispensable recordar que no existe una forma única de argumentar en una sentencia (Atienza, 1997), sino varias, y que dentro de una misma sentencia pueden encontrarse distintas formas de razonar, y aun muy variadas formas de concebir el modo como los jueces deban actuar.

Pero discernir una afirmación relevante en una sentencia de otra que no lo es implica enfrentarse con algunos obstáculos que entorpecen el análisis de las sentencias judiciales. Tener un panorama de estas dificultades ayudará a analizar con mayor profundidad esta cuestión.

2. Obstáculos en el análisis de sentencias judiciales

Los obiters dictums constituyen una categoría conceptual que surge cuando se analizan sentencias judiciales discriminando lo que se resuelve (y lo relevante para hacerlo) de lo que no lo es.

El análisis de sentencias judiciales tropieza, no obstante con ciertos obstáculos que conviene tener presente antes de abordar con más detalle los obiters dictums.

Analizar sentencias judiciales implica de alguna manera remover ciertos obstáculos que instala el modo en que los abogados aprenden el derecho, el modo en que la teoría jurídica las considera o presenta, sobre todo en Manuales o repertorios de jurisprudencia y muy en especial como en los distintos roles profesionales las invocan.

Estos obstáculos han sido descubiertos con inteligencia por el Profesor Gordillo:

“...Hay dos variantes —afirma— antiguas para analizar un fallo: a) prestar atención a la que el fallo resuelve frente a un problema determinado, o b) prestar primordial atención a los argumentos que el fallo despliega, sin tener prioritariamente en cuenta lo que resuelve o el problema frente al cual se expresa. La segunda variante es la que se usa en forma exclusiva para preparar los sumarios de las colecciones o publicaciones de fallos; es también la forma en que muchos estudiantes de derecho, abogados y profesores de derecho los leen” (GORDILLO, Introducción: V-20).

Como puede verse lo relevante en esta distinción es la prioridad que en el análisis tenga el problema y la solución que el fallo encuentra por oposición a lo que el fallo diga que se puede relacionar con la prioridad que se le asigne a los Jueces como personas encargadas de resolver el conflicto de otros, o como sujetos de un determinado discurso.

Que las especiales circunstancias del caso (el problema y la solución) no sean adecuadamente explicitadas se agrava por un modo especial de justificar las decisiones judiciales: la invocación de principios.

Muy en especial debe entonces considerarse como una verdadera dificultad en el análisis de las sentencias judiciales, el estudio de una determinada disciplina mediante principios que suelen inventariarse pulcramente, que se infieren a partir de un impreciso conjunto de normas, pero que se definen poco o se enuncian con un inusual grado de vaguedad.

Y son una dificultad no sólo porque se los pesquise en las sentencias con prescindencia de las circunstancias del caso, sino por las dificultades que resultan de invocarlos, sin más, como argumentos decisivos de lo que se decide. “Muchas veces encontraremos sentencias que dan como fundamento expreso pautas o principios generales (credos en esas decisiones) de excesiva latitud y que, por lo

tanto, abarcan supuestos demasiados genéricos o excesiva o inconvenientemente alejados de los que el caso a resolver presenta”, afirma Alberto Garay (GARAY, 1997: 66) (1) una cuestión que complicará significativamente discernir qué es lo realmente relevante en una decisión judicial.

3. *Obiter dictum* y afirmaciones no relevantes

El empleo de la expresión *obiter dictum*, necesita algún tipo de especificación de modo de poder determinar con alguna precisión mínima de qué se está hablando al abordarlos y estudiarlos.

Un problema interesante surge cuando se caracteriza los *obiter* como aquellas afirmaciones que no han sido decisivas para fundar la decisión que un tribunal adopta cuando se trata de un tribunal constituido por varios miembros.

En este sentido, las opiniones minoritarias pareciesen no relevantes para la decisión adoptada, pues han sido las mayoritarias las decisivas. Sin embargo hay que analizar el problema con detalle explorando los tipos de acuerdo y desacuerdos alcanzados por los jueces, ya que es posible que existan acuerdos en temas del todo relevantes para el resultado final en votos minoritarios, y otros que no lo sean.

O que los jueces que han resultado vencidos en una cuestión deban seguir votando y lo hagan de conformidad a lo decidido ya, por la mayoría, en cuestiones anteriores, aunque muchas sentencias no contengan un adecuado planteamiento de las cuestiones, tanto por los interrogantes que se abordan como por la secuencia en que deben ser planteados.

Es que las sentencias y las resoluciones judiciales no enfrentan una única cuestión, sino un conjunto entramado de cuestiones que suelen plantearse en orden sucesivo. El problema puede además complicarse si se advierte que en realidad puede llegar a existir un acuerdo en lo que debe ser resuelto, y un desacuerdo en las razones o los motivos por los que debe ser resuelto de ese modo. También es necesario tener presente que dos tipos de fundamentos existen en los tribunales que son colegiados. El fundamento final de la decisión es que se logró una mayoría, frente a una minoría y ésta circunstancias lo que pesa. Una suerte de lógica numérica. En cambio este tipo argumento no es el que prima para justificar la decisión que cada juez pueda adoptar.

Un modo posible de precisar este problema es considerar la relevancia o irrelevancia de una cuestión en relación a la decisión que adopta quien la enfrenta o en relación a la decisión final adoptada cuando un tribunal es colegiado. Leer con toda atención el contenido íntegro de una sentencia, incluyendo los antecedentes que llevan al pronunciamiento, es condición ineludible para considerar que una determinada afirmación constituye o no un *obiter dictum*. La mera reseña de doctrina de un fallo (muchas veces relacionadas con intereses en torno a disputas teóricas) es absolutamente insuficiente.

4. El uso del *obiter dictum*

El *obiter dictum* o el decir de paso es de uso frecuente en la práctica judicial, sobre todo por los Tribunales superiores al dictar sentencias. ¿Cómo analizar los *obiters dictums*? ¿Son todos similares? ¿Sirven para algo? ¿Qué persiguen?

Muchas son las perspectivas desde la cuales los *obiter dictums* pueden ser analizados. Una posible se relaciona con el modo como los jueces conciben los actos jurisdiccionales, desde aquellos que emplean sentencias minimalistas, austeras, con escaso apego a las digresiones o los dichos de paso, hasta la de otros que gustan de las sentencias “maximalistas” plenas de digresiones, opiniones y citas.

También se los puede explorar pensando en la ideología que se encuentra tras estas digresiones, y a las consecuencias que se siguen de ella.

La escritura de una sentencia implica en estos sentidos tanto cuestiones gestionarias (de administración de tiempo y recursos en su confección) hasta cuestiones éticas y morales. La sentencia, como

(1) Lo paradójico es el terreno que han ganado estos principios en el desarrollo teórico, en la legislación, y en el uso que de ellos se realiza en las sentencias o resoluciones judiciales, en especial en el ámbito penal.

los casos en que se dictan, se comportan como fuentes valiosas de conocimiento no sólo jurídico, sino histórico, sociológico o etnográfico, ético o político. Son vestigios, restos, que hablan no sólo de una sociedad, de una cultura o de una historia, sino también de personas e ideas. Modos de pensar y comportarse. De modo que al analizar obiter todas estas perspectivas pueden ser consideradas.

En este trabajo no abordaremos todas estas jugosas temáticas. En cambio nos detendremos en especial en identificar los propósitos con los que se incluyen obiter dictums y sus consecuencias, en especial las que podríamos denominar argumentales. Como se insinuó en las preguntas formuladas al comienzo de este trabajo.

4.1. Usos de los obiter dictums

No es sencillo determinar los propósitos de estas afirmaciones dichas al pasar y es factible que exista más de un propósito en estas digresiones, y que, como ocurre con las funciones del lenguaje, una digresión posea más de un propósito. Veamos un inventario no exhaustivo. (2)

- a. Es posible que las afirmaciones al paso se hagan por ejemplo, como un acto de erudición académica.
- b. También suele ocurrir en estas digresiones se empleen para analizar posibles argumentos destinados a desvirtuar lo decidido desde un punto de vista teórico.
- c. O que se realicen para analizar las dificultades de ejecución práctica de la decisión adoptada.
- d. O que se empleen para justificar un cambio de opinión del Tribunal, o para, eventualmente adelantar esa posibilidad.
- e. En ocasiones se emplean digresiones para advertir que la decisión hubiese sido distinta si el recurso o el procedimiento que la posibilitó hubiese sido otro.
- f. O que otro sería el resultado si la actividad de alguna de las partes lo hubiese permitido.
- g. También es posible que se desee destacar la extrema singularidad del caso que se decide.
- h. En ocasiones los jueces deslizan, a través de estas digresiones, verdaderas críticas a la legislación vigente por una muy variada gama de motivos.
- i. O salvan su opinión personal en relación al tópico planteado.
- j. También es posible que expresen puntos de vista o ideas relacionados con el tema en cuestión.
- k. En ocasiones reseñan criterios jurisprudenciales, o precedentes del mismo tribunal (u otros) y “contextualizan” la decisión que se adopta en una línea o criterio de interpretación.
- l. Hay digresiones destinadas a señalar que a la misma decisión adoptada podría haberse llegado por otros caminos.

(2) Juan Bms. VALLET DE GOYTISOLO en “El razonamiento judicial”, sostiene que “Jesús Marina Martínez-Pardo [20], en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia, ha efectuado por primera vez, que yo sepa, una cuidada labor de clasificación, con examen meticuloso de las sentencias del Tribunal Supremo, de las diferentes clases de obiter dicta utilizados, distinguiendo: los que contienen lecciones de derecho; los que son presagio de un cambio de criterio; los que sostienen una crítica de disposiciones legales; los reveladores de una ideología; los indicativos del cauce procesal adecuado; los que incluyen razonamientos que reflexionan acerca de las alegaciones referidas a los denominados supuestos de la cuestión; los constituidos por sobreabundancia de razonamientos, y los contenidos de votos particulares” Luego Vallet de Goytisoló añade “Como acabamos de ver, L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN hablan del carácter incidental o de argumentación subsidiaria de los obiter dicta, y Albaladejo de lo dicho incidentalmente o accidentalmente, o que no es de esencia para la resolución a que se llega. Creo que también constituyen obiter dicta las consideraciones ajenas al caso y las generalizaciones que exceden de la relación existente entre los hechos del caso y la decisión adoptada en la sentencia”.

m. O que existen otros argumentos no planteados por las partes que conducen al mismo resultado al que se ha arribado.

4.2. *El impacto de los obiter*

Seguramente algunos obiter dictums inventariados no poseerán significativa relevancia. Tal el caso en que el sentenciante sólo hace gala de erudición académica. En cambio si opta por relativizar de algún modo el alcance de la decisión que adopta el valor de ese obiter es indudable. Si hace especial hincapié en las peculiaridades extremas del fallo, es claro que difícilmente esa doctrina pueda ser generalizada sin una cuidadosa comparación de los matices del caso decidido.

Si emplea expresiones como “distinto hubiese sido si”, en realidad relativiza la aplicación de lo decidido como precedente respecto de esas circunstancias diversas que pueden ser el tipo de recurso decidido, o la forma como los argumentos o los agravios han sido planteados. En ciertas ocasiones los tribunales están estrechamente enmarcados en las peticiones de las partes, (considerar agravantes de pena no invocadas, o modos de ejecución de penas no previstos) en otras no pueden “empeorar” la situación de quien ha recurrido, una situación de se conoce con la expresión latina *reformatio in peius*.

4.3. *En lo sucesivo intentaremos ejemplificar los distintos tipos de obiter inventariados y formular algunas observaciones a su respecto*

4.3.1. *Obiters eruditos o académicos*

En ocasiones los magistrados hacen gala de distinto tipo de conocimientos. Muchas veces dictan verdaderas “lecciones” de derecho. Pero digresiones de esta especie merecen ser analizadas con cuidado, porque la escritura académica o “científica”, de variado nivel de erudición, posee reglas de escritura diversas a las que se deben tener en cuenta al dictar una sentencia. La escritura académica requiere de respaldos argumentales y empíricos, en general suele reconocer los límites y la precariedad de las afirmaciones que a través de ella se realizan, y tiene destinatarios y modos de diálogo, muy diversos al que caracteriza el lenguaje empleado en las sentencias, cuyo horizonte de significación está circunscrito al caso, a las partes y al debate.

Un riesgo no menor radica, en este sentido, en trasladar la “autoridad” jurisdiccional, al plano de la autoridad académica. Sin duda son afirmaciones con gran poder persuasivo, en especial si las lee un no experto como (en ciertos temas) suelen serlo los abogados o los ciudadanos de a quienes ellos representan. Las falacias de autoridad, precisamente, se caracterizan por ser razonamientos inválidos con gran poder de persuasión. Veamos algunos ejemplos.

a. *El Juez y el Historiador*

Un ejemplo de un obiter “académico” puede leerse en el fallo Casal cuando se ocupa de la relación entre el Juez y el historiador. Un tema que ha ocupado a juristas y otros científicos sociales ha sido la comparación entre los jueces y los historiadores. A ella se han aplicado historiadores como Carlo Guinzburg, y filósofos como Paul Ricoeur. En el fallo “Casal” también se encuentran referencias a estas faenas, en el voto de los doctores Zaffaroni, Maqueda y Lorenzetti:

“30) Que aunque a esta tarea no se la desarrolle siguiendo expresamente cada paso metodológico, el método para la reconstrucción de un hecho del pasado no puede ser otro que el que emplea la ciencia que se especializa en esa materia, o sea, la historia. Poco importa que los hechos del proceso penal no tengan carácter histórico desde el punto de vista de este saber, consideración que no deja de ser una elección un tanto libre de los cultores de este campo del conocimiento. En cualquier caso se trata de la indagación acerca de un hecho del pasado y el método —camino— para ello es análogo. Los metodólogos de la historia suelen dividir este camino en los siguientes cuatro pasos o capítulos que deben ser cumplidos por el investigador: la heurística, la crítica externa, la crítica interna y la síntesis. Tomando como ejemplar en esta materia el manual quizá más tradicional, que sería la Introducción al Estudio de la Historia, del profesor austríaco Wilhelm Bauer (la obra es de 1921, traducida y publi-

cada en castellano en Barcelona en 1957), vemos que por heurística entiende el conocimiento general de las fuentes, o sea, qué fuentes son admisibles para probar el hecho. Por crítica externa comprende lo referente a la autenticidad misma de las fuentes. La crítica interna la refiere a su credibilidad, o sea, a determinar si son creíbles sus contenidos. Por último, la síntesis es la conclusión de los pasos anteriores, o sea, si se verifica o no la hipótesis respecto del hecho pasado.

Es bastante claro el paralelo con la tarea que incumbe al juez en el proceso penal: hay pruebas admisibles e inadmisibles, conducentes e inconducentes, etc., y está obligado a tomar en cuenta todas las pruebas admisibles y conducentes y aun a proveer al acusado de la posibilidad de que aporte más pruebas que reúnan esas condiciones e incluso a proveerlas de oficio en su favor. La heurística procesal penal está minuciosamente reglada. A la crítica externa está obligado no sólo por las reglas del método, sino incluso porque las conclusiones acerca de la inautenticidad con frecuencia configuran conductas típicas penalmente conminadas. La crítica interna se impone para alcanzar la síntesis, la comparación entre las diferentes pruebas, la evaluación de las condiciones de cada proveedor de prueba respecto de su posibilidad de conocer, su interés en la causa, su compromiso con el acusado o el ofendido, etc. La síntesis ofrece al historiador un campo más amplio que al juez, porque el primero puede admitir diversas hipótesis, o sea, que la asignación de valor a una u otra puede en ocasiones ser opinable o poco asertiva. En el caso del juez penal, cuando se producen estas situaciones, debe aplicar a las conclusiones o síntesis el beneficio de la duda. El juez penal, por ende, en función de la regla de la sana crítica funcionando en armonía con otros dispositivos del propio código procesal y de las garantías procesales y penales establecidas en la Constitución, dispone de menor libertad para la aplicación del método histórico en la reconstrucción del hecho pasado, pero no por ello deja de aplicar ese método, sino que lo hace condicionado por la precisión de las reglas impuesta normativamente”.

¿Cuál es el propósito de esta digresión? ¿Es meramente académica? ¿Da una lección de epistemología de la historia y de la actuación judicial? Esta digresión, si bien posee significativas marcas académicas apunta a poner en evidencia el modo como opera un juez en un proceso penal de modo de poder evidenciar cómo controlar su desempeño. De algún modo justifica que, desde el punto de vista de la racionalidad no pragmática es posible llevar adelante operaciones de control de los fallos que se recurrentes. Es decir intenta demostrar que este control es técnicamente posible. Sin embargo fuera de este cotejo muchas son las diferencias que atraviesan las faenas de los jueces y los historiadores, pese a que para autores como Ricoeur la impronta de la imparcialidad de una clave común a ambas tareas.

Los jueces, de alguna manera, deciden de una vez y para siempre el caso que se les ha planteado y si por alguna razón ese caso se revisa por otros tribunales ya no será el juez que lo decidió en la primer instancia el que deba resolverlo, sino otros jueces que no tengan comprometida su opinión, en el lenguaje de los juristas que sean hábiles para hacerlo.

Los historiadores (fuera quizás de lo que se podría denominar la historia oral) no pueden interrogar directamente a quienes han producido sus fuentes. (3) Los autores de las fuentes escritas que consultan no comparecen ante el escritorio del historiador para que éste le formule preguntas, para que se interiorice en los intereses que esas fuentes puedan haber tenido, o tengan en el tema en cuestión, o para que le pregunten “partes” interesadas en la reconstrucción histórica, o para que justifiquen, “den razón” de lo que han dicho. Tampoco se encuentra el historiador con “alegatos” de partes que cuestionen o interpreten esas fuentes.

Por otra parte la actividad de producción e interpretación de los pruebas judiciales suele estar minuciosamente reglada y estas reglas que se formulan en lenguajes naturales hace que el Juez deba, al aplicarlas, interpretarlas, señalando su validez constitucional y su alcance.

(3) Lo que tampoco pueden hacer los jueces de tribunales de apelación, cuando no se les ofrece prueba en esa instancia.

b. Una lección de la historia de la casación y del derecho procesal argentino

Como expuse algunos iboter dictums importan verdaderas “lecciones de derecho”, que, en el ejemplo que daré, permiten “contextualizar histórica y políticamente” el problema que se aborda. Aludo a la historia del recurso de casación y a los cambios y características de la legislación procesal penal argentina.

8°) Que nuestros códigos procesales penales contemplan el recurso de casación, introducido a partir del código de Córdoba de 1940. La casación entró a nuestra legislación procesal como cuña de extraña madera en el orden jurídico, pues su objetivo proclamado en su versión originaria —el mencionado objeto político— es poco compatible con la estructura y funciones que la Constitución Nacional asigna al Poder Judicial Argentino.

9°) Que la casación europea en su versión originaria —tradicional o clásica— surgió como resultado del control político que en tiempos de la Revolución los legisladores franceses quisieron ejercer sobre sus jueces, de los que —con sobrada razón— desconfiaban. Los viejos y degradados tribunales del antiguo régimen —llamados parlamentos— fueron reemplazados, y se consideró que era menester cuidar que los nuevos no cayesen en análogos o peores vicios. Con ese objeto se creó un tribunal extrajudicial, junto al Legislativo, encargado de romper las sentencias en que los jueces, por vía de interpretación (función que se consideraba usurpadora del poder político), se apartasen del sentido literal de las leyes. La prohibición de la interpretación (o, como máximo, la admisión del solo método de interpretación gramatical) y la casación, son paralelos y necesariamente complementarios. Con el correr de los años y el advenimiento del Imperio, se montó un poder judicial altamente burocratizado y jerarquizado, organizado en forma piramidal, del que no cabía esperar que se separase de las leyes pues había sido entrenado en su estricta y repetitiva aplicación (escuela exegetica). En esas circunstancias carecía de sentido mantener un tribunal extrajudicial para controlar la pirámide entrenada en aplicar la ley a la letra, de modo no contradictorio, siempre igual, y, por ende, se consideró llegada la hora de ubicar a este tribunal dentro del propio mecanismo judicial, como su cabeza. El tribunal vigilador de jueces, que el poder político (Parlamento, Emperador) había usado al margen del judicial, pasaba a ser cabeza de éste, siempre en una estructura verticalmente organizada y jerárquica, es decir, corporativa. El tribunal de casación dejó de vigilar a los jueces para pasar a mandarlos. De ese modo se garantizaba —por lo menos teóricamente— el estricto y celoso cumplimiento de la voluntad política expresada en la ley.

10) Que concebida de este modo —y también para no sobrecargar de trabajo al tribunal cupular—, la casación fue la instancia que no entendía de hechos, sino sólo de la interpretación de la ley, para que ésta no se distorsionase en su aplicación, con el objetivo político de garantizar la voluntad del legislador y reducir al juez a la boca de la ley. La cúpula jerárquica que coronaba la estructura judicial corporativa rompía las sentencias que se apartaban de esa voluntad política expresada en la letra de la ley. El modelo se extendió rápidamente por Europa y se mantuvo casi invariable hasta la finalización de la segunda guerra mundial.

11) Que este modelo de organización judicial no tiene nada en común con el nuestro. Alberdi y los constituyentes de 1853 optaron por el modelo norteamericano, originariamente opuesto por completo al europeo, su antípoda institucional. Los constituyentes norteamericanos, al proyectar el modelo que luego tomaría la Constitución Nacional, no desconfiaban de los jueces, sino del poder central —federal— que creaban. Temían generar un monstruo que lesionase o suprimiese el principio federal. Los derechos consagrados en la Constitución de los Estados Unidos, en su origen, no limitaban las leyes de los estados, sino sólo las leyes federales. Los norteamericanos se independizaban de la Corona, pero no querían instituir un poder central —federal— que en definitiva viniese a ejercer un poder arbitrario análogo. Por ello, dieron a todos los jueces la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes y, en última instancia, a su Corte Suprema. El Poder Judicial norteamericano no era jerarquizado ni corporativo, sino horizontal, con el control difuso de constitucionalidad; el único elemento de verticalidad fue el *stare decisis*. En lugar de encargar a los legisladores el control de los jueces —como los franceses—, los norteamericanos pusieron a los jueces a controlar a los legisladores.

12) Que se trata, pues, de dos modelos diferentes: nuestro recurso extraordinario responde al modelo de los jueces controladores de la legislación; el recurso de casación proviene del modelo de legisladores controladores de las sentencias. Originariamente, la casación fue un típico recurso propio de un Estado legal de derecho; el recurso extraordinario lo es, de un Estado constitucional de derecho.

13) Que el llamado objetivo político del recurso de casación, sólo en muy limitada medida es compatible con nuestro sistema, pues en forma plena es irrealizable en el paradigma constitucional vigente, dado que no se admite un tribunal federal que unifique la interpretación de las leyes de derecho común y, por ende, hace inevitable la disparidad interpretativa en extensa medida. La más fuerte y fundamental preocupación que revela el texto de nuestra Constitución Nacional es la de cuidar que por sobre la ley ordinaria conserve siempre su imperio la ley constitucional. Sólo secundariamente debe admitirse la unificación interpretativa, en la medida en que la racionalidad republicana haga intolerable la arbitrariedad de lesiones muy groseras a la igualdad o a la corrección de interpretaciones carentes de fundamento. Pero resulta claro que no es lo que movió centralmente a los constituyentes a la hora de diagramar el sistema judicial argentino.

14) Que desde 1853 —y pese a las múltiples ocasiones en que se lo ha desvirtuado o desviado— nos rige el mandato de hacer de la República Argentina un Estado constitucional de derecho. Nunca en su sistema se puede concebir un recurso que tienda a quebrar las sentencias de los jueces para imponer una única voluntad interpretativa de la ley, con el afán de no desvirtuar la voluntad política del legislador ordinario. Por el contrario, nuestro sistema conoce desde siempre el recurso que permite a los ciudadanos impetrar de sus jueces la supremacía de la Constitución sobre la voluntad coyuntural del legislador ordinario que se hubiese apartado del encuadre de ésta. En consecuencia, la perspectiva constitucional argentina es, estructuralmente, refractaria al llamado recurso de casación en su limitada versión tradicional u originaria.

15) Que el proceso penal que en la legislación comparada y a partir del modelo napoleónico acompañó a los estados legales de derecho europeos y a sus sistemas judiciales corporativos y verticalmente organizados, es el llamado mixto, o sea, el que comienza con una etapa policial e inquisitoria, a cargo de un juez que se pone al frente de la policía de investigación criminal. El plenario acusatorio es público, pero las pruebas del sumario inquisitorio siempre pesan. El viejo modelo del proceso penal napoleónico se extendió por Europa, junto con el modelo judicial vertical y la casación, siendo inseparable de ésta en materia penal.

Por el contrario, el proceso penal de un sistema judicial horizontalmente organizado no puede ser otro que el acusatorio, público, porque de alguna forma es necesario compensar los inconvenientes de la disparidad interpretativa y valorativa de las sentencias. De allí que nuestra Constitución previera como meta el juicio criminal por jurados, necesariamente oral y, por ende, público.

Posiblemente sea necesaria —aquí sí— una interpretación progresiva para precisar el sentido actual de la meta propuesta por la Constitución. Habría que determinar si el jurado que ese texto coloca como meta es actualmente el mismo que tuvieron en miras los constituyentes, conforme a los modelos de su época, o si debe ser redefinido según modelos actuales diferentes de participación popular. Pero cualquiera sea el resultado de esta interpretación, lo cierto es que, desde 1853 la Constitución reitera en su texto la exigencia de la publicidad del proceso penal al recalcar la necesidad de establecer el juicio por jurados, como una de las más idóneas para lograr la publicidad. La circunstancia de que el deber ser no haya llegado a ser por la vía legislativa no puede ocultar que la Constitución optó por un proceso penal abiertamente acusatorio, al que tiende la lenta progresión de la legislación argentina a lo largo de un siglo y medio.

16) Que la casación penal llegó a la Argentina acompañando el modelo procesal penal europeo, considerado en su momento —con toda justicia— como un notorio avance legislativo, lo que no es comprensible si se prescinde de la perspectiva histórica en que se produjo este hecho. La contradicción se explica porque nuestros legisladores del siglo XIX desecharon los proyectos de juicio por jurados y partieron del proceso penal español en el momento más inquisitorio de su historia contempo-

ránea. El procedimiento que se estableció en el ámbito nacional fue escrito, con amplia vigencia del secreto; la instrucción, extremadamente inquisitoria, larga y farragosa; el juez investigador, dotado de enormes poderes. Tal fue el modelo procesal con que Obarrio debió llenar urgentemente un vacío que se hacía insostenible. La república —por vía de sanciones provinciales y del propio Congreso Nacional para la Ciudad de Buenos Aires— se regía por un código penal basado en la mejor tradición liberal europea, la sanción del primer código penal nacional no alteró esa tradición inaugurada por Carlos Tejedor, inspirado en Johann Paul Anselm von Feuerbach y el código de Baviera de 1813. Obarrio era un penalista liberal profundamente inspirado en Francesco Carrara, pero su obra legislativa procesal era requerida porque la República necesitaba códigos con urgencia y no había tiempo de modificar la pesada estructura judicial del momento. Por ende, se trataba de un texto eminentemente provisorio, pero que perduró más de un siglo y, además, fue imitado por todas las provincias. La bocanada liberal de Tomás Jofré con los códigos de San Luis primero y de la Provincia de Buenos Aires más tarde, se vio rápidamente neutralizada con la delegación de la actividad instructoria directamente en la policía dependiente del Poder Ejecutivo.

17) Que nuestra legislación procesal penal, durante más de un siglo, se apartó de las líneas que le trazara la Constitución. Incluso, ni siquiera respetó el modelo europeo o francés napoleónico, pues eligió una variante mucho más inquisitoria y mucho menos pública. Lo que no fue más que el producto de la urgencia por codificar el derecho penal y procesal penal después de tres cuartos de siglo de vida independiente, mantuvo vigencia cuando el país había alcanzado el desarrollo cultural y social que superaba los estrechos márgenes de los legisladores de las últimas décadas del siglo XIX. De este modo perduró un siglo un código procesal inspirado en la restauración borbónica.

Durante buena parte del siglo pasado —y en lo federal, hasta fines de ese siglo— no tuvimos el proceso penal propio del sistema de poder judicial horizontalmente organizado con control de constitucionalidad (estado constitucional de derecho). Es más, ni siquiera tuvimos el que era corriente en los poderes judiciales corporativos sin control de constitucionalidad (estados legales de derecho), sino el producto de una coyuntura histórica española mucho más inquisitoria y derogada en su propio país de origen. No necesitábamos la casación, porque en el procedimiento escrito se imponía la apelación, en que el tribunal plural revisaba todo lo resuelto por el juez unipersonal. La unificación interpretativa era ocasional y se llevaba a cabo por medio de la inaplicabilidad de ley y los plenarios.

18) Que sin duda, frente a un proceso penal tan abiertamente inconstitucional y que llevaba más de medio siglo de vigencia, el código de Córdoba de 1940 representó un avance notorio. Trajo el código italiano, pero justo es reconocer que ese modelo, que perfeccionaba el napoleónico con mejor técnica jurídica, aunque proviniese de la obra jurídica del fascismo —valga la paradoja— y fuese propio de un Estado legal de derecho —toda vez que no se podía considerar al Estatuto Albertino una Constitución en sentido moderno—, se acercaba mucho más a la Constitución Nacional que el modelo inquisitorio escrito entonces vigente. Dicho código incorporaba el plenario oral, es decir, cumplía el requisito de publicidad en mucha mayor medida que el procedimiento escrito; obligaba a que un tribunal integrado por tres jueces cumpliera con el requisito de inmediación; dificultaba o impedía directamente la delegación del ejercicio real de la jurisdicción y, si bien mantenía la figura inquisitoria del juez instructor, atenuaba en alguna medida sus poderes. Con este texto viajó desde Europa el recurso de casación como inseparable acompañante, para evitar las disparidades interpretativas de la ley entre los tribunales orales de una misma provincia.

19) Que se entendió en ese momento que la doble instancia no era necesaria, por ser costosa y poco compatible con la inmediación del plenario oral. Como lo señala el mismo presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su voto particular en la sentencia del caso “Herrera Ulloa c. Costa Rica”, Serie C N° 107 Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 2 de julio de 2004 (párr. 35), se entendió que la doble instancia se compensaba con la integración plural del tribunal sentenciador y éste fue el criterio dominante en los textos que siguen el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. De allí que se importase una casación limitada a las cuestiones de derecho y así la

entendió buena parte de nuestra doctrina. Pero este razonamiento —al menos en el caso argentino— pasa por alto que si bien la introducción de un modelo procesal menos incompatible con la Constitución Nacional es, ciertamente, mucho mejor que el sostenimiento de otro absolutamente incompatible con ella, no por ello configura todavía el que desde 1853 requiere nuestra Ley Fundamental y que, además, debe hoy cumplir con el requisito constitucional del derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior del art. 8º.2. apart. h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del concordante art. 14.5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

Toda esta digresión en modo alguno se relaciona argumentalmente con la decisión que adopta la Corte, a excepción del último párrafo transcrito en el que se alude a un singular problema derivado de la incorporación con jerarquía constitucional de Tratados Internacionales que aseguran la doble instancia.

Los magistrados votantes en este caso, dan una lección de derecho, o mejor dicho de historia del derecho procesal, en el que incluso opinan sobre la “abierta inconstitucionalidad” de ciertos sistemas procesales que no han sido modificados en todas las jurisdicciones provinciales. (4)

Se trata de una clara y amena lección de derecho, escrita de un modo “académico”, pero sin las formas de la escritura académica. Es decir sin alusión a fuentes de información, o a disputas en la interpretación histórica. Sin títulos, ni subtítulos, ni notas al pie de página.

Es una digresión que da “lecciones de derecho” desde la autoridad jurisdiccional, con el riesgo que esta confusión de autoridades puede importar, porque las reglas de validación de una opinión o una afirmación no son las mismas en una y otra actividad.

4.3.2. Los obiter y la contextualización de una nueva doctrina

Muchas veces los obiter dictums sitúan en contexto la doctrina que se dicta. Ese contexto es en ocasiones “ideológico”, referido a los modos de interpretar un texto legal. En otras ocasiones se trata del contexto social del pronunciamiento.

a. Obiter de corte “ideológico”. En el fallo Casal de la CSJN tenemos un ejemplo de este tipo de obiter en el que se sitúa o contextualiza la doctrina que sienta el Tribunal dentro de modelos de interpretación de la ley. He aquí el considerando 7 del voto de los Dres. Zaffaroni, Lorenzetti y Maqueda:

“7º) Que nuestra tradición jurisprudencial en materia procesal penal no responde a lo que se suele denominar interpretación progresiva en sentido estricto. En general, no fue la jurisprudencia la que avanzó sobre las leyes procesales, sino que éstas fueron progresando y la jurisprudencia acompañó ese avance. Más bien puede afirmarse que se operó un acompañamiento jurisprudencial a una legislación lentamente progresiva.

La Constitución Nacional estableció como objetivo legal un proceso penal acusatorio y con participación popular. La legislación nacional no se adecuó a este objetivo, pero la perspectiva histórica muestra una progresión hacia la meta señalada, posibilitada por el subjuntivo empleado en el originario art. 102 y actual 118 constitucional. La jurisprudencia constitucional fue acompañando este progreso histórico, sin apresurarlo. Es decir que en ningún momento declaró la inconstitucionalidad de las leyes que establecieron procedimientos que no se compaginaban con la meta constitucional, lo que pone de manifiesto la voluntad judicial de dejar al legislador la valoración de la oportunidad y de las circunstancias para cumplir con los pasos progresivos. Justo es reconocer que esta progresión legislativa se va cumpliendo con lentitud a veces exasperante, pero respetada por los tribunales.

En este contexto de legislación progresiva con respeto judicial por los tiempos legislativos, se inserta la introducción y la interpretación del alcance del recurso de casación en materia penal”.

(4) La Provincia de Santa Fe, aún mantiene tanto el proceso escrito como la figura del juez investigador.

Arial como puede leerse en el último párrafo transcripto el propósito de las afirmaciones transcritas no se relacionan con la doctrina sentada, sino que intentan situar el criterio adoptado como el de una “interpretación progresiva”.

Claro que algunas de las afirmaciones de este considerando puede merecer reparos, porque muchas veces ha sido la Corte la que ha inspirado recursos o acciones como el amparo o el hábeas corpus que protegen muy importantes garantías constitucionales, pero no figurasen explícitamente en la letra constitucional.

b. Otros obiter en cambio reseñan el contexto social en el que se dicta un fallo. Leamos el siguiente tomado del fallo Arriola que describe de un modo tan claro como crudo el problema de la droga en el país:

“15) Que así la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) indica en el informe correspondiente al 2007 que la Argentina ha cobrado importancia como país de tránsito, y que también hay indicios de producción local de cocaína. Allí se agrega que nuestro país lidera el ranking latinoamericano en “estudiantes secundarios” que consumen pasta base de cocaína conocida como “paco”. También el consumo de paco ubica a la Argentina, Chile y Bolivia como los países con más injerencia en la región y en el mundo [2007 World Drug Report. Naciones Unidas. Oficina de Drogas y Delito]. En el informe del año 2006 del mismo organismo se ha señalado que además de los tres grandes productores sudamericanos, en nuestro país se ha detectado cierta fabricación de productos derivados de la cocaína, y que se transformó en un importante lugar de tránsito de estupefacientes de la región andina hacia Europa (pág. 91); y que pese a la información oficial de cierto descenso del consumo de cocaína, el organismo internacional consideró que tal información obedecía a diferencias metodológicas para medir la estadística. Allí también se incluyó a la Argentina entre los países donde ha proliferado el éxtasis (pág. 129). En cuanto a las elevadas incautaciones de marihuana, el informe señala que no se compadecen con los niveles de consumo denunciados (pág. 164) [2006 World Drug Report. Naciones Unidas. Oficina de Drogas y Delito]. En el mismo sentido se observa el informe correspondiente al año 2008, que da cuenta de un aumento del consumo de opio en el país (pág. 60); mayor importación de precursores (pág. 68); aumento de secuestro de cocaína han sido reportados por Bolivia, Chile, Uruguay y en menor medida por Argentina y Paraguay, lo que sugiere que el tráfico vía el cono sur ha aumentado (pág. 73); Argentina ocupa el séptimo lugar de los países americanos de donde proviene droga incautada en Europa (pág. 77). El país ocupa el segundo lugar de Sudamérica en consumo de cocaína (págs. 88 y 275); aumentó el secuestro de resina de marihuana (pág. 103), así como su consumo (pág. 114). El país está entre los primeros puestos del ranking sudamericano en consumo de estimulantes (pág. 136) y de éxtasis (pág. 165). El informe del año 2004 también señala que en el país se ha elevado el consumo de opiáceos (pág. 103), y que se ha detectado capacidad de producción de cocaína (pág. 116); y que el uso indebido de cocaína era superior al nivel medio de las estadísticas (pág. 123). También se pone de relieve que el país denunció un aumento continuo del uso indebido de cannabis en los años 2000, 2001 y 2002, el informe pone de relieve que el uso indebido de tal estupefaciente era superior al de Brasil. Allí también se refiere que en contraste con las tendencias globales de América del Norte, en el 2002 hubo en el país un aumento del uso indebido de anfetaminas (pág. 203) [2004 World Drug Report. Naciones Unidas. Oficina de Drogas y Delito]. Por su parte el reporte de 2002 ya señalaba el aumento del uso de opio en el país, y que el porcentaje de población que usa cocaína está entre los más elevados de Sudamérica, aunque su tendencia se estabiliza así como el de las anfetaminas, aunque verifica un aumento en el uso de éxtasis (págs. 247 y 269) [2002 World Drug Report. Naciones Unidas. Oficina de Drogas y Delito]. En el reporte del año 2001 también se señala el aumento del uso de la heroína y el elevado porcentaje de consumo de cocaína respecto de los otros países sudamericanos (págs. 241, 247 y 269) [2001 World Drug Report. Naciones Unidas. Oficina de Drogas y Delito]. Esta tendencia que informa las Naciones Unidas también es confirmada por estadísticas nacionales oficiales. Así en la Segunda Encuesta Nacional a Estudiantes de Enseñanza Media 2005, se ha realizado un análisis comparativo 2001-2005, cuyas conclusiones señalan que el consumo de psicofármacos sin prescripción médica y de solventes e inhalantes se ha incrementado. Puntualmente, el incremento en el consumo de tranquilizantes sin prescripción médica es del 6.1% y de estimulantes creció un 44.4%. El

incremento mayor se observa en solventes e inhalables, con el 380%, explicado por un fuerte aumento tanto en varones como en mujeres. Dentro de las drogas ilícitas, la de mayor incremento en el consumo es la pasta base, con un aumento del 200%, explicado fundamentalmente por el mayor —16— consumo de las mujeres; le sigue la cocaína, con un 120%, donde la diferencia entre sexos es menor, y por último la marihuana, con el aumento del 67.6%, explicado por el incremento del 100% en las mujeres frente al 50% de los varones (Segunda Encuesta Nacional a Estudiantes de Enseñanza Media 2005, Informe Final de Resultados Área de Investigaciones, Enero 2006, SEDRONAR, Presidencia de la Nación). A similares conclusiones arriba el informe del Observatorio Interamericano sobre Drogas en el 2006. Allí se expone el importante incremento de consumo de drogas ilícitas en nuestro país, así como su liderazgo respecto de otros países de Latinoamérica en el consumo de diferentes estupefacientes, especialmente entre la juventud (Primer Estudio Comparativo sobre Uso de Drogas en Población Escolar Secundaria de la Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay).

¿Necesitaba la CSJN describir la situación de la droga en el país como condición argumental de la decisión que adoptaba? En principio no. Porque el mayor centro de interés de este fallo radica en afirmar que la tenencia de estupefacientes para consumo es una acción privada de los hombres no puede ser castigada penalmente por imperio del art. 19 de la CN.

Sin embargo este obiter está relacionado con: por un lado descalificar argumentos capaces de sostener en forma pragmática la utilidad de castigar penalmente esta tenencia, y por otro con la clara conciencia de la CSJN sobre el contexto en que dicta su decisión.

Constituye sin embargo un alerta sobre el significado de los contextos sociales de las decisiones de la Corte. ¿Cambiaría la Corte de criterio si este cuadro de situación variase? No es posible saberlo.

En ocasiones la alusión al contexto social se perciben en obiters que se hacen cargo de la eventual repercusión social del caso, lo que suscita derivaciones y exhortaciones de tipo político. El caso Arriola lo demuestra:

27) Que la decisión que hoy toma este Tribunal, en modo alguno implica “legalizar la droga”. No está demás aclarar ello expresamente, pues este pronunciamiento, tendrá seguramente repercusión social, por ello debe informar a través de un lenguaje democrático, que pueda ser entendido por todos los habitantes y en el caso por los jóvenes, que son en muchos casos protagonistas de los problemas vinculados con las drogas (ORDOÑEZ-SOLÍS, David, “Los Jueces Europeos en una Sociedad Global: Poder, Lenguaje y Argumentación”, en *European Journal of Legal Studies*, vol. I EJLS, n° 2).

28) Que, frente a la decisión que hoy toma este Tribunal se debe subrayar el compromiso ineludible que deben asumir todas las instituciones para combatir al narcotráfico. A nivel penal, los compromisos internacionales obligan a la Argentina a limitar exclusivamente la producción, fabricación, exportación, importación, distribución, y comercio de los estupefacientes, a fines médicos y científicos. Asimismo a asegurar, en el plano nacional, una coordinación de la acción preventiva y represiva contra el tráfico ilícito, adoptando las medidas necesarias, para que el cultivo, la producción, fabricación, extracción, preparación, oferta de venta, distribución, despacho, expedición de tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, sean consideradas como delitos que se cometen intencionalmente, y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión y otras penas privativas de la libertad (art. 36 de la Convención). La circunstancia de que los precursores químicos necesarios para la fabricación de drogas son productos en los que, de alguna manera, nuestro país participa en su cadena de producción, hace necesario que ello sea tenido en cuenta en la implementación de políticas criminales para la lucha contra este flagelo internacional”.

Como puede advertirse lo que una decisión no implica seguramente no es relevante para la decisión que se adopta, pero suscita un registro en torno a las repercusiones de la decisión, a la forma de comunicarla, a la forma de aceptarla, y a una toma de postura sobre políticas criminales en la materia. Hay oportunidades en que el registro del contexto social de una decisión incide de otra manera en la decisión que se adopta, de un modo mucho más explícito. Veamos un ejemplo de un voto del Tribunal de Casación bonaerense:

“En este escenario la sociedad necesita de un sentimiento de reparación y, a la vez, de protección, que de otra forma sería imposible concretar, pues ante lo que se quiere probar y no se puede, el o los imputados podrían eludir las consecuencias penales de sus actos mediante una absolución por la duda”. (Voto del Dr. Kohan en la causa 54.775 “Pereyra, Ricardo s/ recurso interpuesto por Agente Fiscal”).

En este caso el Juez se coloca en algo así como un vocero, o mandatario de la sociedad, y no como tercero entre partes, una de las cuales, la sociedad, posee ya un representante en el Ministerio Fiscal. Interpreta el sentir social y sus necesidades, y extrae una conclusión evitar la invocación de la duda ante lo que se quiere probar y no se puede de modo de evitar la impunidad.

El argumento, franco, pero cuestionable porque da por sentado que un hecho y, la existencia de un autor se ha probado., que es precisamente lo que se debe hacer.

Más allá de la argumentación da cuenta acabada del peso del “sentir social” sobre los jueces, aun a costa de sus roles, porque ¿están los jueces destinados a encontrar culpables a toda costa?

4.3.3. *Obiters vinculados con la racionalidad pragmática*

Existen digresiones que se relacionan con la racionalidad pragmática de la decisión que se adopta. Es decir con el análisis de la viabilidad empírica, de la posibilidad concreta de llevarla adelante. Sobre todo cuando pueden existir argumentos descalificadores de la decisión adoptada fundados en es irracionalidad. Es decir, en el caso, de poder controlar, en una segunda instancia los “hechos” o la prueba de los hechos, cuando se sentencias basadas en juicios orales se trata. He aquí el texto del fallo:

“25) Que se plantea como objeción, que esta revisión es incompatible con el juicio oral, por parte del sector doctrinario que magnifica lo que es puro producto de la inmediación. Si bien esto sólo puede establecerse en cada caso, lo cierto es que, en general, no es mucho lo que presenta la característica de conocimiento exclusivamente proveniente de la inmediación. Por regla, buena parte de la prueba se halla en la propia causa registrada por escrito, sea documental o pericial. La principal cuestión, generalmente, queda limitada a los testigos. De cualquier manera es controlable por actas lo que éstos deponen. Lo no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a este respecto también el tribunal de casación puede revisar criterios; no sería admisible, por ejemplo, que el tribunal se basase en una mejor o peor impresión que le cause un testigo por mero prejuicio discriminatorio respecto de su condición social, de su vestimenta, etc.

En modo alguno existe una incompatibilidad entre el juicio oral y la revisión amplia en casación. Ambos son compatibles en la medida en que no se quiera magnificar el producto de la inmediación, es decir, en la medida en que se realiza el máximo de esfuerzo revisor, o sea, en que se agote la revisión de lo que de hecho sea posible revisar. Rige a su respecto un principio general del derecho: la exigibilidad tiene por límite la posibilidad o, dicho de manera más clásica, *impossibillum nulla obligatio est*. No se les exige a los jueces de casación que revisen lo que no pueden conocer, sino que revisen todo lo que puedan conocer, o sea, que su esfuerzo de revisión agote su capacidad revisora en el caso concreto”.

Esta digresión plantea un interesante conjunto de cuestiones. Exhibe, por ejemplo, una creencia en el valor de las actas de los juicios en relación a la prueba del registro de los testimonios en un juicio, aunque las actas no constituyen el único modo de registro de testimonios, pues también se graban y se filman. Sin duda en los juicios penales, tal como se los reglamenta, las actas pueden presentar diversos matices. En ocasiones ciertos testimonios (los de los testigos muertos, por ejemplo) se incorporan por lectura al debate. Y en este caso las actas, aunque muchas veces no exhiben el transcurso del diálogo testimonial —se suelen soslayar las preguntas, y los lenguajes no verbales (5)—, pueden contener registros más o menos minuciosos de las manifestaciones de un testigo. Pero también sue-

(5) No se consignan, por ejemplo, los gestos del testigo y de quienes lo interrogan o escuchan, o sus miradas, o sus reacciones, físicas o no.

len importar verdaderas “traducciones” de las manifestaciones del testigo al lenguaje institucional que las registra. Las actas del debate oral, en cambio, presentan otras dificultades, porque muchas veces se deja constancia en ellas a peticiones de las partes (y aun de los jueces) de fragmentos de las manifestaciones de un testigo. No son ya “traducciones” sino verdaderos “recortes” de sus dichos, de modo que su idoneidad como registro del testimonio es relativo.

Esta digresión del voto, implica, para los secretarios y aun para el tribunal, la importancia de un registro cuidadoso de su contenido de modo de posibilitar su contralor en otras instancias. E implica más pues el voto avanza sobre las “impresiones personales” del juzgador en la valoración del testimonio, en la medida en que descalifica algunas de ellas, y al ponderar otras pide una clara enunciación por parte del Juzgador, como condición de su validez. En este aspecto “emite anticipadamente” opinión sobre las mismas, aunque esa opinión no constituya una doctrina de la Corte en la decisión. Plantea, además, otro tema de interés: ¿Puede un acta registrar aquellas situaciones que darían pie a impresiones personales del juzgador?

En síntesis este obiter dictum es útil como indicador de los modos de construir una sentencia, al reflexionar sobre la valoración de la prueba testimonial y su registración.

4.3.4. *Obiters que limitan el alcance de la doctrina*

a. Límites derivados de las reglas aplicables

En ocasiones existen afirmaciones no relacionadas con la doctrina que el fallo adopta en la decisión, pero que limitan o circunscriben su alcance como precedente para casos futuros. Los motivos de estas limitaciones son variados. Algunos ponen énfasis en las reglas que se habrán de aplicar, otros, en cambio en las peculiares circunstancias del caso. Un ejemplo de ambos supuestos puede leerse en el siguiente considerando del Voto de los jueces Zaffaroni, Lorenzetti y Maqueda en el fallo Casal. Conviene leerlo primero:

“29) Que en esta causa no se ventila la constitucionalidad ni el alcance de la reclusión accesoria prevista en el art. 80 del Código Penal para el supuesto de los homicidios calificados. En efecto, la cuestión se limita a los casos del art. 52 derivados de multireincidencia, donde la exigencia de cuatro o cinco condenas a penas privativas de libertad sin que hubiera transcurrido entre ellas el plazo que hace caer la reincidencia, en principio parece excluir —como consecuencia necesaria— aquellos supuestos de delitos por demás graves ya que, en su caso, la condena hubiera implicado una pena de larga duración. Por ende, podría afirmarse que, como regla, las hipótesis del art. 52 involucran delitos de menor gravedad o mediana gravedad y, por lo tanto, habida cuenta del considerable incremento de la pena privativa de libertad derivado de la aplicación de dicha norma, se impone determinar en cada caso si la suma resultante de ambas penas viola el principio de proporcionalidad respecto del delito por el que se impone la última condena. Tal es el supuesto que se verifica en el presente caso, donde cabe concluir que la violación es palmaria”.

Pareciese bastante claro que sostener que es lo que una causa no se ventila (en el caso la aplicación del art. 52 en función del art. 80 del Cód. Penal) no tiene que ver con lo que en ella se decide, sin embargo no es esta una mera declaración sin relevancia.

La lectura de este considerando demuestra a las claras que la doctrina de la Corte no se puede emplear para descalificar, sin más, la aplicación de la regla del art. 52 del Cód. Penal (la reclusión por tiempo indeterminado) en los casos de homicidios calificados.

Pero contiene además una curiosa conclusión. Afirma que la reclusión por tiempo indeterminado “parece excluir —como consecuencia necesaria— aquellos supuestos de delitos por demás graves, ya que en su caso la condena hubiera implicado una larga duración”.

No parece esta, sin embargo, ninguna consecuencia necesaria del texto del art. 52 del Cód. Penal, que comprende dos incisos, el segundo de los cuales si alude a 5 penas de menos de tres años, pero el primero de los cuales no posee esta limitación.

Es perfectamente posible imaginar que a una persona se le puedan aplicar varias condenas por hechos graves como homicidios simples, abusos sexuales, homicidios en ocasión de robo... Una situación semejante caería bajo la previsión del inciso primero del art. 52 del Cód. Penal.

Más todavía podría pensarse en homicidios calificados, que en este supuesto en el texto del art. 52, harían imperativo aplicar el art. 52, y no meramente facultativo como parece deducirse del texto del art. 80 del Cód. Penal. Claro que con la descalificación genérica del art. 52 del Cód. Penal. Que postula la Corte, entonces se llegaría a una situación curiosa según la cuál aun en el caso de una mutireincidencia derivada de hechos de singular gravedad (tomemos por caso los homicidios del art. 52) la aplicación del art. 52 seguiría siendo facultativa por aplicación del art. 80.

Esta digresión y estos razonamientos no son triviales, porque muchos de los argumentos relacionados con la descalificación constitucional del art. 52 del Cód. Penal. Hacen hincapié en la desproporción entre la reclusión por tiempo indeterminado y la trivialidad de los bienes jurídicos vulnerados que en hecho graves no pareciese ocurrir de la misma manera. O se relacionan con la historia de vida de la persona punible con la medida del art. 52, con sus antecedentes, que en el caso del art. 80 no operan como condiciones necesarias de aplicación de la reclusión por tiempo indeterminado.

¿Mantendría entonces la Corte este criterio cuando de hechos de singular gravedad se trate? O ¿Lo haría cuando deba aplicarse el art. 80 por uno o varios hechos? No son preguntas que puedan responderse, pero es claro que la Corte abrió un paraguas en este sentido en la digresión que he analizado y que hasta enuncia un criterio a tener en cuenta al analizar la proporcionalidad del art. 52 como motivo de descalificación constitucional al sostener que “se impone determinar en cada caso si la suma resultante de ambas penas viola el principio de proporcionalidad respecto del delito por el que se impone la última condena”.

En este sentido no es posible ignorar las especiales circunstancias del caso “Gramajo”, a quien la propia Corte lo destaca se le aplica la medida del art. 52 del Cód. Penal. Después de una condena a dos años de prisión. De modo que a su modo esta digresión implica tener presente muy en especial las circunstancias del caso para verificar la aplicabilidad del criterio de la CSJN a casos futuros.

b. Obiter relacionados con las circunstancias especialísimas del caso en que se dictan

Existen obiter que aluden a las circunstancias especialísimas del caso en el que se dictan. Veamos un párrafo del Voto del Dr. Fayt en el caso “Arriola”:

“Que si bien se ha afirmado que la Corte no podría analizar si las penas conminadas para cualquier delito del catálogo penal resultan útiles o contraproducentes para la abolición del delito en sí (“Capalbo”, disidencia de los jueces Caballero y Fayt, considerando 18), lo cierto es que una conducta como la que se encuentra bajo examen que involucra —como se dijo— un claro componente de *autonomía personal en la medida en que el comportamiento no resulte ostensible*, merece otro tipo de ponderación a la hora de examinar la razonabilidad de una ley a la luz de la mayor o menor utilidad real que la pena puede proporcionar. Dicha valoración otorga *carácter preeminente al señorío de la persona —siempre que se descarte un peligro cierto para terceros—*, sin desentenderse, a su vez, de la delicada y compleja situación por la que transita quien consume estupefacientes (especialmente quien abusa en su utilización)”.

Es el propio magistrado quien ha destacado en negritas las frases que he transcribo. ¿Para qué lo ha hecho? A mi manera de ver para destacar la singularidad del caso en que se juzga. Para evidenciar que en ese caso el comportamiento que motivaba la declaración de inconstitucionalidad no era ostensible.

Otro ejemplo de este tipo de digresiones se encuentra en el Voto de la Dra. Argibay Molina en los autos “Recurso de hecho deducido por S. Y. Q. C. por sí y en representación de su hijo menor J. H. Q.

C. en la causa Q. C., S. Y. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, para decidir sobre su procedencia:

“Adelanto mi postura en el sentido de que los extremos antes mencionados, son relevantes para privar de validez a la negativa de la demandada al pedido de efectuado por la señora S. Y. Q. C., con apoyo en que la peticionaria no cumple con los requisitos establecidos en los programas para los que ha afectado su presupuesto público en materia de vivienda, *sin que ello implique propiciar el mismo temperamento respecto de otros pobladores de la ciudad que se encuentran en otras condiciones*”.

He destacado en negrita lo que a mi criterio importa destacar las especialísimas circunstancias del caso en la decisión que se adopta. Esta afirmación hace presumir que sólo bajo las mismas condiciones del caso en que se falla podrá esperarse un pronunciamiento semejante.

c. Obiter vinculados con el tipo de proceso o recurso empleado

Existen digresiones que comienza con la expresión “distinto hubiese sido si...” Destacan que el resultado hubiese podido ser otro...si...y tras ese sí se pueden esconder diversas razones relacionadas con la existencia de un agravio no planteado, o la interposición del recurso correspondiente. Suelen destacar o bien omisiones de las partes, o bien la elección de una vía inadecuada para plantear las que se intentaron. Este tipo de digresión lleva a pensar que no se ha descalificado un argumento por su peso, sino por el modo como se lo planteado.

4.3.5. Existen algunas digresiones que están vinculadas con argumentaciones secundarias que sostienen la decisión de fallo

En el fallo “Gramajo”, por ejemplo, se afirma que la medida del art. 52 es una pena y como tal vulnera distintos principios constitucionales. Es decir que no se trata de una “medida de seguridad”, como lo sostiene algún sector de la doctrina penal argentina. A esta conclusión los jueces llegan por distintos recorridos que van desde el nombre empleado en el art. 52 “reclusión por tiempo indeterminado”, hasta sus propósitos no curativos característicos de las medidas de seguridad.

En este recorrido analizan los precedentes y la historia del art. 52, para demostrar que fue pensada como una pena del siguiente modo:

“13) Que la reclusión accesoria es una pena no sólo porque lo dice la ley, sino también porque tiene todas las características de una pena, porque así se cumple en la realidad, y por incuestionables razones históricas que muestran que no es otra cosa que la pena de deportación o relegación, adecuada hoy a la realidad, debido a la desaparición del tristemente célebre penal de Ushuaia. Su proyección como pena de deportación es anterior a la invención de las medidas de seguridad y su fuente de inspiración se pierde en el siglo XIX.

La historia del art. 52 comienza con los arts. 25 a 29 del proyecto de 1891. El art. 25 disponía: La pena de deportación consistirá en la relegación por tiempo indeterminado en la Isla de los Estados, u otra que se destine al efecto (Proyecto de Código Penal para la República Argentina Redactado en cumplimiento del Decreto de 7 de junio de 1890 y precedido de una Exposición de Motivos por los Doctores Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola, José Nicolás Matienzo, Buenos Aires, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 1891, p. 256). El art. 86 del mismo proyecto disponía: La pena de deportación será impuesta como accesoria de la última condena, cuando concurren las condenaciones siguientes (idem, pág. 284) y enunciaba en seis incisos las hipótesis que se han mantenido vigentes hasta que la ley 23.057 simplificó los presupuestos y precisó que se trata de multireincidencia. Como fuente, el proyecto de Piñero, Rivarola y Matienzo citaba expresamente la ley francesa del 27 de mayo de 1885 que, por otra parte, prácticamente copiaba. Esta ley completó y en parte reemplazó a la ley de relegación francesa de Napoleón III del 30 de mayo de 1854, que a su vez, sustituía al viejo sistema de presidios de trabajos forzados y galeras. Las hipótesis de condenas múltiples estaban también previstas en la ley francesa en forma que siguieron casi textualmente —con la diferencia de las deno-

minaciones de las penas— los proyectistas de 1891 (El texto comentado y la evolución legislativa con información comparada de la época en: Edouard Teisseire, *La transportation pénale et la rélegation d'après les Lois des 30 mai 1854 et 27 mai 1885. Étude historique, juridique et critique accompagnée d'un long aperçu sur le régime des forçats et des relégués dans nos possessions d'outre-mer*, París, 1893, páginas 204 y siguientes). Queda claro, pues, que la pena de reclusión por tiempo indeterminado llegó a nuestro país como pena de deportación copiada de la ley de deportación francesa por los proyectistas de 1891, que regulaba —como su precedente de 1854— la deportación a la Guayana Francesa y luego a Nueva Caledonia. Nadie sostuvo en Francia que los presos de la Guayana estuviesen sometidos a medidas de seguridad. Ni el capitán Dreyfus en la realidad histórica ni Papillon en la creación literaria fueron considerados sujetos sometidos a medidas de seguridad. No existe autor alguno que pretenda que las galeras se reemplazaron por una medida de seguridad. Tampoco lo sostuvieron los proyectistas de la disposición que trajo esta pena a la Argentina, pues directamente se referían a la pena de deportación. Del mismo modo procedieron los legisladores que en 1903 copiaron casi textualmente en la ley de reformas 4189 los artículos del proyecto de Piñero, Rivarola y Matienzo, reproduciendo las hipótesis de la ley francesa de deportación a la Guayana de 1885 y lo introdujeron entre los arts. 70 y 71 del código de 1886, sin dudar en adoptar el nombre de pena de deportación (Código Penal de la República Argentina y Ley de Reformas del 22 de Agosto de 1903. Edición Oficial. Buenos Aires. Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional. 1903, pág. 22), con el que se introdujo por vez primera en nuestro derecho positivo.

14) Que la palabra pena no desapareció de la ley porque algún proyectista haya dudado que se trataba de una pena, sino, por el contrario, porque la consideraron innecesaria por obvia. Desde el proyecto de 1906, el curso de la reforma que culminó en la sanción del código vigente orientó el estilo del texto hacia la sobriedad, claridad y brevedad. Tanto los autores del proyecto de 1906 como los del proyecto de 1917 siguieron la tendencia a elaborar normas breves y claras, simplificaron —a veces demasiado— pero es innegable que el código de 1921 se caracteriza en su versión originaria por ese estilo, lamentablemente poco usual en la legislación complementaria y reformadora posterior. En el afán de síntesis se eliminó la palabra pena en el art. 57 del proyecto de 1906, porque nadie había dudado que fuese una pena (Proyecto de Código Penal para la República Argentina Redactado por la Comisión de Reformas Legislativas constituida por Decreto del Poder Ejecutivo de fecha 19 de diciembre de 1904, Buenos Aires, Tipografía de la Cárcel de Encausados, 1906, p. 15), y ese modelo siguieron los autores del proyecto de 1917, que la prevenían como relegación (Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina, Orden del Día N° 63 [9 de 1917], Talleres Gráficos de L. J. Rosso y Cía., Belgrano 475, 1917, pág. 141) palabra que incluso se filtró como errata en la media sanción de la Cámara de Diputados del código vigente, corregida por el Senado como reclusión —como se ha dicho— porque la relegación no figuraba en el art. 5°, y así finalmente sancionada en 1921. Aunque alguna vez se haya observado que no se trataba propiamente de una pena por el delito cometido, justamente para criticarla porque no reemplazaba a la pena del delito (Así, Julio HERRERA, *La reforma penal*, cit., pág. 563), nunca quienes participaron en el proceso de elaboración legislativa han hablado de medida de seguridad. Por si alguna duda quedase al respecto, basta remitirse a la opinión del propio Rodolfo Moreno (h), quien, teniendo primariamente en cuenta la prevista en el art. 80, defendía la tesis de que en la versión originaria fuese una pena irrevocable, o sea, eliminatoria, afirmando que se trataba de la agravación de la pena de reclusión que reemplazaba a la pena de muerte (Rodolfo MORENO [h], *El Código Penal y sus antecedentes*, H. A. Tomás, Editor, Buenos Aires, 1923, Vol. III, pág. 112). Las posteriores reformas hasta llegar a la formulación actual tendieron a humanizar y flexibilizar esta pena, pero no alteraron su carácter originario de pena de relegación. Se previó su limitación y la indeterminación devino relativa mediante la libertad condicional especial del art. 53 (dec.-ley 20.942/44), se suprimió la referencia al “paraje del sud” como resultado de la desaparición de la prisión de relegación de Ushuaia, se simplificaron las hipótesis y se precisó que se trataba de un supuesto de multirreincidencia (ley 23.057), pero nada de esto modificó la esencia originaria de esta pena y menos aún su naturaleza de pena, sólo puesta en duda por opiniones doctrinarias sin apoyo legal ni histórico y basadas en un empleo del concepto de medidas de seguridad divulgado en la legislación comparada con posterioridad a nuestro código y en textos que respondían a ideologías poco compatibles con nuestra Constitución. Su carácter relegatorio lo conserva hasta hoy en razón de que sustrae al condenado de la provincia correspondiente, o sea, lo federaliza.”

El origen del art. 52, y su evolución histórica configuran un argumento no decisivo respecto de su descalificación por inconstitucional, sobre todo si se tiene en cuenta que se trató de un texto con numerosas variaciones a lo largo del tiempo, que se ubica en el título de la Reincidencia que en su forma original no agravaba la escala penal aplicable sino sólo el lugar de cumplimiento de la pena y no exigía que mediase reincidencia, un término que, además, cambió durante la vigencia del Código. Es entonces la digresión histórica un argumento secundario para imaginar los propósitos del art. 52 del Cód. Penal.

4.3.6. Otros obiter también se relacionan con argumentaciones no decisivas pero que sirven o bien para descalificar argumentos que puedan sostener otros puntos de vista, o bien identificar razones de un cambio de criterio

Un ejemplo interesante, en este sentido se lo puede encontrar en el fallo Arriola de la CSJN, cuando descalifica argumentaciones que sirvieron para justificar un precedente (Montalvo) del que la Corte se aparta con la decisión que adopta. Veamos primero los considerandos relevantes:

15) Que las razones de conveniencia en que se sustentó la doctrina del precedente “Montalvo” (Fallos: 313: 1333), tampoco constituyen un fundamento constitucionalmente admisible. En primer lugar porque parten de la base de sacrificar derechos para satisfacer finalidades que pueden ser obtenidas por otros medios sin necesidad de semejante lesión. Como se verá en considerandos siguientes, en los países de la región se combate el flagelo de la drogadicción respetando el consumo personal que no daña a terceros y concentrándose en la distribución y el consumo cuando tiene aptitud concreta de peligro o daño. De manera que está demostrado que la lesión de la libertad personal no es necesaria a los fines de obtener el objetivo perseguido.

En segundo lugar, está claro que, aun cuando se admita el sacrificio, no se logra el resultado. En efecto, en el precedente mencionado se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios (ver considerando 26 de Fallos: 313:1333). Ello no se ha producido, pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales.

16) Que la tendencia que predomina en la legislación de los países de la región resulta totalmente contraria a la que pretende la habilitación del poder punitivo para los casos del tenedor de estupefacientes que sólo lo hace para el consumo personal y sin lesionar o poner en peligro concreto bienes o derechos de terceros.

En este sentido, la ley brasileña 11.343, del 23 de agosto de 2006, instituyó el Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas y en su art. 28 decidió contemplar la tenencia para consumo personal a la que no incrimina penalmente sino que aplica sustitutivos penales como la advertencia al tenedor sobre los efectos de las drogas, la prestación de servicios a la comunidad o la aplicación de medidas educativas de asistencia a cursos educativos. El código penal peruano, sancionado por Decreto Legislativo 635, promulgado el 3 de abril de 1991 y publicado el 8 de abril del mismo año preveía la exención de pena en su art. 299, bajo el título de “posesión impune de droga” el que luego de su modificación por el art. 1º de la ley 28.002, publicado el 17 de junio de 2003, mantuvo la misma impronta. Por su parte, la ley 19.366 de la República de Chile, que sancionaba el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas resultó sustituida por la ley 20.000, promulgada el 2 de febrero de 2005 y publicada el 16 del mismo mes y año y en su art. 4º, deja impune la tenencia para uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. A su vez, la Ley 1340 de la República de Paraguay, del 20 de octubre de 1988, que modifica y actualiza la ley 357/1972 y que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas y otros delitos afines y establece medidas de prevención y recuperación de fármaco dependientes en aquel país, regula en su art. 30 la tenencia para exclusivo uso personal a la que deja exenta de pena. Algo similar sucede con la ley uruguaya 17.016 de estupefacientes, sancionada el 7 de octubre de 1998, promulgada el 22 octubre y publicada el 28 de ese mismo mes y año, que prevé en su art. 3º la sustitución de los arts. 30 a 35 de la anterior normativa vigente por dec.-ley 14.294 del 31 de octubre de 1974. En esa sustitución, se reemplazó

el art. 31 que en su parte pertinente refiere que quedará exento de pena el que tuviere en su poder una cantidad razonable destinada exclusivamente a su consumo personal”.

Como puede leerse la descalificación de los argumentos utilitarios de la Corte en Montalvo es el propósito de esta digresión. La argumentación es dual sólo se pueden restringir derechos constitucionales cuando no exista otra vía que logre el mismo resultado. Además la ley validada en Montalvo no logró el resultado propuesto.

La cita de la legislación vigente en otros países latinoamericanos apunta a mostrar otras políticas criminales alternativas, con una legislación diferente.

Esta digresión, sin embargo, enuncia un criterio de las condiciones bajo las cuales es posible restringir un derecho constitucional. De modo que no es por completo irrelevante.

Por otra parte cuando se responde a algún argumento de una opinión contraria a la que el fallo sostiene, es claro que esa respuesta implica, de alguna manera, una atención del debate, en especial a la escucha y reflexión sobre la opinión adversa.

4.3.7. *Obiters relacionados con el resultado de la decisión adoptada*

En ocasiones se emplean digresiones que afirman que, aunque se hubiese hecho lugar al agravio planteado por una de las partes, igual se hubiese llegado a la decisión que el Tribunal ha adoptado por otras consideraciones.

Por ejemplo: En la causa 14365 (Reg. de Pcia. 47.669) la defensa sostuvo que no cabía aplicar a un abogado hallado culpable de defraudación por administración fraudulenta (Cód. Penal art. 173 inc. 7º) la inhabilitación especial prevista en el art. 20 bis del Cód. Penal, porque ya había existido un sumario labrado por el Colegio de Abogados, lo que violentaría el principio *ne bis in idem*, de raigambre constitucional.

En su voto el Dr. Carral señala que no se ha demostrado que el Colegio de Abogados hubiese efectivamente sancionado al abogado condenado en el proceso penal. Luego añade (con clara conciencia que se trata de un obiter dictum) que aunque hubiese sido sancionado el abogado por el Colegio de Abogados de todos modos no se hubiera vulnerado el *ne bis in idem*. Es decir que, de todos modos, se había rechazado el agravio.

Otro ejemplo se puede ver en la causa. 10.950 (Reg. de Pcia. 38.766) en la que el mismo Juez descarta que pudiese probarse una tenencia para estupefacientes para comercialización en virtud de que el allanamiento en el que fueran encontrados era ilegal. Y añade que, aunque ese allanamiento hubiese sido legal, entonces tampoco había podido probarse la autoría, de modo que por ambos tipos de argumentos, el segundo claramente un obiter, se había llegado a la misma solución: la absolución del acusado.

4.3.8. *Obiters vinculados con argumentos no planteados por las partes*

En ocasiones los jueces advierten sobre argumentos que las partes no han planteado al Tribunal, pero que se relacionan con el tema decidido.

Así por ejemplo, en la causa 25.518 R., C. M. recurso de casación interpuesto por el Fiscal General se le planteó al Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires la inconstitucionalidad de la tenencia de estupefacientes para uso personal por vulnerar el art. 19 de la Constitución Nacional.

El Dr. Sal Llargués, Juez de primer voto, hizo lugar al planteo, y añadió “Obiter dictum merece destacarse que no ha sido cuestionada la eventual conculcación del principio del acto por la criminalización de la mera “tenencia” de estupefacientes como simple situación de hecho o estado de cosas —y no conducta—; ni viene queja alguna en contradicción con el principio de legalidad formal al dejar librada la definición del objeto sobre el que recaen las acciones allí descriptas a la determinación del

Poder Ejecutivo Nacional (conf. art. 77, Cód. Penal), consecuentemente no cabe pronunciamiento alguno.

El Dr. Natiello no adhirió a este obiter dictum. Ahora bien ¿Cuál fue el propósito de este obiter? ¿Indicó el señor Juez que existían otras razones para descalificar a la tenencia de estupefacientes? ¿Estaba de acuerdo con ellas, pero no podía abordarlas? ¿Dijo solamente que no podía abordarlas? Las respuestas a estas preguntas condicionan el sentido que pueda haber tenido el voto del Dr. Natiello que no adhirió a ellas.

Otro ejemplo puede encontrarse en la causa.

En esta causa 23.154 se ventiló si la sentencia del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires podía o no ser considerada interruptiva de la prescripción de la acción penal. El voto minoritaria del Dr. Sal Llargués encontró que la causa había prescripto. La mayoría, formada por el Dr. Piombo y el Dr. Natiello, destacó este resultado, y consideró que la sentencia de Casación debía ser considerada como acto interruptivo de la prescripción. Pero el Dr. Piombo añadió que la aprobación del cómputo de pena también debía ser considerada como sentencia definitiva.

5. Conclusiones

He pretendido en este trabajo caracterizar los llamados obiters dictums, y desentrañar algunas de las dificultades que surgen para caracterizarlos como tales. Dificultades que se inscriben en la complejidad de la faena judicial, los distintos tipos de pensamiento y de razonamiento que en ellas se encuentran, las distintas maneras de decidir según se trata de un órgano unipersonal o colegiado, las variadas formas de concebir el rol de los jueces, y en especial de argumentar.

He sostenido que los obiter dictums poseen diversos propósitos no siempre excluyentes entre sí. Los he intentado discriminar en un catálogo no exhaustivo ni excluyente. En especial he pretendido discernir los factores que concedan fuerza persuasiva a los obiters y sus límites muy relacionados con las falacias de autoridad. Asimismo, he propuesto indicar cuáles de estos tipos de afirmaciones dichas al paso puedan estar estrechamente vinculadas al empleo como precedentes jurisprudenciales por afectar el pensamiento analógico en que se sustentan. Por cierto este trabajo no pretende ser más que provisorio, sujeto a mutaciones y abierto a la reflexión. Es decir, un camino para decir al pasar.

6. Bibliografía

ATIENZA, Manuel, 1997. *Derecho y Argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

GARAY, Alberto, 1997. "El precedente judicial en la Corte Suprema", EN: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, Año 2, N°1, 51-108. Disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub_a2n1-2.html [Fecha de consulta: 06/06/2014].

GORDILLO, Agustín, 2000. *Introducción al Derecho. Derecho Público y privado. Common-Law y derecho continental europeo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. Disponible en: www.gordillo.com. [Fecha de consulta: 06/06/2014].

VALLET DE GOYTISOLO, Juan BMS, 1997. *El razonamiento judicial*. EN: Reales Academias de Jurisprudencia y Legislación y Ciencias Morales y Políticas, Madrid. Disponible en: <http://fundacionelias-detajada.org/wp-content/uploads/2014/03/ANA15-015-028.pdf> [Fecha de consulta: 06/06/2014].