

# LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE ROBERT ALEXY COMO HERRAMIENTA PARA EVALUAR LA JUSTIFICACIÓN DE LAS INTERPRETACIONES JUDICIALES

ADOLFO RAÚL VILLATTE

## 1. Introducción

A la pregunta sobre qué hacemos cuando interpretamos puede responderse de diversas maneras. Sin embargo, en general no se responde puntualmente a dicho interrogante sino que se dan explicaciones acerca de cómo interpretamos; por ejemplo, alegamos la existencia de diversos cánones o tareas que hacen a la interpretación, afirmamos que se debe dar preeminencia a alguno de ellos sobre los otros y fijamos órdenes de aplicación o -por el contrario- decimos que todos ellos tienen igual valor, que se deben utilizar en un pie de igualdad.

Detrás de tales afirmaciones se esconden modos de ver y percibir la realidad y formas en que queremos que el derecho opere sobre ella. Sea que se considere que una norma cobró vida en épocas políticamente conservadoras y la intención del interprete consista en darle un tinte más progresista o por el contrario, porque le interesa limitar su contenido liberal.-

En ese camino, se invocan razones algunas veces abiertas y sinceras otras, solapadas, cubiertas bajo el velo de un supuesto “rigor técnico” en las que no se refleja la auténtica motivación que las impulsa. Cualquiera sea el caso, ofrecer razones acerca de algo no es otra cosa que argumentar.

Por ello, ajustar el rigor argumentativo a pautas predisuestas puede ser una herramienta útil en cuanto a la obtención de una mayor previsibilidad de las decisiones aún cuando las mismas no puedan ser catalogadas de correctas.

Cada acto de interpretación implica además definir qué entendemos por el modelo de estado que ponemos en funcionamiento con la aplicación de la norma al caso concreto tanto en lo sustantivo (esto es el resultado propio del proceso interpretativo) como en lo formal (la mecánica utilizada en la justificación de la decisión).

Este segundo aspecto relativo a la forma en que argumentamos en el desarrollo de procesos interpretativos ha cobrado relevancia en los últimos años. Manuel Atienza ha analizado con profundidad la relación entre “Estado constitucional” y argumentación jurídica

al sostener que por dicha forma de estado se entiende aquel en que su constitución “...no supone sólo la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales ... sino la existencia de ciertos contenidos (los derechos fundamentales) que limitan o condicionan la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho...”, suponiendo tal forma estatal “...un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y por tanto una mayor demanda de argumentación jurídica”.<sup>1</sup>

Agrega Atienza que debe asumirse “La idea de que el Derecho es una realidad dinámica y que consiste no tanto –o no sólo- en una serie de normas o de enunciados de diverso tipo, cuanto –o también- en una práctica social compleja que incluye, además de normas, procedimientos , valores, acciones, agentes, etc.” y “Ligado a lo anterior, la importancia que se concede a la interpretación que es vista, más que como resultado, como un proceso racional y conformador del Derecho”<sup>2</sup>. A partir de esta concepción que comparto, el proceso de interpretación no es vivido como algo propio del juez o de cualquier otro agente del sistema encargado de aplicar normas sino que la fundamentación que es su resultado es la herramienta fundamental para el ejercicio del control por parte de la ciudadanía.

Por ello, si consideramos cierto que las asociaciones -como uniones de personas para un mismo fin- influyen sobre la realidad logrando a través de la participación la generación de procesos de diálogo mediante los cuales es posible la reorientación del ordenamiento jurídico hacia formas más democráticas, no es superficial la búsqueda de un mecanismo a través del cual tales formas asociativas puedan ejercer el control de las decisiones estatales por medio del análisis de sus fundamentaciones.

Uno de los caminos posibles en ese sentido es la Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy<sup>3</sup>, quien concibe a la argumentación jurídica como una actividad lingüística que trata de la corrección de enunciados normativos para lo que analiza la estructura lógica de las fundamentaciones y su racionalidad. En esa tarea, distingue a la justificación interna de las decisiones jurídicas -que consiste en comprobar si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación-, de la justificación externa -cuyo objeto es verificar la corrección de tales premisas-, e incluye en ésta última a las reglas y formas de la interpretación propiamente dicha, de la argumentación dogmática, del uso de precedentes, de la argumentación práctica general, de la argumentación empírica y de las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos.

1 ATIENZA, Manuel, A.A.V.V., “Ideas y Derecho – Anuario de la A.A.F.D.”, Número 2, Santa Fe, 2003, pág. 153 y ss.

2 Ibidem.

3 ALEXY, Robert, “Teoría de la Argumentación jurídica – La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica”, 1ª reimpression, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.-

Como se advierte, Alexy incluye a la interpretación lógica (en su sentido puro) dentro del proceso de justificación interna y a la interpretación lógico – sistemática en sus vertientes dogmática y jurisprudencial, dentro de la justificación externa, entremezclando en las que llama “formas especiales de argumentos jurídicos” algunas tipos de argumentos propios de la lógica jurídica en particular.

A partir de aquí, el autor comienza a desarrollar las ideas fundamentales de esta investigación. Refiere que la argumentación jurídica se concibe como una actividad lingüística, que trata de la corrección de los enunciados normativos. Designa tal actividad como “discurso” y, puesto que se trata de la corrección de enunciados normativos, como “discurso práctico”. Considera que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general porque está sujeto a las limitaciones impuestas por la ley, la consideración de los precedentes, su encuadre en la dogmática elaborada por la ciencia jurídica y las reglas procesales. Éste, a su vez, puede ser contemplado desde perspectivas empíricas, analíticas o normativas. Alexy toma una perspectiva “analítico - normativa” del discurso jurídico porque analiza la estructura lógica de las fundamentaciones y su racionalidad.

Interroga: ¿Qué significa que un enunciado jurídico sea racionalmente fundamentable? Para responderla dice que primero habrá de analizarse cuándo es racionalmente fundamentable un enunciado normativo. Luego, intenta establecer una serie de reglas y formas de argumentos cuya adopción debe ser suficiente para que el resultado fundamentado en la argumentación pueda responder a la una pretensión de corrección. Tales reglas definen un proceso de decisión en el que no está determinado qué debe tomarse como base de la decisión y en el que no todos los pasos están prescriptos, por lo que son posibles diferentes resultado. No obstante ello, dice que dichas reglas son de enorme importancia como explicación de la pretensión de corrección, como criterio de corrección de enunciados normativos y como instrumento de crítica de fundamentaciones no racionales; “... una norma o un mandato singular, que satisfagan los criterios determinados por las reglas del discurso, pueden ser calificados de ‘justos’ ”.

El objetivo de este trabajo consiste en poner a prueba la teoría construida por Alexy sometiendo un caso concreto a análisis.

## **2. Planteo del caso**

Por resolución registrada bajo el número 4096.4 del 5 de junio de 2002 dictada en el expediente n° 3114 caratulado “N., Juan Manuel s/ recurso de Casación”, la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal dispuso casar las resoluciones dictadas en primera instancia por el Juez Federal n° 3 de Rosario y en segunda instancia por la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de esta ciudad, revocándolas.

El hecho que motivó la formación del expediente y que dio lugar a la vía recursiva

consistió en la tenencia por parte de Juan Manuel N. de un cigarrillo de marihuana (*cannabis sativa*) conducta prevista y penada por el art. 14 2º párrafo de la ley 23.737 que pena la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Según los análisis químicos efectuados, el cigarrillo secuestrado a N. tenía un peso neto de 0,370 gr. y contenía 2,78 miligramos (equivalente a 2.780 microgramos) de tetrahidrocannabinol (THC) (principio activo de la especie vegetal en cuestión) y, en consecuencia, no alcanzaba a cubrir al menos una dosis umbral (estipulada por la organización Mundial de la Salud –OMS- en 50 microgramos por kilo de peso, fijándose la dosis umbral alcanzaría a 3.500 microgramos -aquella necesaria para la producción de los efectos propios de la *cannabis sativa* en un individuo de hasta 70 kg. de peso-).

Los tribunales de primera y segunda instancia sobreseyeron a N. por cuanto el vegetal habido, si bien figuraba en los listados de estupefacientes confeccionados por el P.E.N., su cantidad no era suficiente para producir el efecto psicotóxico propio de la marihuana y por ello no podía ser considerado estupefaciente en los términos del art. 77 del C.P. que requiere que la sustancia, para ser considerada tal, sea susceptible de producir dependencia física o psíquica, lo cual conlleva que en el caso de la marihuana deba determinarse específicamente la presencia de los componentes activos psicotóxicos que, de estar ausentes o en ínfimas cantidades, empecen a considerar al vegetal dentro de las previsiones legales referidas.

La Cámara Nacional de Casación Penal argumentó para fundar su decisión de revocar las decisiones puestas a su consideración:

- que el a quo cometió un error en la apreciación de las cantidades; que incurrió en arbitrariedad por cuanto no realizó un análisis de las conclusiones de los especialistas que intervinieron en el estudio pericial relativas a la presencia o no de una “dosis umbral” ya que no evaluó el peso real del imputado; que de conformidad con lo ya sostenido por esa sala en la causa n° 2721, reg. n° 3706.4 resuelta el 19/10/01 (voto del Dr. Hornos),

- siguiendo con el precedente ya invocado de la misma sala dice que el sistema de la ley 23.737 se aparta de aquellos que se basan en la cantidad de droga detentada para dar lugar a la simple tenencia y en ese sentido que la C.S.J.N. no distinguió en la causa “Montalvo” (Fallos 313:1333) al considerar a la tenencia de estupefacientes para uso personal como un *delito de peligro abstracto*, sostuvo un criterio que deja atrás toda discusión acerca de la legitimidad de la represión a la *tenencia de escasas dosis* de estupefacientes, que el delito de marras de tenencia de drogas para consumo personal trasciende los límites del derecho a la intimidad por lo que es una acción susceptible de ser castigada; que *no corresponde hacer un casuismo no querido por la ley ni por la sociedad*; que al tratarse de un delito de peligro abstracto, se consume con sólo poner en riesgo o crear la posibilidad de peligro para el bien tutelado en la norma el delito se formaliza con la mera circunstancia de tener o suministrar la droga por el peligro a la salud que ello origina; que toda distinción que se efectúe en virtud de la cantidad de estupefaciente secuestrada, se dirigirá a su valoración como un elemento a fin de

decidir cuál será la figura delictiva en la que se encuadrará la conducta investigada pero no en miras a la desincriminación del encausado; que no hacerlo así implica insertar al tipo penal un requisito que no contiene, lo que importa la prescindencia de la norma legal al agregar al tipo penal elementos extraños a él; que la posición exculpatoria del a quo impide el ejercicio del fin tuitivo que procura la ley de cumplir una amplia tarea tutelar respecto de los adictos psíquica o físicamente, como también en relación a quienes se inician en el consumo de sustancias prohibidas (del primer voto de la Dra. Ana María Capolupo de Durañona y Vedia); finalmente la Dra. Amelia Berraz de Vidal sostuvo que son estupefacientes las sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por Decreto del P.E.N. a lo que adhirió el Dr. Gustavo M. Hornos.-

En resumen, la Sala IV de la basó su decisión en que si bien faltaba la determinación en el caso concreto de la existencia o no de al menos una dosis umbral, no pueden hacerse distingos en base a la cantidad de dosis de estupefacientes que se tiene por cuanto se trata de un delito de peligro abstracto que se configura aun no habiendo siquiera una dosis.

### **3. Del análisis del caso a la luz de las reglas y formas del discurso jurídico enumeradas por Robert Alexy**

Alexy enumera una gran cantidad de reglas y formas del discurso jurídico; a los fines de limitar el presente trabajo, solamente serán objeto de análisis en el presente aquellas que ofrezcan algún interés o que se consideren infringidas, brindándose la justificación pertinente.-

#### **3.1. De la Justificación interna**

La justificación interna refiere a la derivación lógica que puede efectuarse entre la premisa mayor representada por la regla universal que debe ser aplicada al caso, la descripción fáctica del caso que conforma la premisa menor y la conclusión que refiere a la correspondencia entre lo mandado por la norma general y la situación de hecho y la consecuente procedencia de la conducta mandada por la norma general para el supuesto analizado. Una fundamentación de este tipo permite la satisfacción del principio de universalidad según el cual *“Todo hablante sólo puede utilizar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría asimismo en todas las situaciones en las que afirmar que son iguales en todos los aspectos relevantes”*, el que, a su vez da base el principio de justicia formal que exige *“observar una regla que formula la obligación de tratar de la misma manera a todos los seres de una misma categoría”*. Sin embargo, como no obstante que se invoque en la decisión jurídica se podría afirmar cualquier conclusión surgen dos nuevas reglas que dicen que *“Para la fundamentación de una decisión*

*jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal*” y que *“La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones”*. Debe aclararse que en supuestos de casos complicados, como por ejemplo aquellos en que debe acudirse a normas jurídicas complementarias aclarativas de algún término, por lo que el análisis lógico debe ser comprensivo de tales situaciones.

Hasta aquí, dentro del ámbito de la justificación interna, podríamos formular nuestro caso de la siguiente forma:

Ante la norma:

(1) Corresponde prisión al que tuviere en su poder estupefacientes para su consumo (art. 14 2º Párrafo ley 23.737)

Y la circunstancia de que:

(2) Son “estupefacientes”:

- los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias que:

a) sean susceptibles de producir dependencia física o psíquica, y

b) se incluyan en las listas elaboradas por el PEN (art. 77 7º párrafo C.P.)

Puede concluirse de (1) y (2) que:

(4) Corresponde prisión al que tuviere en su poder (1) sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica incluidas en las listas que se elabora el PEN (2)

Dadas además las circunstancias fácticas de que:

(5) N tenía en su poder marihuana.

(6) la marihuana se encuentra incluida en los listados de “estupefacientes”

De (4), (5) y (6) pueden extraerse dos concluirse distintas

(7') Corresponde prisión a N (por cuanto basta para que sea punible la tenencia de marihuana que considerándola en abstracto la misma es “susceptible” de producir dependencia física o psíquica no importa su cantidad –posición de la Cámara Nacional de Casación Penal), o bien;

(7'') No corresponde prisión a N (por cuanto para que sea punible la tenencia de marihuana la misma debe poder producir en el caso concreto dependencia física o psíquica, para lo que cobra interés su cantidad –posición de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario y del Juez Federal a quo)

De lo antedicho puede decirse –al menos provisoriamente- que se encuentra cumplimentada la justificación interna de la decisión jurisdiccional de la Cámara Nacional de Casación y que se puede identificar y centrar las distintas posturas de los tribunales inferiores y aquella en una cuestión de interpretación que será objeto de análisis más detenido en la justificación externa que sigue a continuación. Sin embargo, resultará necesario efectuar un nuevo análisis una vez concluido el estudio.-

### 3.2. De la justificación externa

El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna entre las que se pueden distinguir las reglas de Derecho positivo –que se fundamentan mostrando su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico–, los enunciados empíricos –que se fundamentan recurriendo a “procedimientos” como los métodos de las ciencias empíricas, las máximas de la presunción racional o las reglas de la carga de la prueba en el proceso– y las premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo –para cuya fundamentación debe acudir a la “argumentación jurídica”–.

Esta argumentación jurídica –que es aquella a la que Alexy acota la expresión “justificación externa”– se integra de seis grupos de reglas y formas de justificación externa que se pueden resumir a su vez en una palabra que son las reglas y formas de la argumentación empírica (empirie); de interpretación (ley); de la argumentación dogmática (dogmática); del uso de los precedentes (precedente); de la argumentación práctica general (razón); de las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos (formas especiales de argumentos jurídicos).

Se analizan a continuación solamente aquellas que tengan trascendencia en relación al caso en estudio.

#### 3.2.1. De la interpretación

Alexy trata el problema de la interpretación desde el punto de vista de la estructura lógica de los cánones de la interpretación. Sostiene que a partir de la norma  $R$ , y de la regla de uso de las palabras  $W$ , se sigue la norma  $R'$ , donde  $R'$  puede designarse como “interpretación de  $R$  a través de  $W$  ( $I_w$ ). Dice que una de las tareas más importantes de los cánones consiste en la fundamentación de tales interpretaciones; se los puede utilizar también en la fundamentación de normas no positivas o de muchos otros enunciados jurídicos.

##### 3.2.1.1. De la interpretación semántica

Recuérdese que según nuestro autor, nos encontramos ante ella cuando se justifica, se critica o se afirma como posible con referencia al uso del lenguaje una interpretación  $R'$  de  $R$ . En este supuesto la regla  $W$  debe entenderse como una **especificación** del lenguaje natural o de un lenguaje técnico –en particular el de la jurisprudencia– y no de una **determinación** del lenguaje (por cuanto ésta implicaría un proceso de creación no susceptible de ser comparado con algo ya existente), porque únicamente en el primer caso puede existir una justificación por referencia a un uso existente. A partir de ello reconoce tres formas de argumentos:

- R' debe aceptarse como interpretación de R, sobre la base de  $W_i$ .
- R' no puede aceptarse como interpretación de R sobre la base de  $W_k$ .
- Es posible aceptar R' como interpretación de R, y es posible no aceptar R' como interpretación de R, pues no rigen ni  $W_i$  ni  $W_k$ .

(recuérdese que W es una regla de uso de las palabras a través de cuya aplicación obtenemos la norma concreta R')

El uso de argumentos de esta forma implica la afirmación de la validez o de la no validez de  $W_i$  y/o  $W_k$ .

Los dos argumentos mencionados en primer término son definitivos si, sobre la base de una regla semántica, se establece que a cae bajo la norma R o bien que no es este el caso. El argumento semántico es suficiente aquí para la fundamentación de una decisión por medio de R. La situación es bastante distinta en el caso de aplicabilidad de la última regla mencionada por cuanto en este supuesto la interpretación semántica lleva al resultado de que, solo con medios semánticos, no se puede alcanzar ninguna decisión y que el enunciado "T" es vago y que el individuo "a" cae dentro del campo de vaguedad de "T". Entonces, la cuestión de si el individuo "a" cae bajo el enunciado "T" no puede contestarse por medio de una especificación del lenguaje, sino por medio de una determinación.

Ya adelanté que en nuestro caso la cuestión parece circunscribirse al alcance del significado de la palabra "estupefaciente" que se encuentra determinada por ser todo aquello susceptible de producir dependencia física o psíquica y que se haya incluido en un listado creado al efecto. En ese sentido, el tribunal de casación entiende que está penada la tenencia de cualquier cantidad de marihuana sin importar si esta causa o no efectos en el caso concreto, ya que indicar que algo es "susceptible" de producir un efecto no significa que en el caso concreto lo deba hacer sino que importa la mera posibilidad de producción del mismo. Puede colegirse también de ello que tal forma de razonamiento implica atribuir a cualquier porción de la cosa las mismas propiedades del todo.

Por lo pronto, puede decirse en relación a tal argumento que la nuda circunstancia de que la marihuana secuestrada a N. integre el universal "la marihuana", ello no quiere decir que el individual "esta marihuana" necesariamente posee las propiedades de la totalidad. Tan es así que de acuerdo a los estudios médicos utilizados para fundar la existencia de una "dosis umbral" el consumo de vestigios de marihuana no produciría efectos sobre el físico y la psiquis. Puede considerarse entonces que la atribución a la parte de las propiedades que se predicen del todo constituye en este caso una falacia por división. No toda marihuana es estupefaciente, por lo que el interés del legislador en la marihuana nace a partir de que esta posea las características que la hacen estupefaciente.-

Cuando se refiere a la cuestión relativa a las palabras y su relación con la realidad, Nino advierte acerca de "... una tendencia en el pensamiento común, racionalizada por alguna tradición filosófica prestigiosa, que encara las palabras como si fueran signos, o sea, como si

tuvieran una relación natural, independiente de la voluntad de los hombres, con aquello que significan...”, y cita en su respaldo a Carnap, quien identificó a tal postura como “concepción mágica del lenguaje” y a Kantorowicz, quien hablaba de “realismo verbal”. La utilización de este modo del lenguaje, donde “estupefaciente” es algo que posee una esencia que existe más allá de su constatación fáctica se identifica con el platonismo e implica, en definitiva, que el significado de las palabras implica la existencia de ciertas propiedades no empíricas que hacen que las cosas sean lo que son. En otras palabras, existe una esencia de lo que son los estupefacientes, por lo que todo aquello que sea nombrado así posee las características esenciales sin importar su efectiva existencia<sup>4</sup>.

Evidentemente tal postura es incorrecta. Por más esfuerzo que se haga en afirmar que la marihuana secuestrada a N. posee las mismas condiciones que llevaron al PEN a incluir a dicha sustancia en los listados de estupefacientes, ello es falso.

Contra el interpretación de la palabra “susceptible” propuesto por la cámara de casación puede aducirse que la regla del uso del lenguaje utilizada carece de lógica y que por ello la interpretación de la ley por medio de dicha regla es incorrecta. Carece de lógica porque el derecho penal no pune meras posibilidades de hechos sino hechos concretos: la marihuana que por ser escasa no posee las propiedades de esa especie vegetal que son tomadas en cuenta para clasificarla como estupefaciente, no puede ser tal. Se puede aducir en contra de esto que la ley puede válidamente penar la tenencia de marihuana lisa y llanamente; eso es cierto, sin embargo, no es lo que hace la ley argentina, sino que ésta refiere a la tenencia de estupefaciente, dejando librado al PEN establecer qué es y qué no es estupefaciente.

Una interpretación utilizada en igual sentido al fallo de casación sostiene que cuando el art. 77 C.P. considera “estupefacientes” en términos generales a los “...estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica...” la exigencia de generación de las consecuencias apuntadas refiere únicamente a las “demás sustancias”. Suponiendo que ello fuera así, deberíamos acudir a alguna otra definición de la palabra “estupefaciente” de la que el PEN se pudiera valer para establecer qué puede ser incluido en el listado correspondiente. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española es estupefaciente aquella sustancia narcótica que hace perder la sensibilidad y son narcóticas aquellas que producen sopor, relajación muscular y embotamiento de la sensibilidad<sup>5</sup>; y volvemos aquí al problema inicial: ¿cuál es la cantidad mínima requerida para que se produzcan los efectos mencionados? ¿Encuadra la sustancia que no produce los efectos mencionados en su definición y que en consecuencia no posee todos los atributos de la cosa definida en ella? Indudablemente no.

4 NINO, Carlos Santiago, “Introducción al análisis del Derecho”, 2ª edición ampliada y revisada, 12ª reimpresión, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2003, Págs. 12 y 248.-

5 Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 21ª edición, Madrid, Ed. Espasa – Calpe, 1998, pág. 923 y 1426.

Finalmente, tengo en cuenta que la palabra “susceptible” es un adjetivo que en su primer acepción significa “capaz de recibir modificación o impresión”<sup>6</sup> y que su uso en el contexto de la norma considerada refiere a la aptitud de producir los efectos allí mencionados que se encuentra presente tanto en estupefacientes propiamente dichos, como en psicotrópicos y otras sustancias, por lo que tal “susceptibilidad” es la que debe ser considerada por el PEN para incorporarla a los listados correspondientes, mientras que la posibilidad concreta de causar las consecuencias dañosas debe ser considerada en el caso específico por el juez.-

*En conclusión, puede afirmarse que, desde el punto de vista semántico, la interpretación de la norma en análisis es el resultado de la utilización de una regla de uso de las palabras incorrecta, en la que se ha utilizado un significado incompleto de uno de los términos principales.*

### **3.2.1.2. De la interpretación genética**

De acuerdo al fallo comentado la C.S.J.N. ha dicho que “...al tipificar como delito la tenencia de estupefacientes para uso personal el legislador lo hizo sin distinciones en cuanto a la cantidad, dado que al tratarse de un delito de peligro abstracto, cualquier actividad relacionada con el consumo de drogas pone en peligro la moral, la salud pública y hasta la misma supervivencia de la Nación...”.

Se puede distinguir de ello que según la C.S.J.N.

la norma: *R= esta penada la tenencia de estupefacientes;*

tiene como supuesto fin: *Z= proteger la moral, la salud pública y la Nación*

De este modo, cualquier norma R' resultante de la interpretación de R a través de la regla de uso de las palabras W debe tender a lograr el fin Z, siendo en caso contrario una norma infiel a la voluntad del legislador.

Ahora bien ¿Es la norma resultante de la interpretación realizada por el tribunal de casación tributaria de la voluntad del legislador?

Para dar una respuesta correcta a la cuestión permítaseme resaltar la existencia de una norma que establece que no puede haber delito sin ley previa que lo establezca, y que dicha norma tiene por finalidad proteger a los ciudadanos frente al Estado contra el establecimiento arbitrario de nuevas prohibiciones merecedoras de penas (motivación que llamaré Z'), objetivo éste que tiene primacía sobre la finalidad de Z por cuanto es pilar de la vigencia del Estado de Derecho.

Volvamos a nuestro fallo; al decirse que está penada la tenencia de marihuana (sea o no estupefaciente) como lo hace el tribunal de casación, se logra dar mayor protección al

6 Idem, pág. 1923.-

fin Z sostenido por la norma R pero se infringe la prohibición de penar sin ley previa y, consecuentemente, se atenta contra Z', además de que el tribunal se atribuye de esta forma potestades normativas que le son ajenas en virtud de otro fin Z" relativo a la división de poderes.

*Puede concluirse entonces que, desde el punto de vista genético, que la interpretación R' propugnada por el tribunal de casación, es violatoria de los fines Z' y Z", superiores al fin Z por lo que la misma debe ser abandonada.*

### 3.2.2 Del uso de los precedentes.

Según Alexy, el fundamento del uso de los precedentes lo constituye el principio de universalidad, la exigencia que subyace a toda concepción de la justicia, en cuanto concepción formal, de tratar de igual manera a lo igual. ¿Cuándo es aplicable un precedente a dos casos similares? ¿Cuáles son las circunstancias relevantes para evaluar la similitud de dos casos? ¿Cuándo son relevantes las diferencias entre casos para descartar la aplicación del caso precedente? Sostiene además que si se adhiriera únicamente al *principio de universalidad* sería imposible tomar una decisión que se apartara de la solución precedente aún cuando hubiera cambiado la valoración de las circunstancias. Sin embargo, en ese supuesto, se atentaría contra el hecho de que toda decisión plantea una *pretensión de corrección*. Por otra parte, una condición del cumplimiento del principio de universalidad es precisamente el cumplimiento de la pretensión de corrección. En esta situación corresponde admitir el apartamiento del principio de exigencia del respeto a los precedentes *endosando en tal caso la carga de la argumentación a quien quiera apartarse* (regla de la carga de la argumentación), lo que constituye una nueva aplicación del *principio de inercia*. En vista de la *presunción de igualdad* expresada por la regla que dice que "*Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo*", quien alega la existencia de diferencias relevantes entre dos casos aparentemente iguales, carga con la prueba de su afirmación. Por ello, si bien debe admitirse la racionalidad de un uso del precedente que responda al principio de universalidad y de inercia, también debe permitirse argumentar en contra de los precedentes a fin de evitar sostener una decisión equivocada. Arriba así a las siguientes reglas "*Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión debe hacerse*" y "*Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación*".

Es claro que con la palabra "precedente" se refiere a aquellas resoluciones emanadas del mismo tribunal que la invoca y que por ello la jurisprudencia de otros tribunales no constituye técnicamente un precedente y a través de su uso se busca la realización del ideal de unidad en la interpretación y aplicación de la ley<sup>7</sup>, fines estos que pueden identificarse con aquellos que Alexy reconoce tanto en la doctrina como en el uso de precedentes cuando resalta que

la argumentación dogmática y la basada en el uso de precedentes se encuentran relacionadas toda vez que muchos enunciados dogmáticos están incorporados también en precedentes y las decisiones judiciales son aceptadas por la dogmática. Ello motiva que varias de las funciones de la argumentación dogmática se verifiquen en el uso de los precedentes como las de estabilización, de progreso y de descarga, contribuyendo estas funciones al logro de fines de la seguridad jurídica y la protección de la confianza en la aplicación del Derecho<sup>8</sup>.

Por ello, dado que nuestro autor no trata expresamente la cuestión relativa a cómo debe considerarse a este tipo de argumento en el que se cita jurisprudencia de otros tribunales, lo haremos aquí.-

Partimos de la base de que la mayor parte del fallo analizado consiste en una transcripción de un precedente de la sala en el que se cita, a su vez, jurisprudencia de la C.S.J.N. supuestamente relacionada al tema sometido a decisión. Pero ¿Es realmente aplicable al caso sometido a estudio la jurisprudencia de la C.S.J.N. invocada en el precedente? Aparentemente no lo es, por cuanto los párrafos transcritos de “Montalvo” dejan entrever que la cuestión refirió a la tenencia de sustancias cuya calidad de estupefaciente no fue puesta en tela de juicio como ocurre en la pieza jurídica que reviso. La Corte Suprema aclara que la tenencia de escasa cantidad de estupefacientes no es óbice para su punibilidad, pero nada dice acerca de qué cantidad de las sustancias descritas en los listados confeccionados por el PEN puede ser considerada estupefaciente; allí se habla en términos generales de “estupefacientes” pero, dado que la cuestión no se centraba en si las sustancias secuestradas constituían o no tales, no se hizo un análisis detallado de las implicancias de su definición.

*Por ello, la invocación del antecedente jurisprudencial en cuestión en un contexto distinto como es el aquí planteado desvirtúa el verdadero significado de los dichos de la corte suprema y constituye un argumento ad verecundiam, en el que se pretende hacer valer la fuerza de la autoridad de la que emana de la jurisprudencia citada y se tergiversa –extendiéndolo– el verdadero alcance del mismo.* Cuando la C.S.J.N. dijo que el legislador no hizo distinciones en cuanto a la cantidad de estupefacientes para penar su tenencia, dijo exactamente eso y no, como lo afirma el fallo estudiado, que aquellas sustancias que no poseen las características implicadas en el concepto de estupefaciente, también lo son.

### 3.2.3. De los argumentos dogmáticos

Una cuestión interesante que hace a la dogmática jurídica consiste en la inclusión del

7 GASCON ABELLAN, Marina, “La técnica del precedente y la argumentación racional”, 1ª edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1993, pág. 54.-

8 ALEXY, Robert, “Teoría de la Argumentación jurídica – La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica”, 1ª reimpresión, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pág. 263.-

delito de tenencia de estupefacientes entre los delitos de peligro abstracto. Definir qué son los “delitos de peligro abstracto” es una clara alusión a la ciencia del derecho y a la elaboración de conceptos dogmáticos desde el punto de vista de Alexy quien sostiene que un enunciado es un enunciado de la dogmática si es establecido, aceptado o, al menos, discutido en el marco de una ciencia jurídica que funcione institucionalmente.

También es asunto de la dogmática jurídica establecer un límite al grado de abstracción del peligro considerado en la figura penal de que se trate. En otras palabras es ella la que debe responder a la pregunta acerca de cuán concreto debe ser el peligro abstracto en que se pone al bien jurídico tutelado para ser punible.

Desde este punto de vista, sostener que basta con que las sustancias sean “... susceptibles de producir dependencia física o psíquica..” pero que no es necesario que produzcan dicha dependencia en el caso concreto resulta, a mi entender, peligroso. Esta afirmación equivale a decir que quien tiene en su poder una cantidad ínfima de marihuana que en ningún caso podría producir efectos narcóticos igual atenta contra el bien jurídico tutelado “salud pública”.-

Se puede colegir, siguiendo el razonamiento de la C.N.C.P.N., que los vestigios que tenía en su poder N., aunque no puedan causar efectos sobre su salud, sí afectan la “salud pública” ¿Es esto posible? ¿Puede algo que no daña en lo particular y concreto producir una lesión en lo general y abstracto? La doctrina que sostiene esta opinión incurre en el error de creer que dentro de la expresión “peligro abstracto” se encuentran también incluidas aquellas situaciones en que el peligro nunca puede concretarse por ser inexistente, cuando en realidad con tal expresión se menciona al peligro que -no habiéndose concretado-, puede llegar a hacerse efectivo o, lo que es lo mismo, a un peligro potencial.-

### **3.2.4. Uso de otras formas de argumentos jurídicos especiales**

#### **3.2.4.1. El recurso a la analogía**

El tribunal de casación no acude a este tipo de argumentos, sin embargo resulta útil para profundizar nuestro estudio hacer una pequeña mención a un caso similar.

Hemos dicho que la tenencia de estupefacientes es considerada como un delito de peligro abstracto y que el bien jurídico tutelado es la salud pública. Similar calificación efectuó la doctrina y la jurisprudencia en relación al delito de tenencia de armas. En este último supuesto, también reiterada jurisprudencia ha sostenido que nos encontramos en presencia de un arma cuando la misma tiene capacidad de tiro, esto es que se encuentra en condiciones de ser utilizada y que, en el caso contrario la conducta es atípica. En el caso de los estupefacientes la presencia del principio activo de que se trate hace las veces de la “capacidad de tiro” de la sustancia en cuestión por lo que resulta lógico sostener que la misma no constituye estupefaciente.-

## 4. Conclusiones

Las conclusiones parciales que se efectuaron con anterioridad adelantaron ya mi opinión en relación a la resolución analizada: la misma padece de serios defectos de argumentación lógicos, semánticos, genéticos y en el uso de los precedentes. Si bien inicialmente la justificación interna parecía correcta en la misma se omitieron –al modo de un entimema– premisas necesarias para aclarar las formas de uso de términos utilizados en otras premisas, los problemas de interpretación semántica detectados tienen trascendencia en la corrección de la justificación interna.

En cuanto al objeto de este estudio tendiente a poner a prueba a la Teoría de la Argumentación Jurídica como herramienta para evaluar el contenido argumentativo de decisiones judiciales, el resultado puede ser considerado satisfactorio ya que gracias a su utilización se han podido detectar supuestas falencias en la forma de argumentar del tribunal emisor de la misma que permiten sospechar acerca de la posible arbitrariedad de la decisión y de la existencia de otro tipo de motivaciones no mencionadas por el tribunal. Dicha teoría proveyó un procedimiento útil para ordenar el análisis que permitió no perder de vista los distintos tipos de argumentos posibles. Sin embargo, debe ponerse de resalto que el resultado puede no diferir en mucho con las críticas que usualmente suelen efectuar alguna doctrina y la misma jurisprudencia (en relación a sentencias de tribunales inferiores).-