

GOLPEANDO LAS PUERTAS DEL CIELO (...DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION)

Una mirada desde el recurso extraordinario federal

Por Victor Hugo Gangarossa

I. INTRODUCCION

Tal como rezan las famosas estrofas de la canción creada por el músico, cantante y compositor Bob Dylan para la banda sonora de un film estrenado en el año 1973¹ luego también versionada por innumerables artistas², donde el autor narra la historia desde la visión de un agente de la ley, quien cargando su placa se halla a punto de morir, y ya prácticamente dándose por vencido, manifiesta su hondo pesar y desasosiego; así también con bastante frecuencia nos encontramos como profesionales del derecho en similar situación que la evocada antes de ahora, pues portando en nuestro caso, no ya una placa ni una insignia, sino un escrito de recurso extraordinario federal, y esta vez golpeando las puertas, no ya del cielo, sino de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pretendemos evadir “...aquella nube fría y oscura que está bajando” que constituye la discrecionalidad de nuestro Máximo Tribunal en sus criterios para acceder a la tercera instancia mediante la ya mencionada vía de impugnación.

Es por ello que centraremos nuestro objetivo de trabajo, partiendo de una temática específica como lo es la cuestión debatida acerca de la constitucionalidad o no de la figura penal prevista por el artículo 14 segundo párrafo de la ley 23737 que sanciona la tenencia ilegítima de estupefacientes para consumo personal, tomando para tal menester como material de análisis, los precedentes jurisprudenciales señeros sobre la materia y

¹ “Pat Garrett & Billy the Kid”

² Guns N’ Roses, Bon Jovi, Eric Clapton, U2, entre otros.

respecto de los cuales nuestro Máximo Tribunal fue delineando a nuestro entender, una postura zigzagueante en cuanto a los criterios de selección de los casos para su tratamiento, utilizando discrecionalmente a su vez, diversas y variadas razones de fundamentación.

Cabe advertir también que no pretendemos abordar la temática propuesta desde un desarrollo integral de los precedentes a analizar, pues ello excedería con creces el marco del presente trabajo, situación que nos obliga a enfocar nuestro principal objetivo en torno a las circunstancias de admisibilidad del recurso extraordinario federal en los fallos “Colavini”³, “Basterrica y “Capalbo”⁴, “Montalvo”⁵ y “Arriola”⁶ y cuales fueron en su oportunidad los argumentos que tuvo en consideración la Corte para expedirse al respecto.

No obstante ello, y siempre con la finalidad de brindar mayor claridad en la exposición, solo haremos referencia a las circunstancias propias y estrictamente necesarias de cada uno de los fallos más arriba mencionados, de modo de tener a la vista los antecedentes básicos y contextuales que nos permitirán a la postre llevar adelante un análisis comparativo, a la vez que facilitará al lector la comprensión acerca del sentido y alcance de la propuesta con la cual concluiremos este breve ensayo.

II. LOS FALLOS EN CUESTION

En esta línea de inteligencia deviene indefectible recordar los lineamientos trazados en el ya citado precedente “Ariel Omar Colavini”, en el marco del cual la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata confirmó la sentencia condenatoria de Colavini en virtud de la cual se le impuso una pena de dos años de prisión en suspenso y multa de cinco mil pesos; ello por

³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 300:254

⁴ Fallos 308:1392

⁵ Fallos 313:1333

⁶ Fallos 332:1963

considerarlo autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes destinado a uso personal.

Contra dicho pronunciamiento, la defensa técnica planteó recurso extraordinario en los términos del artículo 14 de la ley 48 por entender que la norma en crisis resultaba conculcatoria del artículo 19 de la Constitución Nacional, y que la sentencia condenatoria se basaba en cuestiones de política social o penal y por lo tanto jurídicamente infundada. Adujo también que este tipo de acciones (las cumplidas para obtener estupefacientes) resultaban totalmente inocuas para terceros, y al igual que los casos de tentativa de suicidio o autolesión, debían quedar fuera del ámbito coercitivo del Estado.

Fue allí cuando la Corte ingresó en el tratamiento de la cuestión argumentando en lo sustancial el creciente incremento y difusión de la toxicomanía en el mundo (a la cual calificó como una calamidad social comparable a las guerras, pestes o plagas), la aniquilación de los individuos en su faz moral y física, la contribución a producir ociosidad, la delincuencia común y subversiva, y la destrucción de la familia; consecuencias todas que determinan la consecuente obligación de los Estados civilizados de implementar medios idóneos a fin de erradicar, o al menos reducir a sus mínimas expresiones, aquel flagelo⁷.

Finalmente coronó su fallo expresando que los mencionados datos de la experiencia común, sumados a que el consumo de drogas bien puede traducirse “en impulsos que determinan la ejecución de actos antisociales”, constituyen un riesgo potencial que torna lícita toda actividad estatal enderezada a contrarrestarlo, motivos por los cuales rechazó la petición del apelante.

⁷ Sobre el punto ver considerando 5º y ss.

Ocho años más tarde, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió nuevamente sobre el tema in re “Basterrica, Gustavo Mario s/ tenencia de estupefacientes” y “Capalbo, Alejandro Carlos s/ tenencia de estupefacientes”⁸, retomando nuevamente la discusión acerca de la constitucionalidad o no del tipo penal ya mencionado, para todo lo cual argumentó fundamentalmente que los criterios de prevención otrora esbozados en el precedente “Colavini” y que resultaban motivos suficientes para sostener la penalidad de la figura en crisis, ahora debían ser replanteados y que “...en el caso de la tenencia de drogas para uso personal, no se debe presumir que en todos los casos ella tenga consecuencias negativas para la ética colectiva”⁹.

Motivó también aquel cambio de rumbo en la circunstancia que no se hallaba suficientemente acreditado que la penalización de la simple tenencia evitara consecuencias negativas concretas para el bienestar y la seguridad general, adunando al efecto que se debían implementar medidas sustitutivas de la pena de prisión tendientes a corregir el comportamiento desviado de aquellos sujetos que utilizaran estupefacientes; ello así, en tanto le corresponde al propio Estado proporcionar diferentes respuestas sobre la problemática a la vez que evitar estigmatizar, imponer ideas o interferir en la conducta privada de los hombres.

En síntesis, el precedente objeto de análisis concluyó que la colisión entre la norma de orden superior, en el particular el artículo 19 de nuestra Carta Magna, y el artículo 6° de la ley 20771 que preveía la tenencia de estupefacientes para uso personal, debía ser evaluada en el contexto de dos temas relevantes, esto es, por un lado el gravísimo flagelo social aparejado por la difusión de las drogas; y por el otro, la coyuntura histórica por la que

⁸ En fecha 29 de agosto de 1986 la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad del artículo 6° de la ley 20771 en cuanto incriminaba la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

⁹ Considerandos 6° y 8°.

se hallaba transitando nuestro país en miras de reconstruir las instituciones democráticas y consolidar la idea de sistema de libertad individual

En diciembre del año 1990 la Corte Suprema de Justicia de la Nación vuelve a expedirse sobre la cuestión habilitando la instancia recursiva extraordinaria para conocer respecto de la tacha de inconstitucionalidad formulada en su oportunidad¹⁰, pero esta vez, retomando la pretérita doctrina esbozada en “Colavini” y argumentando –con sustento en su actual composición- que tal variación jurisprudencial no afecta la garantía de igualdad ante la ley.

Sostuvo también nuestro Máximo Tribunal en el fallo reseñado, que los motivos tenidos en cuenta por el legislador al incriminar la tenencia de drogas constituyen cuestiones de política criminal (oportunidad, mérito y conveniencia) respecto de las cuales no corresponde de modo alguno intervención judicial, en tanto ello implicaría arrogarse ilegítimamente funciones legislativas y convertirse en una “superlegislatura”; máxime cuando el propio poder legisferante decidió dictar, luego de la vigencia de la ley 20771, una nueva norma de orden nacional manteniendo tal prohibición.¹¹

A mayor abundamiento, la Corte expresamente se expidió zanjando aparentemente ya toda discusión expresando: *“Que la diversa interpretación efectuada por los fallos dictados durante la vigencia de la ley 20771, provocaron inseguridad jurídica y fue esa circunstancia, junto con el avance de la drogadicción, lo que determinó al legislador de la ley 23737 a establecer como conducta delictiva, la tenencia de estupefacientes en escasa cantidad...”*¹²

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 313:1333, “Ernesto Alfredo Montalvo”.

¹¹ Ley 23737 (B.O. 11/10/89).

¹² Considerando 27º.

Continuando con el análisis de los precedentes en el año 2009 la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió nuevamente sobre el tema, al resolver el recurso de hecho deducido por la defensa en el marco de la causa “Arriola, Sebastián y otros s/ causa 9080”¹³.

Que ello tuvo su génesis cuando el tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de la ciudad de Rosario condenó a Sebastián Arriola a la pena de seis años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes en su modalidad de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (artículo 5 inc. “c” de la ley 23737), y a otros sujetos más como autores del delito de tenencia ilegítima de estupefacientes para consumo personal previsto por el artículo 14 segundo párrafo de la ya citada ley; situación que motivó la interposición del correspondiente recurso de casación por parte de la defensa técnica del primero de los nombrados, impugnación que huelga decir, fue rechazada por el tribunal declarando a su vez inadmisibles el recurso extraordinario también deducido en su oportunidad.

Que todo ello dio lugar a la interposición del correspondiente recurso de hecho, cuestión que en lo respectivo a Arriola, la Corte Suprema tuvo por desistido, quedando de esa manera el “*thema decidendum*” circunscripto a los hechos vinculados a la tenencia de estupefacientes para consumo personal por los cuales habían sido condenados los demás imputados.

Precisando ello aún más, en oportunidad de interponer el recurso de casación, la defensa técnica, además de agraviarse por el rechazo del planteo de inconstitucionalidad de la norma en crisis, argumentó la procedencia de una revisión de lo ya resuelto; ello en base a la nueva composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y que de los propios argumentos impetrados en el precedente “Bazterrica”, el máximo tribunal había

¹³ A .891. XLIV

declarado la invalidez constitucional del ya derogado artículo 6 de la ley 20771 que también tipificaba en su texto la tenencia de material estupefaciente para consumo personal con similares alcances que la normativa vigente.

En aquella oportunidad, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, rechazó el recurso interpuesto por considerar que dicha cuestión ya había sido tratada en otros precedentes donde también se había expedido por la constitucionalidad del artículo 14 segundo párrafo de la ley 23737.

No podemos dejar de mencionar, al menos sintéticamente, los argumentos sobre los cuales se agravió la defensa al momento de fundamentar el recurso extraordinario; los cuales en lo sustancial versaron sobre la conculcación del principio de reserva previsto por el artículo 19 de nuestra Carta Magna; ello, en tanto las conductas desplegadas por los imputados constituyeron, a entender de los defensores, “acciones privadas” desarrolladas en un marco de intimidad constitutivas de un ámbito infranqueable dentro del cual debe estar vedada toda injerencia estatal, máxime cuando no se logró corroborar que tal accionar hubiese vulnerado el bien jurídico tutelado “seguridad pública”, circunstancia en virtud de la cual, al no haber lesividad alguna al ordenamiento jurídico en tanto no existió resultado o riesgo previsto, el hecho investigado devenía en atípico.

Finalmente y luego de ensayar la defensa técnica otras fundamentaciones de orden fáctico tales como la ausencia del efecto disuasivo esperado luego de la sanción de la ley 23737, el consecuente incremento de causas penales sobre aquella materia, y la postura errática de los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, resaltó la postura asumida por el máximo tribunal en los casos “Bazterrica” y “Capalbo” y en los votos en disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Augusto César Belluscio en el precedente “Montalvo”,

especificando que el cambio de composición en la integración de aquel tribunal –ponderación utilizada por la propia Corte como argumentación válida para volver sobre sus propios pasos y retomar la discusión nuevamente en el último precedente mencionado-, autorizaba ahora un nuevo análisis y revisión sobre la cuestión habida cuenta la modificación de las circunstancias de oportunidad, mérito y conveniencia otrora tenidas en cuenta.

Fue así que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ante la evidente existencia de una franca contradicción entre una norma de orden federal (artículo 14 segundo párrafo de la ley 23737) y una manda de orden superior (artículo 19 de nuestra Constitución Nacional), y en el entendimiento que el caso llevado a estudio se trataba de un “genuino caso constitucional” cuya decisión definitiva resultó contraria a los derechos que el recurrente había fundado directamente en la Carta Magna (artículo 14 inc. 1º de la ley 48), decidió abrir nuevamente el debate sobre la cuestión y en consecuencia expedirse al respecto.

En esa oportunidad, nuestro Máximo Tribunal ponderó que dado el carácter institucional de aquel organismo, se debían dar razones de este nuevo cambio de rumbo, para todo lo cual se basó, en lo sustancial, en cuestiones de orden práctico tales como el transcurso del tiempo y el cambio de circunstancias objetivas acaecidas desde el dictado del precedente “Montalvo” mediante el cual se afianzaba la constitucionalidad de la figura penal de tenencia ilegítima de estupefacientes para consumo personal. En tal sentido, reitero, el replanteo actual de la situación, resultó fundamentado exclusivamente en que durante tal lapso temporal se demostró la ineficacia del resultado que se pretendió lograr mediante el dictado del fallo

mencionado en el presente párrafo.

Hasta aquí una breve reseña histórica acerca de los fundamentos tenidos en cuenta por la Corte, en sus diferentes fallos dictados en materia de estupefacientes, para abrir la vía extraordinaria objeto de estudio en el presente trabajo.

III. LAS DESAVENENCIAS DE LA CORTE

En este punto resulta menester realizar algunas precisiones sobre la cuestión, pues tal como adelantamos al comienzo de este ensayo, el objeto de estudio y análisis sería circunscripto únicamente a materializar una opinión crítica acerca de las consideraciones vertidas por nuestro Máximo Tribunal como fundamento para la apertura o no de la vía impugnativa extraordinaria, limitación que conlleva indefectiblemente a dejar de lado otras cuestiones íntimamente relacionadas con la temática abordada por los fallos comentados antes de ahora .

En este orden de ideas, centrando nuestro eje de discusión sobre tales extremos, cabe indagarnos sobre las fundamentaciones incoadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al momento de declarar procedentes los respectivos recursos extraordinarios planteados sobre la materia a lo largo de su historia institucional, y si aquellas consideraciones vertidas en dichos precedentes resultan meridianamente razonables desde los diferentes puntos de vista que seguidamente analizaremos.

Cierto es también que la realidad compleja de la drogadicción impone mayores recaudos a la hora de abordar la problemática, pues las connotaciones propias derivadas de las diversas y múltiples aristas que presenta la temática, nos impide en gran parte escindir las cuestiones que constituyen realidades sociales, políticas, asistenciales, de las que

representan estrictamente aspectos técnico-jurídicos propios de la legislación.

Y son justamente, estas ausencias de claridad las que en diversas situaciones nos llevan a confusiones semánticas, a la utilización de términos equívocos, a la adopción de puntos de vista sincrónicos o diacrónicos, todo lo cual en definitiva, atenta contra una legítima y sincera interpretación, no solo de nuestro derecho, sino también de los acontecimientos o procesos históricos que lo acompañan¹⁴.

Con ello pretendemos justamente evitar la discusión semántica acerca de ciertos vocablos que indefectiblemente aparecen patentes en los fallos objeto de análisis, y que a todas luces resultan cuestionables, pero a la vez no podemos dejar pasar por alto las expresiones sustanciales utilizadas como argumentación de la propia Corte para resolver la admisibilidad de la vía de impugnación ya mencionada.

Así las cosas, ciertos conceptos o expresiones impetrados en los precedentes sub análisis tales como “calamidad social comparable a las guerras o las pestes”, “aniquilación de los individuos”, “ociosidad”, “delincuencia común y subversiva”, “destrucción de la familia”, “moralidad, seguridad o salubridad públicas”, “perturbación de la ética colectiva”, “plaga”, “riesgo potencial”, “intimidad”, “moral pública”, “moral individual”, “derecho a ser dejado a solas”, “peligrosidad”, “acciones privadas”, “drogadicto”, “voluntad pública”, “buenas costumbres” y tantos otros, parecen contribuir fuertemente a provocar mayor desconcierto que certezas acerca de lo que se quiere significar realmente.

¹⁴ Sobre el punto ver Carlos Santiago Nino, “Introducción al análisis del derecho”, Capítulo V (La interpretación de las normas jurídicas), pág. 245 y ss, Ed. Astrea Bs. As., 1980; y Ricardo A. Guibourg “Introducción al conocimiento científico”, Capítulo 1 (Lenguaje), pág. 17 y ss, Ed. Eudeba, 1994.

Es por ello que entendemos que la propia Corte, como último intérprete del derecho y de las normas que nos rigen, debiera prestar especial atención a la utilización de ciertos vocablos, que por su significación equívoca, o al menos, de diversa interpretación de acuerdo a las circunstancias histórico-temporales en que se esbozan, pueden resultar de muy diversa y disímil comprensión.

Todo ello no resulta un dato menor a considerar, pues a través de sus fallos es que nuestro Alto Tribunal hace conocer su decisión, y para tal loable menester se requiere una claridad y precisión lingüística que efectivamente refleje con exactitud la realidad a que pretende hacer referencia.

Cabe también cuestionarse si resulta facultativo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –a los fines de resolver la procedencia o no del recurso extraordinario federal- ingresar en valoraciones que escapen a su ámbito específico de injerencia tales como la ética colectiva, las cuestiones de política criminal (propias del Ministerio Público Fiscal, verbigracia aumento o no de la toxicomanía a nivel mundial, nacional), el alcance de los conceptos de bienestar y seguridad general, etc.

Estos planos históricos, morales o éticos, sociales, estadísticos, filosóficos, médico-terapéuticos, e inclusive económicos, implican, de ingresar en tales abordajes, un estudio exhaustivo respecto a cada uno de ellos, situación que de modo alguno se aminoró en los fallos antes de ahora mencionados, todo lo contrario, lo que resultó en su momento fundamentación suficiente para declarar la constitucionalidad del artículo 6º de la ley 20771 (actual artículo 14, segundo párrafo de la ley 23737)¹⁵, luego fue descartado de plano¹⁶, para posteriormente volver sobre tales primigenios criterios¹⁷ y finalmente

¹⁵ Fallos 300:254

¹⁶ Fallos 308:1392

¹⁷ Fallos 313:1333

terminar bregando por la inconstitucionalidad de la norma que preveía la tenencia ilegítima de estupefacientes destinada a consumo personal¹⁸.

Tales vaivenes jurisprudenciales no pueden menos que significar una clara contribución a incrementar la inseguridad jurídica; ello así, toda vez que a nuestro entender, corresponde a la Corte, como principio general, adecuar sus decisiones a los precedentes ya dictados, salvo que existan causas extremadamente graves que justifiquen apartarse de criterios pretéritos¹⁹.

Con ello no pretendemos adherir a una postura radical que postule una veda total y absoluta que imposibilite toda revisión judicial respecto de temas otrora decididos, sino por el contrario, adoptar un criterio más ecléctico asegurando la permanencia y estabilidad de las decisiones jurisprudenciales de modo de compatibilizar, a la vez que limitar, la discrecionalidad del Alto Tribunal en la toma de decisiones de fundamental trascendencia social, contribuyendo de esa manera a sostener *“la fe pública en el Poder Judicial como fuente de decisiones impersonales y razonadas”*²⁰.

A su vez, limitar la discrecionalidad de criterios acerca de la procedencia o no de la citada vía impugnativa federal coadyuvará a *“...que el derecho brinde una guía clara para la conducta de los individuos, de forma tal de poder planear sus asuntos, asegurados contra sospechas desagradables, la importancia de promover una solución equitativa y rápida, eliminando la*

¹⁸ Fallos 332:1963

¹⁹ Sobre el valor de los precedentes ver recurso de hecho in re “Benitez, Horacio Osvaldo c/ Plataforma Cero SA y otros” (B. 75. XLII) donde se expresó: “Que los fallos de esta Corte Suprema, cabe agregar, tienen la fuerza normativa propia de los precedentes jurisprudenciales (Fallos: 183:409, 413 192:414) en los aspectos concernientes a la interpretación de la Constitución Nacional y de las leyes nacionales, puesto que es éste su cometido específico, según se halla establecido por la primera en su artículo 116” – disidencia de la señora ministra doctora doña Carmen M. Argibay-.

²⁰ Sobre el punto ver “Moragne vs. States Marine Lines”, 398 U.S.375, pág. 403

necesidad de volver a discutir todos los aspectos relevantes en todos los casos”²¹.

Otro punto a considerar, y que también resulta una derivación de la extremada discrecionalidad de la Corte en los criterios para ingresar en el tratamiento de determinados temas como el ahora analizado, lo constituye el cambio de composición o integración como fundamento para apartarse de sus precedentes o retomar temas ya resueltos, pues tal argumentación no puede constituir de modo alguno una “causa suficientemente grave” para justificar la adopción de un nuevo rumbo.

Insistimos con la idea que no pretendemos con estas breves consideraciones formular una regla rígida acerca de la obligatoriedad de los precedentes, tan solo advertir al lector que en los casos analizados, al menos de acuerdo a las argumentaciones esgrimidas en ellos, no se evidencian los mentados criterios de error grave, cambiantes circunstancias históricas o lecciones de experiencia, que permitan sostener fundadamente, en uno u otro sentido (constitucionalidad-inconstitucionalidad de la norma), un cambio de criterio jurisprudencial²².

Adunamos a lo dicho antes de ahora, que la circunstancia incriminación o desincriminación producida durante el devenir histórico de nuestro país y que tuvo recepción en los fallos “supra” reseñados, no constituye una cuestión en absoluto novedosa, en tanto que en la República Argentina han existido, no solo antecedentes legislativos, sino además variados antecedentes jurisprudenciales²³ acerca de la tenencia ilegítima de estupefacientes destinada a uso personal, situación que no hace más que

²¹ Ob. cit

²² Nótese al efecto que los determinantes “cambio de composición del tribunal” y “causas suficientemente graves” fueron utilizados como fundamentos para la apertura del recurso extraordinario federal, tanto en oportunidad de rechazar el planteo de inconstitucionalidad (“Montalvo”), como para admitirlo (“Arriola”).

²³ Ver Fallos 308:1392 considerando 14º.

evidenciar una vez más la ausencia total de causas graves que autoricen un cambio de doctrina en uno u otro sentido.

Es así que afirmar que el cambio de rumbo obedeció a criterios objetivos tales como los expuestos antes de ahora, o vergibracia, el “aumento de la toxicomanía a nivel mundial” parece una tautología, pues siguiendo esta línea de pensamiento y utilizando tales baremos, bien podríamos concluir irónicamente que en nuestro país a fines de los años setenta (fallo “Colavini”) se incrementó la tenencia de drogas para consumo personal tornándose un verdadero problema, luego ello mermó por lo tanto se “desincriminó” en el año 1986 (“Bazterrica-Capalbo”), con posterioridad, cuatro años después, se volvió a agravar la situación (“Montalvo”), y finalmente a partir del año 2009 con el fallo “Arriola” nuevamente cedió la toxicomanía.

Por supuesto que tal histriónica conclusión no resiste lógica alguna y obedece a una cuestión meramente ejemplificativa, sin embargo la oscilante postura de nuestro Máximo Tribunal en la materia objeto de estudio, y en particular, en el tratamiento de la admisibilidad y procedencia o no del recurso extraordinario federal intentado en oportunidad de cuestionar la validez constitucional de la figura penal prevista por el segundo párrafo del artículo 14 de la ley de estupefacientes, parece arrojar otras cuestiones de vital importancia que también corresponde tratar.

Y ello nos conmina a cuestionarnos si resulta posible que el Alto Tribunal, alegando razones de oportunidad, mérito y conveniencia -las cuales resultan de naturaleza estrictamente políticas-, vuelva sobre sus pasos cambiando criterios precedentes, interrogante que desde ya adelantamos tiene respuesta negativa, toda vez que aquellas cuestiones se encuentran reservadas exclusivamente al legislador, es decir al órgano constitucionalmente legitimado para ello (Congreso de la Nación); ello así, en tanto y en cuanto

las leyes promulgadas conforme al procedimiento de promoción y sanción previsto por nuestra Carta Magna gozan de presunción de legitimidad, y si sumado a ello, entendemos que aquellas normas resultan la expresión genuina de la voluntad popular depositada en quienes fueron designados mediante el correspondiente procedimiento electivo como representantes de la sociedad toda, en principio esto impediría toda intromisión judicial en la esfera legislativa²⁴; lo contrario implicaría, ni más ni menos, que la propia Corte se arrogue funciones legisferantes.

Esta premisa parece además contraponerse a la idea de consolidación de nuestras instituciones democráticas como eje de la discusión “so pretexto” de reforzar el “sistema de libertad individual”, pues reiteramos, más allá que los fallos precedentes sobre la materia no resulten definitivos, lo cierto es que un cambio en la manera de abordar el asunto debe ser restrictiva, toda vez que debe primar el principio de estabilidad del decisorio salvo que existan razones más que fundadas para apartarse de tales criterios, lo contrario no haría más que contribuir o propiciar sesgos o atisbos de inseguridad jurídica, situación ésta última que lejos de reforzar, ayuda a debilitar la consolidación de las instituciones propias de un Estado democrático.

Otro interrogante que se plantea de la lectura de los precedentes en materia de droga y respecto de los cuales la propia Corte fue conteste en abrir los respectivos recursos extraordinarios –aunque con variada motivación tal como quedo expuesto antes de ahora-, es si resulta facultativo de aquella, alegando error o inconveniencia de un anterior resolutorio, volver sobre sus pasos. Ello también es sumamente discutible, pues dependerá de las

²⁴ En contra Roberto Gargarella quien en su libro “La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial”, Capítulo 8, pág. 227, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1996, sostuvo que “...no debe asumirse que un acuerdo parlamentario unánime se identifica con un acuerdo unánime de la sociedad: debemos preocuparnos por si ciertos grupos relevantes, al estar privados de representación parlamentaria por alguna razón, quedaron excluidos de tal acuerdo”.

circunstancias particulares y la entidad de las mismas, más nunca entendemos resulta posible mantener una postura errática en cuanto al tema a decidir, ya que tal indeterminación –de acuerdo a la evolución histórica de los precedentes analizados- arrojaría consecuencias no queridas o al menos no previstas ya que en determinado momento, ciertas conductas, de constituir delito en los términos de ley, pasan a estar totalmente desincriminadas, y viceversa, incertidumbre que huelga decir no puede ser admitida válidamente en un estado constitucional de derecho.

IV. CONCLUSION

No podemos desconocer la existencia de un avance a nivel mundial del activismo judicial y la consecuente intervención del Poder Judicial en diversos temas, situación que entraña de algún modo la posibilidad de revisión total de las diferentes cuestiones que le son llevadas a consideración.

Pero aún así la discrecionalidad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual entendemos se ve claramente reflejada en múltiples aspectos, verbigracia; competencia, arbitrariedad, gravedad institucional, etc., implica una “megapotestad” de selección de casos en que va a intervenir y respecto de los cuales no existe norte a seguir al momento de plantear el recurso extraordinario federal, pues en algunos casos habilita su competencia, mientras que en situaciones similares decide no ingresar.²⁵

Quizás la mentada discrecionalidad obedece a que en su génesis, el remedio extraordinario federal no fue concebido para hacer justicia, resultando una herramienta con fines exclusivamente políticos enderezada a defender la distribución de competencias establecida por nuestra Carta Magna.

²⁵ Nótese que tal discrecionalidad se ve inclusive reflejada en el artículo 11 de la Acordada Nº 4/2007 donde la propia Corte puede hacer caso omiso respecto de los recaudos de forma allí previstos y de ese modo ingresar en el tratamiento de la cuestión.

En ese sentido, y evocando las palabras del maestro Spota “...*mal que nos pese y nos desagrade, que en la inmensa mayoría de los supuestos, como se ha dicho y repetido, es lo político lo que condiciona a lo jurídico y no al revés*”, afirmación que nos obliga aún más como operadores del derecho a seguir bregando por un Poder Judicial totalmente independiente, respetuoso de las garantías constitucionales de los ciudadanos, transparente en sus decisiones, pero por sobre todas las cosas, despojado de criterios arbitrarios o antojadizos.