

# ¿“CLARA EQUIVOCACIÓN DEL LEGISLADOR”? UN ANÁLISIS A PARTIR DEL CASO “LOYOLA”

## THE RULE OF CLEAR MISTAKE AN ANALYSIS FROM “LOYOLA” CASE

Magdalena Inés Álvarez\* y Cecilia Ferniot\*\*

**Resumen:** El trabajo aborda el uso del argumento “clara equivocación del legislador” como recurso para declarar la inconstitucionalidad de normas penales de fondo. Este argumento, utilizado por el TSJ al resolver el caso «Loyola», afirma que una ley solo puede ser anulada cuando el legislador ha cometido, no una mera equivocación, sino un error tan claro que no queda abierto a una cuestión racional. El tribunal toma el estándar de un trabajo publicado por Thayer en 1893. Mas, como se demuestra en este trabajo, el uso que hace del argumento en el caso «Loyola» no se corresponde -incluso, se contraponen- con la doctrina desarrollada en dicha publicación.

**Abstract:** This paper analyzes the use of the *rule of clear mistake* on criminal decisions taken by Córdoba’s Superior Court of Justice. This rule states that an act can only be disregarded when those who have the right to make laws have not merely made a mistake, but have made a very clear one, so clear that it is not open to rational question. The local court takes the rule from a work published by Thayer in 1893. In this line, we attend to show that the use of the rule made in case «Loyola» is opposite to Thayer’s proposal.

**Palabras clave:** Control de constitucionalidad - Clara equivocación del legislador – Autorrestricción del poder judicial - Deferencia legislativa – Laguna axiológica – Analogía in *bonam partem*.

**Key Words:** Constitutionality check - Rule of clear mistake – Judicial restraint – Deference to decisions made by political branches – Axiological gap – *Bonam partem* analogy.

### I. Introducción

En este trabajo analizaremos el uso del argumento de la “clara equivocación del legislador” como recurso para la declaración de inconstitucionalidad de normas penales de fondo\*\*\*.

Este argumento, utilizado por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (en adelante, TSJ) al resolver los casos «Zabala» (2002)<sup>1</sup>, «Toledo» (2008)<sup>2</sup>, «Espíndola» (2010)<sup>3</sup> y «Loyola» (2016)<sup>4</sup>, en su “versión original” afirma que una ley solo puede ser anulada cuando el legislador ha cometido, no una mera equivocación, sino un error muy claro, tan claro que no queda abierto a una cuestión racional.

El TSJ toma el estándar citado de un conocido trabajo publicado en 1893 por James Bradley Thayer en *Harvard Law Review*. Mas, conforme intentaremos demostrar en esta investigación, el uso que hace el máximo tribunal de dicho estándar no se corresponde - o, al menos, no lo hace en todos los casos- con la doctrina desarrollada por el autor norteamericano en dicha publicación.

Esta investigación toma como caso central de análisis la sentencia dictada por el TSJ en «Loyola» (2016)<sup>5</sup> y realiza un estudio comparativo del uso del argumento thayeriano de esta resolución con otras dictadas por el TSJ en materia penal, que el propio tribunal cita como precedentes en esta sentencia.

En lo que sigue el trabajo presenta los hechos del caso (II), identifica el problema normativo (III) y la solución adoptada por el tribunal (IV). Seguidamente, busca precisar el sentido del estándar “clara equivocación del legislador” en su versión thayeriana (V.1), para luego compararla con la versión que va construyendo el TSJ a través de los pronunciamientos en los que lo invoca (V.2). Concluye que la regla de la “clara equivocación del legislador”, tal como la asume el máximo tribunal en «Loyola», lejos

---

Artículo recibido el 7/6/2021 – aprobado para su publicación el 24/11/2021.

\* Abogada (UNC). Magister en Derecho y Argumentación (UNC). Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesora adjunta por concurso de Derecho Procesal Constitucional. Profesora adjunta de Derecho Constitucional, Facultad de derecho (UNC). Co-directoras de GIDES (Grupo de Investigación en Derechos Económicos Sociales). E-mail: magdalenaines@gmail.com

\*\* Abogada (UNC). Magister en Derecho y Argumentación (UNC). Escribiente del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. E-mail: cecilia.ferriot@yahoo.com.ar

\*\*\* Una versión anterior de artículo fue presentada en la “10ma Sesión del Seminario de Interpretación Jurídica”, dirigido por Paula Gaido y Federico Arena, en el ámbito del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (Facultad de Derecho, UNC). Agradecemos especialmente a Juan Pablo Montiel, Paula Gaido, Federico Arena y Juan Pablo Rodas Peluc las observaciones y valiosos comentarios sobre aquella versión -que esperamos se encuentren reflejadas en este texto-.

<sup>1</sup> TSJ, Sentencia n° 56 del 8/7/2002.

<sup>2</sup> TSJ, Sentencia n° 148 del 20/06/2008.

<sup>3</sup> TSJ, Sentencia n° 100 del 21/4/2010.

<sup>4</sup>TSJ, Sentencia n.º 470 del 27/10/2016.

<sup>5</sup> La selección de esta decisión como caso central de análisis obedece a que se trata de una sentencia relativamente reciente que es invocada por los tribunales inferiores provinciales – y el propio TSJ- como precedente al momento de resolver cuestiones análogas que se ventilan en sus estrados. Asimismo, refuerza el criterio de selección, el hecho de que la cuestión constitucional debatida se encuentra pendiente de resolución por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Ello en tanto el Ministerio Público Fiscal de Córdoba interpuso un recurso extraordinario contra esta resolución del TSJ, el que fue concedido por AI 89/2018. Con fecha 17 de septiembre de 2019, el Procurador General de la Nación se pronunció a favor de hacer lugar al recurso y revocar la sentencia impugnada. A la fecha, se encuentra pendiente el pronunciamiento de la CSJN. Expediente: CSJ 555/2018/CS1. [https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2019/ECasal/septiembre/L\\_Sergio\\_CSJ\\_555\\_2018\\_CS1.pdf](https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2019/ECasal/septiembre/L_Sergio_CSJ_555_2018_CS1.pdf) (consulta, 31 de mayo de 2020).

de mostrar una especial deferencia al legislador como postula Thayer, es utilizada por el tribunal para priorizar su propio criterio axiológico por sobre la solución normativa postulada por el legislador (V.3).

Para terminar, el trabajo procura indagar si el razonamiento desarrollado en «Loyola» (2016) podría reconstruirse a partir de la noción de “laguna axiológica” enunciada por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Para ello, se toma en cuenta la distinción efectuada por los autores entre laguna normativa, laguna axiológica y desacuerdo valorativo. Concluye que, en el caso, no se configura una laguna axiológica sino un desacuerdo valorativo que no puede ser resuelto por vía del recurso a la analogía *in bonam partem*. Ello toda vez que, en materia penal, el principio de legalidad impone al juez una actitud “reverencial” ante la ley y solo admite la posibilidad de solucionar defectos legislativos cuando dicha solución se corresponde con el espíritu o las intenciones del legislador (VI).

## II. Hechos del caso

Sergio Alejandro Loyola fue condenado por la Cámara en lo Criminal y Correccional de Primera Nominación de la ciudad de Córdoba como autor responsable del delito de comercialización de estupefacientes (art. 45, Código Penal y 5 inc. c, primer supuesto, de la ley 23.737), que le impuso la pena de cuatro (4) años de prisión y multa de pesos doscientos veinticinco (\$225), con adicionales de ley y costas (arts. 5, 9, 12, 40 y 41 Código Penal y 412, 550 y 551 Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba).

En esa oportunidad, la Cámara del Crimen rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el art. 5 de la ley 23.737 formulado por el defensor de Loyola.

Contra esta resolución el defensor del imputado interpuso recurso de inconstitucionalidad que fundamentó en la doctrina de la “clara equivocación del legislador”, aludida por el TSJ en precedentes «Zabala» (2002), «Toledo» (2008) y «Espíndola» (2010).

Conforme dicha doctrina, sostuvo, resulta claramente irracional -por desproporcionado- tanto un sistema que impone la misma respuesta punitiva a conductas objetivamente distintas, como el que impone distintas respuestas para conductas, sino idénticas en sustancia, al menos de semejanza innegable e, incluso, una mayor respuesta para una conducta que es, comparativamente, menos gravosa que otra<sup>6</sup>.

## III. Problema normativo

El problema normativo por resolver en estas actuaciones consistía en determinar si es constitucional la escala penal -4 a 15 años de prisión- establecida por el artículo 5 inc. c) de la ley 23.737, cuando dicha escala se aplica a la comercialización de estupefacientes fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor.

Para los magistrados que suscriben la postura mayoritaria, dicho problema normativo se habría originado con la sanción de la ley 26.052 que modificó el artículo 34 de la ley 23.737 -disposición que establece la competencia federal sobre los delitos reglados por ese texto- habilitando a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CABA) a asumir, mediante ley de adhesión, competencia para juzgar la comercialización de estupefacientes fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor (artículo 34, inciso 1, ley 23.737).

---

<sup>6</sup> TSJ, Sentencia n.º 470, voto Dra. Tarditti, primera cuestión, punto I.

Conforme esta postura, afirmaron los magistrados que integraron la mayoría, la ley 26.052 habría efectuado una distinción entre conductas de comercialización graves (aquellas que involucran un interés federal y que, por lo tanto, continúan bajo la competencia federal) y conductas de comercialización de escasa gravedad (que son las que pueden ser asumidas por las justicias locales mediante ley de adhesión)<sup>7</sup>.

Sostuvieron que se trata de una diferente valoración del injusto que, sin embargo, no se ha reflejado en la escala penal contenida por el artículo 5 de la ley 23.737. De allí que consideraron necesario indagar sobre la constitucionalidad de la escala penal cuando ella resulta aplicable a injustos –que estiman- de escasa gravedad.

#### IV. Solución del caso

El TSJ, por mayoría<sup>8</sup>, hizo lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el defensor del imputado. En consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el artículo 5 de la ley 23.737 en relación al delito de comercialización de estupefacientes fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor, y estableció la escala penal aplicable al caso en 3 a 10 años de prisión.

Los Dres. Cáceres de Bollatti, Rubio y García Alloco, por su parte, votaron en disidencia y se pronunciaron por el rechazo de la pretensión recursiva.

#### V. ¿Thayerianismo o (re)creación pretoriana?

Al resolver el caso «Loyola» el TSJ asignó un rol fundamental al estándar de la “clara equivocación del legislador”, utilizado con anterioridad por la Sala Penal del Alto Tribunal Provincial al resolver los casos «Zabala» (2002), «Toledo» (2008) y «Espíndola» (2010).

Conforme a este estándar, el TSJ en sus sentencias ha expresado que *"sólo puede anularse una ley cuando aquéllos que tienen el derecho de hacer leyes no sólo han cometido una equivocación, sino que han cometido una muy clara -tan clara que no queda abierta a una cuestión racional"*, en cuyo caso *"la función judicial consiste solamente en establecer la frontera exterior de la acción legislativa razonable"*<sup>9</sup>.

El TSJ toma el estándar citado de un trabajo de Thayer publicado en 1893, titulado "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law*

---

<sup>7</sup> Esta distinción no surge de la ley, sino que es inferida por los jueces. No obstante, cabe observar que, conforme el sistema federal argentino, la mayor/menor gravedad de un ilícito no constituye un criterio de distribución de competencia entre nación y provincias. En este sentido, de la transferencia a las provincias y a la CABA de competencia para investigar determinados delitos, no se sigue que los ilícitos cuya investigación se transfiera sean de menor gravedad que aquellos que continúan en el ámbito de investigación federal. Sobre la estrategia utilizada por los jueces para salvar esta objeción, véase la nota 33.

<sup>8</sup> La sentencia está conformada por dos votos concurrentes firmados por los jueces Tarditti (primer voto) y López Peña (segundo voto). Los jueces Sesín y Blanc de Arabel adhieren a los dos votos concurrentes. Los jueces Cáceres de Bollatti, Rubio y García Alloco votan en disidencia. La decisión, en consecuencia, ha sido adoptada por mayoría. Pero es discutible que esa mayoría se extienda a los fundamentos. El tema es relevante toda vez que la Corte Suprema de Justicia de la Nación califica de arbitrarias las decisiones de los tribunales inferiores que no tienen mayoría de votos reales o coincidentes. CSJN, 2018, Fallos 341:1466, entre muchos otros.

<sup>9</sup> TSJ, Sentencia n° del 56, 8/7/2002. El mismo texto aparece transcrito en Sentencia n° 148 del 20/06/2008; Sentencia n° 100, 21/4/2010 y Resolución n° 148 del 6/5/2015.

*Review*, Vol. 7<sup>10</sup>; mas el uso que hace de él en «Loyola» no se corresponde -incluso, se contrapone- con el propuesto por el autor norteamericano<sup>11</sup>.

### 1. El “famoso”<sup>12</sup> artículo publicado por J.B Thayer.

En esta publicación Thayer investiga cómo surgió en Estados Unidos la doctrina que permite al Poder Judicial declarar la inconstitucionalidad de actos legislativos y busca determinar su alcance. Tras revisar precedentes de distintos tribunales norteamericanos, el autor encuentra que en el país del norte era una regla tempranamente establecida que no debía cuestionarse la validez de una ley a menos que sea tan manifiestamente violatoria de la Constitución que, al ser declarada por los jueces, toda persona razonable de la comunidad pueda percibir dicha violación<sup>13</sup>.

Esta regla, explica Thayer, reconoce que muchas de las cosas que parecen inconstitucionales para una persona o grupo de personas, razonablemente pueden no parecerles así a otras. La Constitución, agrega el autor, admite a menudo diferentes interpretaciones; deja un margen de elección y juicio. En estos casos, concluye Thayer, la Constitución no impone al legislador una opción específica sino que deja abierta esta gama de opciones y cualquier elección que sea racional, es constitucional<sup>14</sup>.

En tal sentido, agrega el autor, el Poder Legislativo no se encuentra atado a lo que los tribunales consideren razonable o prudente cuando determina qué se debe hacer, o qué es razonable hacer. Ello pues, la función judicial consiste simplemente en fijar los límites exteriores de una acción legislativa razonable<sup>15</sup>.

Para el autor norteamericano, la revisión judicial de los actos legislativos no puede asumir la ignorancia de los legisladores que los sancionaron respecto del tema que se debate. Debe, en cambio, admitir que está frente a un cuerpo instruido, compuesto de personas capaces, educadas, sagaces, atentas, interesadas en el bien público, idóneas para representar a un pueblo soberano<sup>16</sup>.

La duda razonable, entonces, es aquella que persiste en la mente de una persona competente y debidamente instruida que se ha detenido a analizar la cuestión<sup>17</sup>.

---

<sup>10</sup> Se trata de una cita indirecta, a través de la obra de DORADO PORRAS, JAVIER, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1997, p. 14 y ss.

<sup>11</sup> Una postura similar es la que sostiene el Dictamen de la Procuración General de la Nación [https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2019/ECasal/septiembre/L\\_Sergio\\_CSJ\\_555\\_2018\\_CS1.pdf](https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2019/ECasal/septiembre/L_Sergio_CSJ_555_2018_CS1.pdf) (consulta, 20 de febrero de 2021).

<sup>12</sup> Así lo califica FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Segunda edición. Madrid. 2007, p. 134.

<sup>13</sup> THAYER, James Bradley. "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, Vol. 7, § 4. p.18.

<sup>14</sup> Para mostrar cómo funciona este principio Thayer cita un comentario del Juez Cooley en el que señala que quien es miembro del Poder Legislativo puede votar contra una medida que, a su juicio, sea inconstitucional y, luego, si esa persona se convierte en juez y la medida que fue aprobada a pesar de su oposición llega a él por la vía judicial, puede tener que aceptar como su deber el declararla constitucional, a pesar de no haber cambiado su opinión. THAYER, J.B. ob. cit. § 4. p.18.

<sup>15</sup> THAYER, J.B., ob. cit. § 4, p. 22.

<sup>16</sup> THAYER, J.B., ob. cit. § 4, p. 23.

<sup>17</sup> THAYER, J.B. ob. cit. § 4, p. 23

Conforme a esta regla, cuando un tribunal declara que una norma es constitucional ello solo significa que no es inconstitucional más allá de una duda razonable<sup>18</sup>.

En su época, jueces de la talla de Oliver Wendell Holmes (1902-1932), Louis Brandeis (1916-1939) y Félix Frankfurter (1939-1962) adhirieron a la postura de autorestricción judicial sugerida por el artículo de Thayer<sup>19</sup>.

Ferreres Comella, al comentar el artículo en análisis, advierte que el test de constitucionalidad propuesto por el autor norteamericano muestra una intensa conexión con los test probatorios que rigen en el proceso penal y civil:

*“Del mismo modo que en el proceso penal no basta (a diferencia de lo que ocurre en el civil) que haya «preponderancia» de elementos de prueba en contra de la inocencia del acusado para tener por probados los hechos que el acusado alega, tampoco en el enjuiciamiento constitucional de una ley puede bastar, para que el juez pueda invalidarla, que haya «preponderancia» de razones en contra de la constitucionalidad de la ley. Es necesario que las razones en contra tengan tanto peso que no exista espacio para «ninguna duda razonable» de modo que la inconstitucionalidad aparezca «clara y manifiestamente»”<sup>20</sup>.*

De Lora, por su parte, explica que el “thayerianismo” supone que el universo constitucional es *infinito* (por serlo el número de sistemas constitucionales posibles) para el legislador, pero *limitado* (porque no deja de haber un umbral cuyo traspaso supone la ruptura constitucional). Ello lleva a que el “thayerianismo” esté comprometido con la idea de que, en muchas zonas de la Constitución, no existe una sola respuesta correcta, sino que es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para dejar opciones políticas de diferente signo<sup>21</sup>.

Cabe concluir que, conforme la postura enunciada por Thayer, los jueces deben asumir una actitud restrictiva y deferente hacia el Poder Legislativo. Solo excepcionalmente, cuando no cabe lugar a duda que el legislador cometió un error y este error es tan claro y manifiesto que toda persona racional puede advertir esa equivocación, puede declarar la inconstitucionalidad.

## 2. El uso del estándar por el TSJ.

El TSJ ha invocado el estándar de la “clara equivocación del legislador” al resolver los casos «Zabala» (2002), «Toledo» (2008), «Espíndola» (2010) y «Loyola» (2016)<sup>22</sup>.

En una primera aproximación, de la lectura de los casos analizados, surge que con la expresión “clara equivocación del legislador”, el TSJ alude a un “error” que habría cometido quién hace la ley, cuya aplicación al caso concreto trae aparejada una pena

---

<sup>18</sup> THAYER, J.B., ob. cit. § 4, p. 25.

<sup>19</sup> Un análisis de la autorestricción judicial propuesta por Thayer (su origen, ascenso y caída) en: POSNER, RICHARD A. “The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint” *California Law Review*, Vol 100, Jun 2012, pp. 519 – 556.

<sup>20</sup> FERRERES COMELLA, V., ob. cit. p. 135. Thayer, explica Ferreres Comella, era profesor de *Evidence* (teoría de la prueba) y lo que hace es proyectar la problemática de la prueba al campo constitucional. En igual sentido, GAMA LEYVA, RAYMUNDO. “James Bradley Thayer, un precursor de la teoría de las presunciones”. *Teoría Jurídica Contemporánea*. Julio-diciembre, 2016, pp. 97-121

<sup>21</sup> DE LORA, Pablo. “La posibilidad del constitucional Thayeriano”. *Doxa* N° 23, 2000, pp. 58.

<sup>22</sup> La selección de los casos fue realizada tomando como base las citas del TSJ en “Loyola”.

irrazonable, por ser contraria a los principios de proporcionalidad (art. 1 Constitución Nacional) y de igualdad (art. 16 Constitución Nacional).

No se detecta, en cambio, una única forma de configuración del “error”. Tampoco se fijan pautas que precisen bajo qué circunstancias corresponde calificar una equivocación como “clara”.

En lo que sigue se presentarán los precedentes citados por el TSJ al resolver el caso «Loyola» a fin de indagar si es posible identificar, con algún grado de precisión, la “*ratio decidendi*”, es decir, la “regla jurídica” que, aplicada a los hechos del caso, da lugar a la resolución<sup>23</sup>; y si su uso es consecuente con la doctrina invocada en su aval.

A los efectos de facilitar la comprensión, cada caso es precedido por un recuadro en el que se sintetiza la “regla jurídica” que emerge de la decisión adoptada por el TSJ.

- «Zabala» (2002).

- **El “error” es el resultado de un cambio legislativo que produce una incongruencia en el marco punitivo.**
- **En el caso, la atenuante de mayor entidad queda gravada con una pena mayor que la atenuante de menor entidad.**

En septiembre de 1999, durante una discusión con su esposo y luego de que este le anunciara que iba a dejarla por otra mujer –luego de reiteradas infidelidades–, Hilda del Sagrado Corazón de Jesús Zabala le asestó algunas puñaladas en el tórax que ocasionaron su fallecimiento<sup>24</sup>. Por este hecho, por sentencia n° 22 de fecha 14 de junio de 2000, la Cámara Quinta del Crimen de la ciudad de Córdoba resolvió: "...Declarar a Hilda del Sagrado Corazón de Jesús Zabala, autora del delito de Homicidio Calificado cometido en estado de emoción violenta excusable y mediando circunstancias extraordinarias de atenuación, en los términos de los arts. 82 en función de los artículos 80 inc. 1°, 81 inc. 1° letra a y 80 último párrafo del Código Penal, condenándola a la pena de ocho años de prisión con adicionales de ley y costas (Código Penal, arts. 80 in fine, 9, 12, 40 y 41; Código Procesal Penal, arts. 550 y 551)..." (sic) y le impuso la pena de 8 años de prisión con adicionales de ley y costas.

Contra esta resolución interpusieron recurso de casación el Fiscal de Cámara y el querellante particular por entender que fueron erróneamente aplicadas las normas al caso, en tanto el homicidio cometido bajo emoción violenta no admite la aplicación simultánea de circunstancias extraordinarias de atenuación.

---

<sup>23</sup> SCHAUER, Frederick, *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2013, pp. 69 y71.

<sup>24</sup> Las circunstancias vitales de la Sra. Zabala fueron bastante desafortunadas. La sentencia bajo análisis señala que la resolución de la instancia inferior precisó que debió trabajar desde los 13 años para ayudar a sus padres, no pudo completar sus estudios, durante su primer matrimonio sufrió malos tratos e infidelidades, se desempeñó en empleos modestos y ayudó económicamente a sus hermanos para que estudiaran. Luego rehízo su vida afectiva con Calderón –víctima del hecho por el que fue condenada–, ayudó a su esposo a comprar la casa y el auto, no pudieron tener hijos y ambos los querían, pero ella no podía quedar embarazada, y quiso adoptar, pero Calderón se opuso. Fueron estas circunstancias las que el tribunal inferior valoró “como circunstancias extraordinarias de atenuación” y que el TSJ entendió que debieron ser tomadas en cuenta como pautas de mensuración de la pena conforme lo dispuesto por los arts. 40 y 61 del CP.

Para el TSJ, el tribunal *a quo* se equivocó al acumular las atenuantes (emoción violenta y circunstancias extraordinarias), pues si se configura la primera se excluye la segunda, dando razón así a los impugnantes.

El máximo tribunal afirmó que el legislador diferenció ambas causales atenuantes al precisar que las circunstancias excepcionales no deben alcanzar el grado de emoción violenta. Citó en su apoyo la Exposición de Motivo del decreto ley 21.338/76 y doctrina especializada.

Concluyó que las diferencias que existen entre la emoción violenta y las circunstancias extraordinarias posibilitan conceptualizar a la primera como una atenuante de mayor entidad. Ello pues la emoción violenta, por su excusabilidad, genera un menor reproche de culpabilidad que las circunstancias extraordinarias.

De allí que las penas de ambas figuras, cuando comenzaron a coexistir en el Código Penal, reflejasen esa diferencia, siendo la punitividad de la emoción violenta notablemente menor por la magnitud de la pena, tanto en su mínimo como en su máximo (prisión 2 a 8 años cuando concurre emoción violenta y prisión o reclusión de 8 a 25 años si lo hacen las circunstancias extraordinarias de atenuación). Ello se mantuvo incluso tras la sanción de la ley 21.338.

Cuando se sancionó la ley 23.077 se mantuvo la pena para las circunstancias extraordinarias de atenuación de la ley 21.338, pero al derogar la disposición que se refería a la pena de la emoción violenta, volvió a la que originariamente tenía en el Código Penal de 1921: esto es, reclusión o prisión de 10 a 25 años.

Ello generó una incongruencia en el marco punitivo toda vez que el atenuante de mayor entidad (emoción violenta) quedó gravado con un mínimo 2 años mayor que el aplicable a la atenuante de menor entidad (circunstancias extraordinarias).

Para el TSJ, la manifiesta irrazonabilidad de esta discordancia, es el resultado del “error” del legislador que, al derogar la ley penal en relación a la emoción violenta, produjo el efecto de punir con mayor rigor esa ofensa al mismo bien jurídico con menor culpabilidad, que la ofensa con un grado de culpabilidad mayor.

Según el TSJ, los jueces, si bien no pueden controvertir el mérito, conveniencia o discrecionalidad del legislador en la fijación de las escalas penales, están habilitados para reparar el error a través del remedio con los que cuentan para restablecer los principios constitucionales en juego.

Entre esos principios lesionados, señaló, se encuentran los de:

- Igualdad (art. 16, Constitución Nacional) que al menos exige tratar de manera semejante a quienes se encuentren en situaciones similares. En este marco resulta lesionada esta garantía, si el mínimo de la pena para quien tiene la atenuante mayor es superior a la de quien tiene la atenuante menor.

- Proporcionalidad de la pena con la culpabilidad que emerge del propio estado democrático de derecho (art. 1, Constitución Nacional) y se irradia vedando la utilización de medios irrazonables para alcanzar determinados fines.

Para el caso, el mínimo de la emoción violenta (10 años) resulta desproporcionado para el grado de culpabilidad de la imputada, en comparación con el mínimo de las circunstancias extraordinarias (8 años) en que el grado de culpabilidad es mayor.

Desde nuestro punto de vista, a la luz de las razones invocadas en esta sentencia, el uso del estándar de la “clara equivocación del legislador” resulta compatible con la postura

defendida por Thayer. Ello en la medida que las conclusiones del tribunal, encuentran reflejo en el acuerdo existente en la doctrina penal en cuanto a conceptualizar la emoción violenta como un atenuante de mayor entidad que las circunstancias excepcionales<sup>25</sup>.

En este marco, la falta de proporción en la pena obedece a un error en la reforma legislativa. Esta situación resulta evidente para cualquier persona razonable, pues se advierte que el legislador no tuvo la intención de penar más severamente la conducta con menor reproche, sino que ello fue el resultado involuntario de la supresión de otra norma.

Por último, cabe señalar que esta decisión fue tomada por la Sala Penal del TSJ, conformada por Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli y Luis Enrique Rubio, por unanimidad resolutive y argumental (esto es, no tiene disidencias ni votos concurrentes).

**- «Toledo» (2008).**

- **El “error” se configura cuando el legislador utiliza un criterio de selección irrazonable.**
- **Tal es lo que ocurre cuando el criterio de distinción elegido confronta con el principio de derecho penal liberal que sostiene que se pena el hecho y no la calidad o condición del actor.**

Por sentencia número veinticuatro, del 07/07/2006, la Sala Unipersonal de la Cámara en lo Criminal de 3° Nominación de la ciudad de Córdoba integrada por el Dr. Hernán Buteler dispuso: “...Declarar que Juan Carlos Toledo, ya filiado, es autor penalmente responsable del delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil (art. 189 bis, inc. 2°, párrafo 8, 1° supuesto del Código Penal) e imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de cuatro años de prisión, con declaración de primera reincidencia, accesorias de ley y costas, unificando la misma con lo que le resta cumplir de la impuesta por la Cámara Quinta en lo Criminal de esta ciudad el 6/6/01, en la pena única de seis años de prisión, con declaración de primera reincidencia, accesorias de ley y costas, revocando la libertad condicional otorgada por ese Tribunal el 9/11/04 (arts. 12, 15, 40, 41, 50 y 58 Código Penal; 550 y 551 Código Procesal Penal)”.

Contra dicha resolución el Fiscal de Cámara interpuso recurso planteando la inconstitucionalidad de la agravante del párrafo 8 del inc. 2° del art. 189 *bis* del Código Penal que regula la figura agravada de portación de arma de fuego de uso civil, estableciendo una escala penal de prisión de 4 a 10 años, para el caso en que el autor “...registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas...”.

El TSJ hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad por entender que el legislador ha incurrido en una “clara equivocación” al utilizar, como criterio para distinguir entre la figura básica y la agravada de portación de arma de fuego de uso civil, la circunstancia

---

<sup>25</sup> Ver, entre otros, BOUMPADRE, Jorge Eduardo (2015) *Manual de Derecho Penal*, Parte especial, 2 reimpresión, Astrea, Buenos Aires, pp. 34/35. El autor señala también que en la exposición de motivos de la ley 17.567 se expresó: “Determinamos una escala alternativa, igual a la del homicidio simple, para el caso de homicidio de parientes cuando mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación (no comprendidas en la emoción violenta), porque la práctica judicial ha puesto en evidencia, para este caso, la inconveniencia de una pena fija”, *Ob cit.*, p. 34. En sentido similar, ver BALCARCE, Fabián, AROCENA, Gustavo (2020) *Lecciones de Derecho Penal*, Parte Especial, Tomo I, 2° edición revisada y ampliada, Lerner, Córdoba, p. 163/166; los autores afirman: “Ambos elementos (emoción violenta y circunstancias extraordinarias de atenuación) afectan la capacidad del sujeto activo de controlar sus acciones, sin embargo, la emoción violenta hace que el debilitamiento de la capacidad sea mayor” (p. 164, *Ob cit.*).

de registrar “...antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas...”.

Dicho criterio, afirmó el máximo tribunal provincial, confronta con el principio del derecho penal liberal que sostiene que se pune por el hecho (o acto) y no por la condición o calidad del actor. Si el hecho o acto que ofende un bien jurídico, y no la condición o calidad del autor, es un principio básico del derecho penal democrático, en el primer momento de individualización legal de la pena, la respuesta punitiva deberá determinarse en función del valor social del bien ofendido y del modo de ataque al mismo previsto en la figura penal respectiva.

Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos -agregó el TSJ- debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales.

Para el TSJ, la diferencia de trato punitivo que propone la figura calificada basándose únicamente en los antecedentes penales del sujeto introduce, además, una diferencia de trato que no satisface las exigencias requeridas por el principio de igualdad ante la ley toda vez se basa en un criterio irrazonable. Esto produce como resultado que la sanción adoptada en el caso concreto resulta claramente desproporcionada con el hecho delictivo en sí.

En este caso la invocación de la “clara equivocación del legislador” resulta ajustada a la versión “thayeriana”. Ello es así, en tanto la sanción de una norma que atenta contra un principio penal constitucional básico- como lo es la imposibilidad de penar a una persona por sus calidades personales- resulta a todas luces contraria al régimen constitucional y no hay duda de que cualquier persona razonable podría advertirlo (por lo menos en un auditorio de un Estado liberal).

En este sentido, como bien afirma Roxin, un Estado liberal de derecho es más compatible con un sistema de derecho penal del hecho (o del acto) que sanciona acciones precisas descritas como típicas por las normas. Este autor también señala que “...el principio constitucional *nullum crimen, nulla poena sine lege* favorece más el desarrollo de un Derecho penal del hecho que el de un Derecho penal de autor; pues las descripciones de acciones y las penas por el hecho se acomodan más al principio de precisión o determinación que unos preceptos penales que atiendan a "un elemento criminógeno permanente" en la persona del autor o "al ser-así humano de la personalidad que hay que castigar" y que midan por ese baremo la clase y cuantía de la sanción...”<sup>26</sup>.

En este sentido, cabe destacar que nuestro ordenamiento jurídico contiene disposiciones expresas que adscriben al derecho penal del hecho tales como los arts. 18, 19 y 75 inc. 22 Constitución Nacional, 11 Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.2, 15 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.2, 8.4, 9 Convención Americana de Derechos Humanos y cctes.

Adicionalmente, el acuerdo del auditorio razonable –en esta decisión- se puede inferir de la postura coincidente expresada por el ministerio público fiscal y por el pleno<sup>27</sup> del tribunal, cuya resolución es unánime y no contiene disidencias ni votos concurrentes.

---

<sup>26</sup> Véase, ROXIN, Claus (1997) Derecho Penal Parte General, Tomo I, traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas SA, Madrid, España, pp. 176/177.

<sup>27</sup> Esto es, que el tribunal fue integrado por todos los vocales que lo conforman sin división de sala por la materia.

### «Espíndola» (2010)

- **El “error” consiste en que el legislador trata igual situaciones objetivamente diferentes.**
- **Tal es lo que ocurre cuando aplica la misma escala penal a dos agravantes con distinta significación jurídica.**

Por Sentencia número dieciocho, del veintidós de junio de dos mil siete, la Cámara en lo Criminal de Sexta Nominación de la ciudad de Córdoba resolvió: “...I) Declarar a Carlos Francisco Espíndola autor responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante [por su duración] calificado (art. 119, segundo párrafo en función del cuarto párrafo, inc. b, del Código Penal) e imponerle la pena de ocho años de prisión, con adicionales de ley y costas (arts. 12 y 29 inc. 3 del Código Penal; 550 y 551 del Código Procesal Penal)”<sup>28</sup>.

Los defensores interpusieron recurso de casación e inconstitucionalidad y cuestionaron el mínimo de la escala penal prevista para el art. 119, segundo párrafo en función del cuarto párrafo inc. b, del Código Penal (abuso sexual gravemente ultrajante cometido por el ascendiente), por considerar que violenta los principios de igualdad y proporcionalidad. Observaron que la ley cuestionada fija una escala penal de 8 a 25 años de reclusión o prisión, la cual es idéntica a la de una figura más grave prevista en el tercer párrafo de la misma norma (abuso sexual con acceso carnal).

El TSJ hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad por entender que el legislador ha incurrido en una “clara equivocación” al someter a igual escala penal dos agravantes con distinta significación jurídica, toda vez que lesiona los principios de proporcionalidad e igualdad.

En orden al principio de proporcionalidad, señaló el máximo tribunal, el legislador adoptó la directriz de una gradación punitiva de menos a más según una ponderación de las diferentes magnitudes de afectación del bien jurídico (integridad sexual).

Sin embargo, al fijar la escala penal cuando concurre la circunstancia agravante de la calidad parental del autor respecto de la víctima, la diferente tasación de la magnitud del injusto adoptada como directriz de progresividad punitiva por el propio legislador no es seguida coherentemente.

Tal parificación implica que la pena conminada para el abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo es objetivamente desproporcionada con el injusto pues, siguiendo la directriz adoptada por el propio legislador, ella debía ser inferior y no igual a la conminada para una modalidad de abuso de mayor afectación para el bien jurídico (abuso sexual con acceso carnal).

En orden a la vulneración del principio de igualdad, explicó el TSJ que, la valoración de la razonabilidad de la selección requiere la comparación entre reglas con diferentes consecuencias: si los hechos son estimados desiguales y lo son efectivamente, se dará una valoración positiva de razonabilidad de la selección. Si, en cambio, los hechos son iguales y pese a ello se le imputa una prestación distinta, habrá irrazonabilidad de la selección. Siguiendo estas pautas, resultará irrazonable, a su vez, la selección de hechos distintos a los que se les imputa una misma consecuencia.

En consecuencia, la norma que estipula la misma sanción para dos conductas con grado de injustos disímiles, distinguidos por el propio legislador, además de violar el principio de proporcionalidad, contraría también el principio de igualdad.

---

<sup>28</sup> No se consigna un mayor detalle de los hechos del caso en tanto el TSJ no los precisó en la sentencia.

Cabe observar que, en el caso bajo análisis, el TSJ entendió que la clara equivocación residió en que el legislador dio un mismo tratamiento -igual escala punitiva- a tipos penales que tienen una diferente significación jurídica, por afectar en forma diferente el bien jurídico protegido. Esta postura fue expresada en forma por la mayoría del tribunal, conformada por María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli, Domingo Juan Sesín, Armando Segundo Andruet (h) y Carlos Francisco García Allocco, que resolvió en pleno<sup>29</sup>.

### 3. La configuración de la “clara equivocación del legislador” en «Loyola» (2016)<sup>30</sup>

En «Loyola» (2016), el TSJ, por mayoría, aplicó al caso el estándar de la “clara equivocación del legislador” desarrollado en «Zabala» (2002), «Toledo» (2008) y «Espíndola» (2010).

En tal sentido, «Loyola» puede ser visto como un caso de aplicación de la regla definida por el TSJ en «Zabala», en la versión precisada en «Espíndola». Esto es:

- *El “error” es el resultado de un cambio legislativo que produce una incongruencia en el marco punitivo.*
- *El “error” consiste en que el legislador trata igual situaciones que son objetivamente diferentes.*

En lo que sigue, se presentarán los principales argumentos expuestos por los jueces Tarditti y López Peña a fin de verificar la aplicabilidad del estándar en el caso; y se hará una breve referencia a la línea argumentativa desarrollada por los jueces que suscriben el voto en disidencia.

**3.a.** Para Tarditti, “la clara equivocación del legislador” se configura en estas actuaciones como consecuencia de la sanción de la ley 26.052. Dicha ley modificó la competencia federal reglada por ley 23.737, contemplando la posibilidad de que las provincias y la CABA asuman –previa adhesión por ley- la competencia en los delitos de tenencia y tráfico menor de estupefacientes (artículo 34)<sup>31</sup>.

La ley 26.052, afirmó Tarditti, efectuó una distinción entre conductas de comercialización de estupefacientes graves, aquellas que involucran un interés federal y continúan bajo la

---

<sup>29</sup> El vocal Sesín se expresó en disidencia por entender que el planteo de inconstitucionalidad realizado por la defensa se tornó abstracto en tanto el *a quo* impuso al imputado el mínimo de la escala penal prevista en abstracto para el delito que se le atribuía.

<sup>30</sup> Los hechos de este caso fueron expuestos en el punto II.

<sup>31</sup> La vocal se remonta a la sanción de la ley 20.771 -por ser esta la primera ley que aborda la problemática de los estupefacientes en forma autónoma-, a fin de identificar las razones que justificaron -por entonces- agravar las penas de los delitos de tráfico de estupefacientes y atribuir competencia a la justicia federal. De igual manera, respecto de la ley 23.737, precisa que la elevación de las penas que practica esta normativa se justifica en la ineficiencia de su valor disuasivo y la ampliación del régimen de eximición de prisión y excarcelación practicado por leyes 23.050 y 23.057 que tornaron excarcelables conductas que antes no lo eran. Finalmente, se concentra en el debate de la ley 26.052 del que rescata expresiones aisladas (tales como “se aludió expresamente a la menor entidad y cuantía del delito por tratarse del último tramo o eslabón de la cadena de comercialización” o “se refirió a la intención de dejar en la órbita provincial únicamente el comercio minorista o el menudeo de la droga”. No toma en cuenta, en cambio, los fundamentos expuestos en el proyecto de ley S-1222/03 ni los argumentos expuestos por los legisladores en las discusiones parlamentarias que justifican la modificación de la competencia federal. Cámara de Senadores. En especial, versión Taquigráfica 27/ Reunión - 21/ Sesión ordinaria - 6 de octubre de 2004. Cámara de Diputados, Versión Taquigráfica Sesión de fecha 04 de mayo de 2005.

competencia federal, y conductas de comercialización de escasa gravedad, que pueden ser investigadas y juzgadas por las justicias locales<sup>32</sup>.

Para justificar esta afirmación Tarditti señaló que la ley 26.052 “(...) *al reservar la competencia federal para la comercialización a gran escala por ser la que traspasa las fronteras y se vincula con el tráfico ilícito al que refieren los compromisos internacionales (art. 3° de la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Substancias Psicotrópicas), introduce como criterio rector del interés federal la entidad del delito*”<sup>33</sup>.

Agregó que esa distinción cualitativa, que diferencia en dos grupos las conductas encuadrables en los tipos del art. 5 inc. c) de la ley 23.737 en función de la mayor o menor importancia de la actividad delictiva dentro de la cadena de comercialización, pone en evidencia que para el legislador ya no se trata de actividades igualmente graves, sino que entre el comercio mayorista y el minorista existen diferencias sustanciales sobre las que hace descansar la modificación de la competencia federal y la asignación de los delitos menores a las jurisdicciones provinciales. Sin embargo, esa diferente valoración del injusto, no encuentra reflejo en el mantenimiento de una misma escala penal para ambos grupos de conductas contempladas en el art. 5 de la ley 23.737.

Para Tarditti, el legislador incurrió en una “clara equivocación” cuando, no obstante reconocer la menor gravedad de los delitos de tráfico de estupefacientes cuando tienen por destino directo al consumidor (art. 34 inc. 1° ley 23.737) en relación a los que -por su mayor gravedad- involucran intereses federales, omitió efectuar la correlativa adecuación de la única sanción fijada para ambos casos.

Agregó Tarditti que la norma que estipula la misma sanción para dos conductas con grados de injusto disímil - distinguidos por el propio legislador-, además de vulnerar el principio de proporcionalidad, contraría también el principio constitucional de igualdad.

En definitiva, Tarditti señaló que, a los efectos de mantener la coherencia interna del sistema punitivo, si el legislador ponderó la distinta gravedad de los delitos de tráfico de estupefacientes para determinar la existencia o no de un interés federal en su persecución, debió mantener esa diferente valoración de la entidad del delito y reprimirla con marcos punitivos diferenciados. Dicho “error”, concluye, habilita la declaración de inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el art. 5 inc. c) de la ley 23.737.

**3.b.** El juez López Peña, por su parte, se pronunció por la inconstitucionalidad de la escala penal en abstracto para el delito de comercialización de estupefacientes destinados

---

<sup>32</sup> La distinción no surge del texto legislativo sancionado por el Congreso. Tarditti utiliza la técnica de la disociación para introducir la nueva distinción. Esta técnica, señala Guastini, consiste en descomponer la clase de los supuestos previstos por el texto (según una interpretación literal) en dos o más subclases que, siendo sustancialmente distintas, tienen que tener consecuencias jurídicas diferentes. Una estrategia similar es la utilizada por el vocal López Peña en su voto. GUASTINI, RICCARDO. “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación”. *Doxa*. 31, 2008, p.151.

<sup>33</sup> El texto transcrito muestra cómo el voto identifica “comercialización a gran escala” con aquella que “traspasa las fronteras”. Esta identificación es la que le permite a Tarditti concluir que la entidad del delito configura un interés federal. En la cadena argumentativa está implícita una segunda premisa: conforme a ella la comercialización en pequeña escala sería aquella que no “traspasa las fronteras”. Hacer explícita esta segunda premisa lleva concluir que la comercialización en pequeña escala no comprometería un interés federal. Ahora bien: esta conclusión resulta, al menos, discutible. El argumento demanda un análisis más profundo que excede los propósitos de este trabajo.

directamente al consumidor previsto por el art. 5° inc. c) en función del art. 34 inc. 1° de la ley 23.737<sup>34</sup>.

En forma coincidente con Tarditti, sostuvo que la sanción de la ley 26.052 -que modificó la ley 23.737- introdujo una diferencia cualitativa entre el macro y micro comercio de estupefacientes<sup>35</sup> y afirmó que es ostensible, en el estudio del presente caso, la existencia de un quiebre entre la proporcionalidad que debe darse entre la lesión a un bien jurídico y la sanción con que amenaza el Estado a los ciudadanos que intenten cometer de hecho esa lesión.

Concluyó afirmando que existió un claro error, un olvido u omisión del legislador que debe ser considerado craso y relevante, pues la situación merecía una diferenciación legal que abarcara este segmento de hechos que eventualmente pueden pasar a la competencia provincial.

Aclaró López Peña que la referida diferencia no podría restringirse sólo a los casos de persecución penal de provincias adherentes, sino que la norma general debería abarcar a las que conservan la competencia federal. En consecuencia, agregó el magistrado, lo que hubiera correspondido es incluir, dentro del esquema normativo de la Ley 23.737 y conjuntamente con la posibilidad de adhesión del art. 34 de la Ley 23.737, un nuevo tipo penal que regule específicamente la situación del llamado menudeo o microtráfico.

Para el vocal, la falta de coherencia que generó la diferente valoración entre el comercio mayor y el comercio menor de estupefacientes sin su proyección en un tipo autónomo con una escala penal diferenciada, rompió el equilibrio y la razonabilidad que poseía la estructura de la Ley 23.737 antes de la reforma en el año 2005. Es este extremo el que puede considerarse una "clara equivocación" del legislador; y este error puede ser reconducido a una situación de "olvido u omisión".

Observó, sin embargo, que "...[E]l olvido o la omisión pueden ser considerados como un error, pero sólo desde el punto de vista de quien advierta que realmente existió la necesidad de generar o crear aquello que se omitió u olvidó, caso contrario, no podría ser tenido en cuenta como error".

**3.c.** Los vocales Cáceres de Bollati, Rubio y García Allocco, por su parte, discreparon con la conclusión de Tarditti y López Peña respecto a la existencia de una clara equivocación del legislador, al mantener la escala penal prevista por el art. 5 inc. c) de la ley 23.737 para los delitos desfederalizados en función de la incorporación del art. 34 por ley 26.052.

Señalaron que, conforme reiterada y pacífica doctrina de la CSJN, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes constituye un acto de suma gravedad institucional, de manera que debe ser considerada como la *ultima ratio* del orden jurídico y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y de incompatibilidad inconciliable.

---

<sup>34</sup> El magistrado aclaró que se refiere a la escala penal en abstracto debido a que esta situación de desproporción (que –en efecto- entiende existe en este caso particular), se repetiría en todos los futuros y eventuales casos que compartan similares características. Esta alusión a una inconstitucionalidad en abstracto pareciera tratarse de una indicación a los tribunales inferiores a fin de que ajusten a esta interpretación sus decisiones en casos futuros, reforzando esta resolución como un precedente a ser seguido.

<sup>35</sup> En tal sentido, afirma que el punto de inflexión está en la distinta afectación al bien jurídico que poseen las conductas llamadas de micro y macro tráfico, en contraposición a la idea tradicional que sostiene que el tráfico o comercio de estupefacientes es siempre un mismo hecho y que, para diferenciar los distintos niveles de lesión, es suficiente con recurrir al marco de la escala penal en abstracto de esa figura.

Advirtieron que de acuerdo con lo dispuesto por el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional, resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas, y asimismo y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estima pertinente, de tal suerte que el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental, sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones.

En lo que aquí interesa, los magistrados disidentes sostuvieron que, la referencia del legislador al tráfico de menor cuantía o entidad o "microtráfico" de estupefacientes como criterio para delimitar el ámbito de la competencia provincial y de la CABA no conduce a concluir que ha sido considerada por aquél como una conducta de menor gravedad en relación a la afectación del bien jurídico protegido.

Para justificar esta afirmación, asumieron la tesis intencionalista de la interpretación jurídica<sup>36</sup>, en cuanto recurrieron a la exposición de motivos de la ley 26.052 de la cual surge que el fin que persiguió la modificación de la competencia fue *"incorporar elementos contra esos puestos de venta que inciden directamente sobre la vida de la población de la mayoría de las provincias argentinas y de la ciudad de Buenos Aires, y que para la gente representa un peligro más concreto y letal que la persecución de grandes bandas de narcotraficantes, que en definitiva aparecen en la vida de todos los días como un riesgo más mediato."* (HCS, Expte. 1222-S-03).

En igual sentido, afirmaron, diversos pasajes del debate parlamentario aluden a la gravedad de las conductas de tráfico dirigidas directamente al consumidor por su poder expansivo, por los efectos dañosos que producen directamente en la salud individual y particularmente de los jóvenes, por la incidencia negativa que tiene en las comunidades barriales, educativas, deportivas y en los sectores más vulnerables, y por su vinculación con la comisión de delitos violentos.

En consecuencia, para los jueces que conforman la disidencia, no es posible asegurar que la mención del legislador a la menor cuantía o entidad de los delitos desfederalizados responda a un criterio objetivo de menor afectación a la salud pública y, por ende, concluir que incurrió en una clara equivocación al mantener igual respuesta penal para conductas de diferente gravedad.

**3.d.** Desde nuestra mirada, si bien la ley 26.052 habilitó a las provincias y a la CABA para asumir -mediante ley de adhesión- competencia para juzgar la comercialización de estupefacientes fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor, de ello no se sigue que el legislador haya conceptualizado este tipo de ilícitos como de menor gravedad y, en cuanto tal, resulten merecedores de un marco punitivo diferenciado. Ello

---

<sup>36</sup> En la variante "voluntad del legislador histórico", *i.e.* la intención de las personas de carne y hueso que históricamente participaron de la redacción y aprobación del documento normativo. GUASTINI, Riccardo, 1999, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, pp. 218-219.

toda vez que ni las palabras de la ley<sup>37</sup>, ni la intención del legislador expresada a través de los debates parlamentarios<sup>38</sup>, permiten avalar dicha inferencia.

Más que un “error claro” del legislador, en el sentido propuesto por Thayer, la invocación del estándar en el caso «Loyola», parece encubrir un desacuerdo de los jueces con la valoración efectuada por el legislador. Ello no respeta el estándar “thayeriano” de deferencia hacia el poder legislativo, en tanto no se advierte en el caso la duda clara en torno a la disposición cuestionada.

Esta conclusión, por otra parte, se encuentra avalada por la propia conformación de la sentencia bajo análisis en la que la postura mayoritaria se construye con dos votos diferentes, suscripto cada uno por un magistrado –con distinta fundamentación-, a los que adhieren más tarde dos vocales; y un voto en disidencia firmados por los tres vocales restantes. Todo ello deja en evidencia el desacuerdo que reina en el seno del tribunal y muestra que el “error” que se atribuye al legislador lejos está de ser “claro”, en el sentido propuesto por Thayer.

## VI. **Posible reconstrucción del razonamiento en “Loyola”. El concepto de laguna axiológica y el recurso a la analogía in bonam partem.**

La noción de “error”, “olvido”, “omisión” a la que recurren los jueces que conforman la mayoría para resolver el caso «Loyola», guarda cierto aire de familia con el concepto de “laguna axiológica” elaborado por Alchourrón y Bulygin<sup>39</sup>. Ahora bien, ¿podrían los jueces haber resuelto el caso recurriendo a esta noción? Veamos.

Esta especie de laguna, explican los autores citados, se diferencia de la laguna normativa, *i.e.* aquellas que se producen cuando un sistema normativo  $\alpha$  no correlaciona un caso del universo de casos con una solución del universo de soluciones<sup>40</sup>. En la laguna axiológica, en cambio, existe una solución; pero esta solución es considerada axiológicamente inadecuada. Más precisamente, enseñan Alchourrón y Bulygin, la laguna axiológica supone la existencia de una propiedad relevante para el caso en cuestión que, sin embargo, es irrelevante para el sistema normativo considerado. La solución existente, en consecuencia, se considera axiológicamente inadecuada porque no toma en cuenta una propiedad conceptual relevante, es decir, no hace una distinción que *debería* hacer<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> A las que prestan especial fidelidad quienes asumen el textualismo como teoría de la interpretación jurídica. Dicha fidelidad, afirma Scalia, responde a que no nos regimos por los propósitos que los legisladores tuvieron en mente al momento de sancionar la ley, sino por el texto por ellos aprobados. De allí que, si existe una divergencia entre lo promulgado y los propósitos, el que debe prevalecer es el primero. Además, agrega, no hay forma de ver cuáles fueron los propósitos perseguidos por el legislador sino en el texto sancionado, que es lo único que fue aprobado por la mayoría parlamentaria. Scalia, Antonin. Manning, John F. (2012) “A Dialogue on Statutory and Constitutional Interpretation”. *George Washington Law Review*. November 2012, Vol. 80 No. 6, p. 1612. De allí que esta postura se diferencie del llamado originalismo intencionalista que recurre, para identificar el sentido del texto, a las intenciones del legislador.

<sup>38</sup> En especial, fundamentos del proyecto HCS N° 1222-S-03. Versión Taquigráfica 27/ Reunión - 21/ Sesión ordinaria - 6 de octubre de 2004. Cámara de Diputados. Versión Taquigráfica Sesión de fecha 04 de mayo de 2005.

<sup>39</sup> ALCHOURRÓN, Carlos Y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Editorial Astrea. 2da reimpresión. 1993. Buenos Aires, pp. 157-161.

<sup>40</sup> RODRÍGUEZ, Jorge L. “Lagunas axiológicas y relevancia normativa” *Doxa*, 22, 1999, p. 349.

<sup>41</sup> ALCHOURRÓN, C. Y BULYGIN E., *ob. cit.*, p. 157-158.

Alchourrón y Bulygin advierten que, para caracterizar las lagunas axiológicas resulta necesario distinguir dos sentidos en los que se puede entender la expresión “relevancia normativa”:

- En un sentido descriptivo -en un caso, y en relación a un sistema normativo y un universo de soluciones- es afirmar un estado de cosas que *de hecho* se da. Este estado de cosas consiste en que el caso en cuestión y su complementario tienen diferente estatus normativo.

- En un sentido prescriptivo, en cambio, una propiedad es relevante cuando se afirma que un estado de cosas *debería* darse, *i.e.* que un caso y su complementario *deberían* tener diferente estatus normativo<sup>42</sup>.

Sobre la base de esta distinción Alchourrón y Bulygin definen lo que se denomina “tesis de relevancia” e “hipótesis de relevancia”.

- Llamamos “tesis de relevancia” de un sistema normativo  $\alpha$  para un universo de acciones (U<sub>Ai</sub>) a la proposición que identifica el conjunto de las propiedades relevantes en relación a  $\alpha$  para U<sub>Ai</sub>.

- Denominamos “hipótesis de relevancia” para un U<sub>Ai</sub>, a la propiedad que identifica el conjunto de propiedades que *deben ser* relevantes para U<sub>Ai</sub><sup>43</sup>.

La “hipótesis de relevancia” supone un criterio valorativo. Este criterio valorativo, agregan los autores, puede ser subjetivo (por ejemplo, cuando expresa preferencias personales) u objetivo (relativo a un conjunto de valores absolutos)<sup>44</sup>.

En «Loyola» la propiedad conceptuada como relevante por Tarditti y López Peña –que no habría sido tomada en cuenta por el legislador en la determinación de la escala penal reglada por el artículo 5 inc. c) de la ley 23.737– está determinada por la entidad del delito.

Desde la perspectiva de los votos que conforman la mayoría, dicha propiedad formaría parte del sistema axiológico presupuesto por el legislador en tanto habría sido introducido por la ley 26.052 para delimitar las figuras penales que pueden ser investigadas por las justicias locales. De allí que, para mantener la coherencia interna del sistema normativo, sostienen los jueces firmantes, *debería* haberse mantenido también la diferente valoración de la entidad del delito en la determinación de la escala penal y reprimirlos con marcos punitivos diferenciados.

En esta instancia, cabe indagar si podría haber contribuido a fundamentar la solución a la que se llegó en «Loyola» el recurso a la analogía *in bonam partem*<sup>45</sup>.

Ello toda vez que, conforme sostiene Montiel:

---

<sup>42</sup> ALCHOURRÓN, C. Y BULYGIN E., ob. cit., p. 154. Rodríguez, J.L., ob. cit., p. 353.

<sup>43</sup> ALCHOURRÓN, C. Y BULYGIN E., ob. cit., p. 154. Rodríguez, J.L., ob. cit., p. 354.

<sup>44</sup> ALCHOURRÓN, C. Y BULYGIN E., ob. cit., p. 156.

<sup>45</sup> Si bien el recurso a la analogía está proscripto en el derecho penal en virtud del principio de legalidad, cierto sector de la academia entiende que dicha proscripción puede ser exceptuada cuando no se produce una extensión de punibilidad, sino que se aplica en beneficio del reo. En tal sentido, la concepción liberal del derecho penal admite que el principio de legalidad sea exceptuado cuando el ejercicio de potestades creativas por parte del juez signifique una ampliación de la libertad individual. MONTIEL, JUAN PABLO. “Creación judicial de derecho penal y analogía *in bonam partem*” en *Problemas actuales de la Parte General de Derecho Penal*. PASTOR, DANIEL (Director), editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 171.

*“una laguna axiológica puede ser integrada mediante la analogía favorable al reo cuando la ausencia de un atenuante o eximente lleva a que deba ser castigado con la pena prevista en un tipo penal un caso genérico que, sin embargo, merecería estar exento de responsabilidad penal o recibir una pena menor”<sup>46</sup>.*

En estos casos, señala el autor citado, se presenta un conflicto entre la “tesis de relevancia” utilizada por el legislador y la “hipótesis de relevancia” del juez.

Pues bien, la posibilidad que cuenta el juez de reconocer lagunas axiológicas no significa que cualquier diferencia entre la legislación y los criterios axiológicos del magistrado constituya un defecto que pueda solucionarse aplicando la analogía *in bonam partem*.

Tal como lo hacen Alchourrón y Bulygin<sup>47</sup>, Montiel distingue los conceptos de laguna axiológica y mero desacuerdo valorativo<sup>48</sup>. En ambos casos, aclara, existe una discordancia entre “tesis” e “hipótesis de relevancia”. Pero, en el caso de la laguna axiológica, el conflicto no es el resultado de un desacuerdo valorativo, sino que es producto del descuido de un legislador que lo lleva a no distinguir más casos y asignarles diferentes consecuencias jurídicas<sup>49</sup>. En palabras de Montiel:

*“Esto quiere decir que, a mi entender, un elemento central del concepto de laguna axiológica es que haya habido una equivocación por parte del creador de la ley; es decir, que el legislador haya errado o haya tenido un descuido al momento de seleccionar las propiedades relevantes”<sup>50</sup>*

La situación, aclara el autor, es muy diferente cuando, en lugar de encontrarnos ante una laguna axiológica se está frente a un desacuerdo valorativo por rechazo de una tesis de relevancia excluyente. En estos casos el legislador, si bien ha sido consciente de la existencia de otras propiedades, rechaza su relevancia a los fines de una concreta regulación. Ello toda vez que, las propiedades relevantes fueron escogidas con plena conciencia de que otras quedaban afuera<sup>51</sup>.

La laguna axiológica, en definitiva, es el resultado de un desliz indeseado del legislador. Si, en cambio, el legislador voluntariamente decide no distinguir, ya no se está frente a una laguna axiológica sino un mero desacuerdo valorativo. En este último caso, la falta de coincidencia entre las visiones valorativas del juez y del legislador, no constituye un defecto que pueda ser corregido judicialmente<sup>52</sup>.

Ello toda vez que, como explica Montiel, el principio de legalidad impone al juez una actitud “reverencial” ante la ley. De allí que solo admita la posibilidad de solucionar defectos legislativos cuando dicha solución se corresponde con el espíritu o las

---

<sup>46</sup> MONTIEL, J. P., 2010, ob. cit., p.182. La analogía *in bonam partem* es definida por Montiel como un mecanismo de creación judicial de derecho penal por medio del cual se introduce supralegalmente un eximente que armoniza la solución del caso con los fines del derecho penal. MONTIEL, J. P., 2010, ob. cit., p. 176.

<sup>47</sup> ALCHOURRÓN, C. Y BULYGIN E., ob. cit., p. 159. Rodríguez, J.L, ob. cit., p. 355.

<sup>48</sup> MONTIEL, J. P., 2010, ob. cit., p.182.

<sup>49</sup> MONTIEL, J. P., 2010, ob. cit., p. 183.

<sup>50</sup> MONTIEL, J. P., 2010, ob. cit., p.183.

<sup>51</sup> MONTIEL, J. P., 2010, ob. cit., p. 184. No obstante, como reconoce el mismo autor, no es para nada fácil determinar en qué casos se está frente a un descuido del legislador y en cuáles otros ante una decisión de excluir de la regulación los casos futuros, distintos del expresamente previsto.

<sup>52</sup> MONTIEL, Juan Pablo. “Estructura analítica del principio de legalidad”. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona. Enero de 2017, pp. 32-34.

intenciones del legislador. Reclama, en consecuencia, una actitud de colaboración del juez con el legislador. No tolera, en cambio, que aquél se subleve frente a la ley<sup>53</sup>.

De esta manera, el recurso a la analogía favorable al reo se encuentra restringida por el principio de legalidad que busca mantener la modificación judicial lo más apegada posible al espíritu del legislador y garantizar su carácter excepcional<sup>54</sup>.

Conforme de lo expuesto, y el análisis de los debates parlamentarios, entendemos que el caso analizado no podía resolverse como si se tratase de una laguna axiológica. El legislador fue claro en la regulación, y si bien tuvo en cuenta las distintas propiedades que podía resultar relevantes, entendió que micro y macro tráfico no merecían una escala diferenciada. Así, como ya adelantáramos en el punto V. 3d., entendemos que los votos de Tarditti y López Peña son el reflejo de un desacuerdo valorativo con el legislador.

## VII. A modo de cierre

En este trabajo analizamos el uso del argumento “clara equivocación del legislador” como recurso para la declaración de inconstitucionalidad de normas penales de fondo.

En su versión thayeriana, este argumento afirma que una ley solo puede ser anulada cuando el legislador ha cometido, no una mera equivocación, sino un error muy claro, tan claro que no queda abierto a una cuestión racional.

Esta regla, explica Thayer, reconoce que muchas de las cosas que parecen inconstitucionales para una persona o grupo de personas, razonablemente pueden no parecerles así a otras. La Constitución admite a menudo diferentes interpretaciones; deja un margen de elección y juicio. En estos casos, la Constitución no impone al legislador una opción específica, sino que deja abierta esta gama de opciones y cualquier elección que sea racional, es constitucional.

El TSJ invocó el argumento “clara equivocación del legislador” al resolver los casos «Zabala» (2002), «Toledo» (2008), «Espíndola» (2010) y «Loyola» (2016).

Conforme estas decisiones, para el alto tribunal, el estandar se configura cuando quién hace la ley comete un “error” cuya aplicación al caso concreto trae aparejada una pena irrazonable por ser contraria a los principios de proporcionalidad (art. 1 Constitución Nacional) y de igualdad (art. 16 Constitución Nacional).

No identifiqué, en cambio, una única forma de configuración del “error” ni fijé pautas que precisen bajo qué circunstancias corresponde calificar una equivocación como “clara”. Así:

En «Zabala» (2002) el error es el resultado de un cambio legislativo que produce una incongruencia en el marco punitivo. Ello ocurre cuando la atenuante de mayor entidad queda gravada con una pena mayor que la atenuante de menor entidad.

En «Toledo» (2008) la equivocación se configura cuando el legislador utiliza un criterio de distinción irrazonable. Tal es lo que sucede cuando el criterio de selección elegido confronta con el principio de derecho penal liberal que sostiene que se pena el hecho y no la calidad o condición del actor.

---

<sup>53</sup> MONTIEL, J. P., 2017, ob. cit. p. 32-34.

<sup>54</sup> MONTIEL, J. P., 2017, ob. cit., p. 35.

En «Espíndola» (2010) el error consiste en que el legislador trata igual situaciones objetivamente diferentes. Ello se configura cuando se aplica la misma escala penal a dos agravantes con distinta significación jurídica.

En los tres casos, sin embargo, la invocación de la “clara equivocación del legislador” resulta ajustada a la versión thayeriana en tanto, como se demostró en el presente trabajo, el error resulta evidente para cualquier persona razonable.

En cambio, el uso de la doctrina desarrollada por Thayer se revela inapropiada en la causa «Loyola» (2016). Ello toda vez que, más que un “error claro” del legislador, la invocación del estándar encubre el desacuerdo de los jueces con la valoración efectuada por el legislador. Ello no respeta el estándar “thayeriano” de deferencia hacia el poder legislativo, en tanto no se advierte en el caso la duda clara en torno a la disposición cuestionada.

Así, la falta de certeza en torno a la constitucionalidad del art. 5 inc. c) de la ley 23.737 debió ser ponderada por el tribunal a favor de la elección realizada por el legislador, por ser la opción democráticamente más deferente a su voluntad, y la que mejor se ajusta a la propuesta de Thayer.

Todo ello, dentro de la concepción del derecho que el TSJ asume cuando recurre a la doctrina thayeriana para justificar la decisión que adopta.