

THOMSON REUTERS  
**LA LEY**



Colección de Ciencias Jurídicas

---

# TOMANDO LAS CONSECUENCIAS EN SERIO

Ensayos en homenaje a  
**MARTÍN DIEGO FARRELL**



THOMSON REUTERS  
**LA LEY**



Colección de Ciencias Jurídicas

---

# TOMANDO LAS CONSECUENCIAS EN SERIO

Ensayos en homenaje a  
**MARTÍN DIEGO FARRELL**

---

JOAQUÍN MILLÓN QUINTANA  
MARÍA FLORENCIA SAULINO  
Coordinadores

---

Palabras preliminares de **OWEN FISS**



THOMSON REUTERS  
**LA LEY**

Tomando las consecuencias en serio: ensayos en homenaje a Martín Diego Farrell / Marcelo Alegre... [et al.]; coordinación general de Joaquín Millón Quintana; María Florencia Saulino. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2022.

512 p.; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-4393-6

1. Homenajes. I. Alegre, Marcelo. II. Millón Quintana, Joaquín, coord. III. Saulino, María Florencia, coord

CDD 340.092

© Joaquín Millón Quintana, 2022  
© María Florencia Saulino, 2022  
© de esta edición, Thomson Reuters, 2022  
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires  
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

*Impreso en la Argentina*

Todos los derechos reservados  
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

*Printed in Argentina*

All rights reserved  
No part of this work may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying and recording or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the Publisher and the author.

Tirada 250 ejemplares

ISBN 978-987-03-4393-6

SAP 43077999

Las opiniones personales vertidas en los capítulos de esta obra son privativas de quienes las emiten.

**ARGENTINA**

## AUTORES

Marcelo Alegre  
Sonia Ariza Navarrete  
Martín F. Böhmer  
Diego Botana  
José Sebastián Elías  
Roberto Gargarella  
Mariano Garreta Leclercq  
Lucas S. Grosman  
Máximo Lanusse Noguera  
Jaime Malamud Goti  
Ezequiel Malarino  
Joaquín Millón Quintana  
Julio Montero  
Leonardo Gabriel Pitlevnik  
Agustina Ramón Michel  
Eduardo Rivera López  
Carlos Rosenkrantz  
Andrés Rosler  
Roberto Saba  
Rodrigo Sánchez Brígido  
María Florencia Saulino  
Hugo Omar Seleme  
Horacio Spector  
Eduardo Stordeur (h)  
Hugo R. Zuleta



## *Agradecimientos*

*Este libro ha sido posible gracias al esfuerzo y dedicación de Guillermo Holsman y Ana Lucía Miranda que colaboraron en la edición de los trabajos; y al generoso aporte de Ricardo Popovsky, Leandro Vergara y Lorena Cvitanich que nos acompañaron con entusiasmo en el proceso de publicación.*



# ÍNDICE GENERAL

## PALABRAS PRELIMINARES

### UN FILÓSOFO QUE RESULTA SER TAMBIÉN ABOGADO

<i>Owen Fiss</i> .....	3
------------------------	---

## I. ÉTICA

### EL BIENESTAR COMO ÚNICO VALOR Y LA MÁQUINA DE NOZICK

<i>Eduardo Rivera López</i> .....	11
1. Planteo del problema .....	12
2. El argumento de Farrell .....	14
3. La objeción de Rodríguez Larreta y posibles respuestas .....	15
4. ¿Un bienestarismo mínimo? .....	19
5. La Máquina de Nozick nuevamente .....	21
6. Conclusión .....	23

### LAS TRIBULACIONES DEL PROFESOR DEMORÓN Y LA TERAPIA DE MARTÍN FARRELL

<i>Horacio Spector</i> .....	25
1. Introducción .....	25
2. El primer vínculo: consecuencialismo/actualismo, deontologismo/posibilismo .....	30
3. El segundo vínculo: actualismo/internalismo, posibilismo/externalismo .....	33

4. El deontologismo y la tolerancia limitada a las debilidades humanas .....	38
5. Posibilismo y utopía.....	43
6. Conclusión .....	45
<b>MARTÍN FARRELL Y UN HEROICO SENTIDO DE LA VIDA</b>	
<i>Jaime Malamud Goti</i> .....	47
1. Por qué este artículo .....	47
2. Razones, justificación y significado: Emma y Otto zur Linde ( <i>De los cuentos de J. L. Borges, Emma Zunz y Deutsches Requiem</i> ). .....	48
3. En definitiva: Martín Farrell y el heroísmo .....	58
<b>EXPERIENCIA Y TEORÍA MORAL</b>	
<i>Hugo Omar Seleme</i> .....	61
1. Introducción .....	61
2. Una teoría desgajada de la experiencia.....	62
3. Las causas del problema.....	64
<b>INTERNALISMO, EXTERNALISMO Y LA NATURALEZA DE LA NORMATIVIDAD</b>	
<i>Rodrigo Sánchez Brígido</i> .....	71
1. Introducción .....	71
2. El argumento de Farrell .....	73
3. Primer paso del argumento. El internalismo y sus compromisos .....	74
4. Segundo paso del argumento de Farrell: la defensa del internalismo. Normatividad y costos .....	79
5. Algunas conclusiones .....	83
<b>SI TAN SOLO FUERA UNA DECISIÓN: LA AUTONOMÍA EN LA EUTANASIA</b>	
<i>Agustina Ramón Michel</i> .....	85
1. Introducción .....	85
2. Las decisiones médicas al final de la vida: múltiples términos y regulaciones .....	88
3. Debates al fragor de los cambios en la ciencia y en relación médico-paciente.....	93
4. <i>Zoom out</i> : el enfoque predominante .....	95

5. <i>Zoom in</i> : las formas de la autonomía en la vida de las personas .....	97
6. Más que una sola decisión: reconceptualizaciones de la autonomía .....	104
7. Conclusión .....	113

LA ÉTICA CLÍNICA: DEL PATERNALISMO FIDUCIARIO A LA AUTONOMÍA RELACIONAL

<i>Sonia Ariza Navarrete</i> .....	117
1. Las raíces liberales de la ética clínica contemporánea .....	117
2. El cambio de la teoría moral: de la teología cristiana al liberalismo .....	118
3. El liberalismo contemporáneo basado en la autonomía .....	119
4. Una caracterización posible de la visión liberal de la autonomía en materia sanitaria .....	121
5. Una propuesta superadora.....	124
6. Notas finales.....	127

## II. FILOSOFÍA POLÍTICA

MARTÍN FARRELL, MARXISTA

<i>Roberto Gargarella</i> .....	131
1. Introducción .....	131
2. Una nota autobiográfica.....	131
3. Tres virtudes de Farrell .....	133
4. Sobre el marxismo analítico .....	135
5. Temas del “marxismo analítico” .....	137
6. Un balance sobre la discusión, un balance sobre el libro.....	139

¿ES LA IGUALDAD UN VALOR OPACO? UNA DISCUSIÓN SOBRE LA ESTRUCTURA DE LOS VALORES

<i>Julio Montero</i> .....	143
1. Introducción .....	143
2. ¿Es la igualdad un valor opaco? .....	144
3. Valores, conceptos y concepciones .....	148

4. Opacidad, bienes y valores.....	149
5. Liberalismo y utilitarismo como concepciones de la igualdad ..	152
DEMOCRACIA, RELATIVISMO Y RIESGO	
<i>Mariano Garreta Leclercq</i> .....	157

### III. TEORÍA DEL DERECHO

LA OBLIGACIÓN DE LAS JUECES DE APLICAR EL DERECHO: UNA RÉPLICA KANTIANA A MARTÍN FARRELL	
<i>Carlos Rosenkrantz</i> .....	179
REFLEXIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL EN LA OBRA DE MARTÍN FARRELL	
<i>José Sebastián Elías</i> .....	191
LA ÉTICA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL Y LAS CONSECUENCIAS. ALGUNAS CONSIDERACIONES	
<i>Eduardo Stordeur (h)</i> .....	209
1. Introducción .....	209
2. Primera parte: utilitarismo indirecto y función judicial.....	211
3. El sistema legal y la búsqueda directa de utilidad: una guía simple .....	223
4. Conclusiones .....	238
¿POR QUÉ CUESTA TANTO ACORDAR UNA DECISIÓN CONJUNTA? ALGO MÁS SOBRE LA CONFORMACIÓN DE MAYORÍAS EN LOS TRIBUNA- LES COLEGIADOS	
<i>Leonardo Gabriel Pitlevnik</i> .....	241
1. Introducción .....	241
2. Primera cuestión: ¿Toda sentencia debe exponer las razones de hecho y de derecho que fundan la decisión adoptada?.....	244
3. Segunda cuestión: ¿Es la deliberación una condición nece- saria para arribar a una decisión? .....	248

4. Tercera cuestión: ¿es necesario que los jueces coincidan en sus razones? .....	251
5. Cuarta cuestión: ¿la coincidencia en las razones debe cumplirse respecto de todo aquello que es materia de resolución? .....	254
6. Quinta cuestión: ¿condiciona el modo u orden en que se formulan las cuestiones el resultado de la decisión?.....	258
7. Sexta cuestión: ¿por qué a los jueces les cuesta formar mayorías? .....	259
8. Última cuestión: ¿cuánto debe exigir un tribunal revisor en la conjunción de razones de quienes dictaron una sentencia? .....	261
9. La función judicial de decidir o de cómo no <i>fallar</i> en el intento .....	265

#### ¿SON *PRIMA FACIE* LAS OBLIGACIONES JURÍDICAS?

<i>Hugo R. Zuleta</i> .....	267
1. Introducción .....	267
2. Las obligaciones <i>prima facie</i> .....	268
3. Obligaciones <i>prima facie</i> y derrotabilidad.....	272
3.1. La derrotabilidad como problema teórico .....	273
3.2. La derrotabilidad como problema práctico.....	275
4. Obligaciones jurídicas y proceso judicial .....	277
5. Sujeto de las obligaciones jurídicas .....	279
6. Conclusión .....	281

#### EL FARRELL QUE NOS PERDIMOS

<i>Martín Böhmer</i> .....	283
----------------------------	-----

#### DESACUERDOS EN EL MODELO DE LAS REGLAS

<i>Joaquín Millón Quintana</i> .....	295
1. Introducción .....	295
2. La crítica de <i>The Model of Rules</i> , tal y como fue comprendida por Hart y Carrió.....	301
3. Farrell contesta a Dworkin.....	309
4. La crítica de <i>Law's Empire</i> .....	316
5. Reconsiderando la versión original de la crítica .....	323
6. Conclusión .....	331

INTEGRIDAD MODERADA: ENTRE EL DIÁLOGO CON EL PASADO Y EL  
ARREPENTIMIENTO

<i>Roberto Saba</i> .....	333
1. El juez de Farrell no juega al cadáver exquisito .....	336
2. ¿Arrepentirse de qué? .....	340
3. De utopías y pesadillas .....	342

NUESTRO DWORKIN: POR QUÉ LEER A MARTÍN FARRELL

<i>Marcelo Alegre</i> .....	345
-----------------------------	-----

IV. TEORÍA CONSTITUCIONAL

EN DEFENSA DE UN DERECHO INDIVIDUAL AL AMBIENTE SANO

<i>María Florencia Saulino</i> .....	351
1. Introducción .....	351
2. La Corte Suprema y la titularidad del derecho al ambiente sano .....	353
3. El derecho al ambiente sano como derecho subjetivo .....	357
3.1. Teoría de la voluntad .....	360
3.2. Teoría del interés .....	365
4. ¿Pueden existir derechos individuales sobre bienes públicos? .....	368
5. Conclusión .....	378

ENTRE LA ESPADA Y LA BALANZA: UNA REFLEXIÓN SOBRE LA ETERNA  
INCOMODIDAD DEL JURISTA NORMATIVO

<i>Lucas S. Grosman</i> .....	381
1. Introducción .....	381
2. Las acciones privadas y el derecho penal liberal .....	382
3. Dr. Farrell y Mr. Hyde: ¿el caso <i>Arriola</i> estuvo bien decidido? ..	384
4. Carlos Nino y la interpretación liberal del art. 19 .....	388
5. De abogados, jueces y juristas: un difícil juego de roles .....	391
5.1. Abogados .....	391
5.2. Jueces .....	392
5.3. Juristas .....	396
6. Dos juristas en una encrucijada .....	402

ARRIOLA, DR. FARRELL Y MR. HYDE. EL ART. 19 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y DOS LECTURAS DEL PRINCIPIO DEL DAÑO	
<i>Ezequiel Malarino</i> .....	405
LA RELIGIÓN EN LA OBRA DE MARTÍN FARRELL	
<i>Diego Botana</i> .....	421
1. Introducción .....	421
2. Los textos constitucionales en juego .....	422
3. Un poco de historia .....	424
4. En materia religiosa, la Constitución no fue liberal, y hoy arrastra esa inercia .....	432
5. El dilema del mal y la existencia de Dios (a propósito de Farrell y la teodicea) .....	440
6. ¿Un “dios liberal”? .....	443
TRES CUESTIONES SCHMITTIANAS EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO DE ROBERT ALEXY	
<i>Andrés Rosler</i> .....	445
1. El argumento de la injusticia o la defensa de la constitución ....	447
2. El argumento de los principios o la apertura a la trascendencia .....	452
3. Nazismo y positivismo .....	459
4. Conclusión .....	463
DEBER, PODER Y QUERER. EL <i>CONATUS</i> DE SPINOZA Y ESOS TRES REGISTROS SOBRE EL FILO DE LA AUTONOMÍA Y LA HETERONOMÍA	
<i>Máximo Lanusse Noguera</i> .....	465
1. Gratitud a quienes nos enseñaron .....	466
2. Normas <i>versus</i> Decisiones .....	468
3. Nadie sabe lo que puede un Tribunal .....	472
4. La contingencia de lo político .....	475
5. La imaginación política .....	479
6. La constitución como concepto límite. Hacia una mirada sacramental de las instituciones .....	482
7. Conclusiones: hacia un horizonte post institucional .....	484

# ARRIOLA, DR. FARRELL Y MR. HYDE. EL ART. 19 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y DOS LECTURAS DEL PRINCIPIO DEL DAÑO

*Ezequiel Malarino*<sup>(1)</sup>

1. En 2012, Martín Farrell publicó su formidable libro *Entre el derecho y la moral* que, entre varios interesantes trabajos, contiene un breve y lúcido artículo sobre la constitucionalidad de la tenencia de drogas para consumo personal y, en particular, sobre el caso *Arriola* de la Corte Suprema de Justicia<sup>(2)</sup>. En ese trabajo, Farrell manifestó que coincidía con la decisión de la Corte en *Arriola* y se alegraba de que ella hubiese cambiado su jurisprudencia sobre el tema en el sentido en que lo hizo. Sin embargo, al mismo tiempo advertía que hay buenas razones para criticar esa decisión y, a pesar de su posición favorable al fallo, se propuso mostrar lo que los adversarios de *Arriola* podrían haber dicho en su contra. Como dijo el homenajeador, el “Dr. Farrell está de acuerdo con la decisión de la Corte, pero (ese) capítulo lo escribió Mr. Hyde”<sup>(3)</sup>.

Me encuentro en una situación análoga a la de Farrell. Comparto, en cierto sentido, la decisión *Arriola*, pero este trabajo lo escribe Mr. Hyde. Por un lado, al igual que Farrell, comparto la filosofía política liberal que subyace al fallo. Estoy de acuerdo, en efecto, en que una sociedad solo está legitimada para interferir con pena en el ámbito de libertad de las personas cuando, con ello, se evitarían daños a terceros<sup>(4)</sup>. También

---

(1) Agradezco a Estefanía Peticaro (Universida de San Andrés) por su ayuda en las tareas de edición del trabajo.

(2) CSJN, “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080”, 25/08/2009, *Fallos*, 332:1963.

(3) Martín Farrell, “¿Existe un derecho constitucional a la tenencia de estupefacientes?”, en *Entre el derecho y la moral. Preguntas con respuestas* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012), p. 113.

(4) Como veremos más adelante, no es seguro que la Corte haya adoptado un principio del daño orientado a la prevención, tal como el que recién he enunciado en

coincido en cuanto a que toda persona adulta y capaz es soberana para tomar decisiones sobre su plan de vida y que, por lo tanto, no debería ser misión del derecho penal prevenir los daños que esa persona pueda causarse exclusivamente a sí misma. Comparto, asimismo, con la Corte que la mera inmoralidad de una conducta no es una razón para su criminalización. En fin, me habría gustado que nuestra Constitución fuese tan liberal como la Corte dice que es. Pero nuestra Constitución, de hecho, no es tan liberal como la Corte, Farrell y yo queremos que sea. Por otro lado, también estoy de acuerdo con la idea que tiene la Corte acerca de cómo debería ser una política de drogas; en particular, que tal política debería articular respuestas diferenciadas para la oferta y la demanda de drogas, reservando la criminalización principalmente para la primera y ofreciendo medidas alternativas (tratamientos, etc.) para la segunda. Pero creo que la elección de la mejor política penal no es un asunto que compete prioritariamente a un tribunal de justicia, sino al parlamento. En conclusión, aunque simpatizo con su ideología liberal, no comparto el fallo desde un punto de vista constitucional.

El Mr. Hyde del Dr. Farrell expuso varios problemas de la argumentación de la Corte y, en particular, mostró, luego de un análisis de la génesis del art. 19 de la Constitución Nacional, que su texto, tal como finalmente quedó redactado, “no puede justificar *Arriola*”<sup>(5)</sup>. Comparto

---

el texto; por lo tanto, mi acuerdo con ella depende de que efectivamente haya querido defender esta versión del principio del daño. Por lo demás, el alcance exacto de tal principio depende, en definitiva, de qué se entiende por daño, una cuestión ampliamente discutida en la literatura filosófica de la que no puedo ocuparme aquí. Ver, entre otros, John C. Rees, “A Re-Reading of Mill on Liberty”, *Political Studies*, vol. 8, n° 2 (1960), pp. 113-129; Herbert L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality* (Oxford: Oxford University Press, 1963); John Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Others*, vol. 1 (Oxford: Oxford University Press, 1984); Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford: Clarendon Press, 1986), Joseph Raz, “Autonomy, Toleration and the Harm Principle”, en R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart* (Oxford: Clarendon Press, 1986), pp. 313-333; David Dyzenhaus, “John Stuart Mill and the Harm of Pornography”, *Ethics*, vol. 102, n° 3 (1992), pp. 534-551; Piers Norris Turner, “Harm” and Mill’s Harm Principle”, *Ethics*, vol. 124, n° 2 (2014), pp. 299-326; Ben Saunders, “Reformulating Mill’s Harm Principle”, *Mind*, vol. 125, n° 500 (2016), pp. 1005-1032; John Stanton-Ife, “The Limits of Law”, en E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2022), <https://plato.stanford.edu/entries/law-limits>.

(5) Farrell, “¿Existe un derecho constitucional a la tenencia de estupefacientes?”, p. 122. Básicamente, la interpretación de la Corte desconoce que, nos guste o no, el texto del art. 19 de la Constitución Nacional menciona a la “moral pública” como un criterio para interferir en la conducta individual.

plenamente sus argumentos, pero en este trabajo voy a dejarlos a un lado y hacer *como si* la lectura liberal que la Corte dio al art. 19 fuese una interpretación correcta, o al menos plausible, de su texto. Lo que me propongo es evaluar si la conclusión a la que llegó la Corte es defendible incluso si aceptamos que, de acuerdo con nuestra Constitución, solo es posible restringir el ámbito de libertad de las personas cuando su conducta pueda perjudicar a terceros. Adelanto mi conclusión: los argumentos de la Corte no pueden justificar su decisión (incluso si aceptamos como correcta su lectura liberal de la Constitución). La Corte no ofreció argumentaciones sólidas y basadas en evidencia que demuestren la irrazonabilidad de la penalización de la tenencia de drogas para consumo personal y, por lo tanto, permitan fundar una decisión de inconstitucionalidad.

2. En *Arriola* la Corte afirmó que el Congreso sobrepasó las facultades que le otorga la Constitución en tanto criminalizó conductas que no afectan a un tercero (consid. 31, voto que encabeza el fallo) y, por tal motivo, declaró la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737. Al sostener que solamente las acciones que perjudican a un tercero pueden ser asunto de la autoridad, la Corte ve en el art. 19 el reconocimiento del principio milliano de que “el daño a terceros es el límite de la moral”<sup>(6)</sup>. Concebido de este modo, el perjuicio a terceros es entendido como una condición necesaria de la criminalización<sup>(7)</sup>. Por supuesto, que la existencia de un perjuicio a terceros sea una condición necesaria para que la autoridad pueda legítimamente criminalizar la conducta del individuo no significa que siempre que una conducta pueda generar este perjuicio el parlamento esté obligado a criminalizarla<sup>(8)</sup>. Lo que significa es que el parlamento no podrá justificar la restricción de la libertad si no puede conectar de una manera adecuada la conducta objeto de criminalización con un perjuicio a terceros. Según esta lectura liberal, el principio del daño está incorporado en el art. 19

---

(6) *Ibid.*, p. 114.

(7) Aunque aquí me referiré a la criminalización de comportamientos, el art. 19 de la Constitución Nacional regula las condiciones de cualquier *interferencia* estatal en la conducta individual.

(8) “Tan pronto como una parte de la conducta de una persona afecta perjudicialmente los intereses de otra, la sociedad tiene jurisdicción sobre ella y la cuestión de si el interés general será o no promovido interfiriéndola, se abre a discusión”. John S. Mill, *On Liberty*, 2da. ed. (London: John W. Parker and Son, 1859), p. 135.

de la Constitución como un principio negativo que establece cuándo el Estado no tiene facultades para interferir.

Ahora bien, para poder evaluar si la inconstitucionalidad declarada en *Arriola* está justificada es necesario analizar las razones que ofreció la Corte para sostener que la tenencia de drogas para consumo personal, salvo casos excepcionales, no perjudica a terceros. Estas razones deberían demostrar que la decisión legislativa de penalizar la tenencia para consumo es irrazonable. Para ello, es necesario preguntarse, ante todo, qué significa el requisito del perjuicio a terceros del art. 19 de la Constitución y qué entiende la Corte que ese requisito significa.

**3.** Empecemos por esto último. Para la Corte, la exigencia constitucional de un perjuicio a terceros significa que la conducta objeto de criminalización debe necesariamente dañar o poner en peligro concreto a terceros. En efecto, la Corte sostuvo que el art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 es inconstitucional “en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros” (consid. 36, voto que encabeza el fallo)<sup>(9)</sup>. Un mero peligro abstracto, un mero riesgo estadístico, por el contrario, sería insuficiente para permitir una interferencia estatal.

El razonamiento de la Corte podría sintetizarse del siguiente modo: (a) una conducta que no perjudica a terceros está amparada por el art. 19 de la Constitución Nacional y, por lo tanto, su criminalización es contraria a la Constitución; (b) una conducta perjudica a terceros (solo) cuando daña o crea un peligro concreto de daño para un tercero; (c) el art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 penaliza conductas que, realizadas bajo ciertas condiciones, no dañan ni crean un peligro concreto para un tercero y, por lo tanto, en esa medida es inconstitucional.

Como he anticipado, haré *como si* la premisa mayor fuese correcta y concentraré la atención en el resto del argumento. Como se advierte, la Corte supedita la constitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 a la comprobación de una lesión o riesgo concreto de lesión a un bien jurídico. Con esto, ella transforma un delito de peligro

---

(9) Referencias similares de la exigencia de, al menos, un peligro concreto se encuentra en otras partes del fallo, cfr. consids. 10, 18 y 19 del voto del juez Lorenzetti; consid. 10 del voto del juez Zaffaroni y consid. 12 y 13 del voto de la jueza Argibay.

abstracto en un delito de peligro concreto. Si esta exigencia de materialización del delito de peligro abstracto es correcta depende, entre otras cosas, de si la Constitución veda al poder legislativo criminalizar conductas a través de delitos de peligro abstracto<sup>(10)</sup>. Nótese que, si esta restricción existe, ella es válida para todos los casos de delitos de peligro abstracto y no solamente para el delito de tenencia de drogas para consumo personal, porque, en definitiva, ella se basa en la premisa general de que una norma cuya infracción no requiere que el juez compruebe (al menos) la existencia de un peligro concreto a un tercero, es inconstitucional. Por eso, si esa interpretación es correcta, tipos penales tales como la tenencia de material pornográfico con representaciones de menores de edad (art. 128, segundo párrafo, CP), la tenencia de armas de fuego de uso civil sin la debida autorización (art. 189 bis, segundo apartado, primer párrafo, CP) o bien la tenencia de materiales radiactivos, sustancias nucleares o aparatos capaces de liberar energía nuclear (art. 189 bis, primer apartado, tercer párrafo, CP), por solo citar algunos ejemplos, serían inconstitucionales. Si, en cambio, la exigencia de materialización no puede derivarse de la Constitución, entonces hay un punto fuerte en contra de la decisión de la Corte.

La pregunta que hay que responder es, entonces, si la Corte está en lo correcto cuando dice que el art. 19 de la Constitución Nacional, a través del requisito del perjuicio a terceros, requiere *necesariamente* un daño a un tercero o un peligro concreto de daño a un tercero para autorizar la criminalización de comportamientos y, en general, la interferencia en la libertad de acción del individuo.

4. El art. 19 de la Constitución, a través del requisito del perjuicio a terceros, incorpora alguna versión del principio del daño. La formulación tradicional, y canónica, del principio del daño es la acuñada por John Stuart Mill en *On Liberty*:

---

(10) Aun cuando fuese correcta la interpretación del requisito del perjuicio a terceros del art. 19 de la Constitución en el sentido de requerir al menos un peligro concreto para la criminalización de un comportamiento, ello no significaría que la materialización del bien jurídico por vía jurisprudencial lo fuese. Al exigir un peligro concreto la Corte transforma las condiciones de ilicitud del delito de tenencia de drogas para consumo personal y, por lo tanto, crea, jurisprudencialmente, un delito más grave. Alejandro Kiss, *El delito de peligro abstracto* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011). Para no entrometerse con funciones legislativas, la Corte debería haberse limitado a declarar la inconstitucionalidad, dejando al parlamento la decisión sobre la conveniencia de criminalizar esa conducta como delito de peligro concreto.

el único propósito por el cual el poder puede ser ejercido legítimamente sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, en contra de su voluntad, es prevenir el daño a otros <sup>(11)</sup>.

Más modernamente, Joel Feinberg dio a este principio una formulación parcialmente diferente:

Es siempre una buena razón a favor de una legislación penal que ella sea efectiva para prevenir (eliminar, reducir) daño a personas distintas del autor..., y que no haya otro medio que sea igualmente efectivo sin un costo mayor para otros valores <sup>(12)</sup>.

Más allá de importantes diferencias <sup>(13)</sup>, ambas formulaciones comparten una idea central: el principio está orientado a prevenir daños. Decir que el principio del daño está orientado a prevenir daños puede parecer una afirmación obvia, vacía. Sin embargo, aunque esta formulación es ampliamente mayoritaria, es posible poner el foco simplemente en la conducta dañina en lugar de hacerlo en el daño que puede prevenirse a través de la criminalización de la conducta <sup>(14)</sup>. Así, por ejemplo, Ashworth define el principio del daño de un modo que no presupone una fundamentación preventiva <sup>(15)</sup>:

El Estado está justificado en criminalizar toda conducta que cause daño a otros o cree un inaceptable riesgo de daño a otros <sup>(16)</sup>.

(11) Mill, *On Liberty*, p. 22.

(12) Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law*, p. 26.

(13) Básicamente, Mill se refiere al uso de la *coerción estatal* en general mientras que Feinberg se limita a la *criminalización* de comportamientos; además, Mill sostiene que el principio del daño es la *única razón* para interferir en la libertad de los ciudadanos mientras que Feinberg cree que es una *buena razón* (aunque puede haber otras) para criminalizar comportamientos.

(14) Ver, John Gardner y Stephen Shute, "The Wrongness of Rape", en J. Horder (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence. Fourth Series* (Oxford: Clarendon Press, 2000), pp. 193-217; Victor Tadros, "Harm, Sovereignty, and prohibition", *Legal Theory*, vol. 17, n° 1 (2011), pp. 35-65; R. Antony Duff y Sandra Marshall, "Abstract Endangerment, Two Harm Principles, and Two Routes to Criminalization", *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice*, vol. 3, n° 2 (2015), pp. 132-161.

(15) Simester y von Hirsch proponen una formulación similar: "el Estado está justificado en intervenir coercitivamente para regular la conducta solo cuando aquella conducta cause daño o cree un riesgo de daño a otros" (Andrew P. Simester y Andreas von Hirsch, *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation* (Oxford: Hart Publishing, 2011), p. 35.

(16) Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2009), p. 27.

Aunque esta definición no excluye una fundamentación preventiva (ciertamente, criminalizar conductas que causan daño o crean un riesgo inaceptable de daño a terceros puede ser una manera efectiva de prevenir este tipo de daño), también permite una fundamentación no instrumental. Según este punto de vista, tales comportamientos deberían ser criminalizados, porque son *en sí mismos* censurables. De otro modo, conductas que dañan a terceros o ponen a un tercero frente a un riesgo (inaceptable) de daño son *inmorales* precisamente porque afectan a otro y, por lo tanto, *merecen* ser penadas, independientemente de que a través de ellas se eviten daños a terceros<sup>(17)</sup>.

Habría, entonces, dos versiones del principio del daño, que podríamos denominar como Principio de Prevención del Daño y Principio de la Inmoralidad del Daño. De acuerdo con el primero, tenemos buenas razones para criminalizar una conducta si haciendo eso evitamos daños a terceros; según el segundo, en cambio, tenemos buenas razones para criminalizar una conducta si esa conducta daña a terceros o pone a un tercero en un riesgo inaceptable de daño (porque dañar a terceros o poner a un tercero frente a un riesgo inaceptable de daño es inmoral)<sup>(18)</sup>. Estos principios no coinciden completamente con las formula-

---

(17) En sentido similar, Duff y Marshall dicen: “no necesitamos pensar que la razón para criminalizar una conducta dañina es prevenir el daño que causa; por el contrario, podríamos sostener que la razón primaria para criminalizar tal conducta es que ella constituye una clase de falta moral que debe ser censurada por el derecho penal” (Duff y Marshall “Abstract Endangerment, Two Harm Principles, and Two Routes to Criminalization”, p. 136). Para este punto de vista, la inmoralidad y el daño son dos condiciones necesarias de la criminalización; pero entre estas condiciones debe existir una conexión. La razón para criminalizar una conducta es que ella *es inmoral porque daña a un tercero* (o crea un riesgo directo de daño para un tercero) (Patrick Tomlin, “Retributivists! The Harm Principle Is Not for You!”, *Ethics*, vol. 124, nº 2 [2014], p. 280).

(18) En la literatura contemporánea se han distinguido muchas otras versiones del principio del daño. Tomlin (*ibid.*), por ejemplo, distingue cuatro principios del daño, dos de los cuales (que él llama Principio del Daño de Mill y Principio de la Inmoralidad Dañina) son similares a los recién mencionados y Edwards, luego de distinguir cuatro versiones básicas, ha llegado a identificar veinticuatro principios diferentes (James Edwards, “Harm Principles”, *Legal Theory*, 20, nº 4 [2014], pp. 253-285). La proliferación de versiones del principio del daño discutidas en los últimos años ha llevado a Duff y Marshall a decir que hoy existe una verdadera “epidemia” de principios del daño (Duff y Marshall “Abstract Endangerment, Two Harm Principles, and Two Routes to Criminalization”, p. 136). Estos autores distinguen dos principios del daño en términos análogos a los referidos en el texto (*ibid.*, p. 135). También Tadros identifica dos versiones similares de este principio, aunque los enuncia negativamente (Tadros, “Harm, Sovereignty, and prohibition”). Los primeros en identificar

ciones antes expresadas. Las formulaciones de Mill o Feinberg presuponen una justificación preventiva; la formulación de Ashworth, en cambio, puede fundamentarse tanto en la prevención del daño como en la inmoralidad de la conducta dañina.

Ambas versiones del principio del daño fueron recién expresadas como principios positivos que dan razones para la criminalización; ellas también pueden ser expresadas como principios negativos que imponen límites o restricciones a la criminalización. Como principios negativos, tal como la Constitución y la Corte entienden al principio del daño, podrían enunciarse del siguiente modo:

*Principio de Prevención del daño (negativo)*: No se puede criminalizar un comportamiento si a través de su criminalización no se evitan daños a terceros.

*Principio de la Inmoralidad del Daño (negativo)*: No se puede criminalizar un comportamiento si ese comportamiento no daña a terceros o no crea un riesgo inaceptable de daños a terceros (porque es inmoral dañar a terceros o crear un riesgo inaceptable de daños a terceros).

El art. 19 de la Constitución Nacional en cuanto impide criminalizar comportamientos que no perjudiquen a un tercero puede querer decir que el parlamento no puede criminalizar comportamientos que no *evitan daños* a terceros, o bien que no puede criminalizar comportamientos que no *dañan* a terceros o no crean un peligro directo de daño a un tercero (porque una conducta que daña a un tercero o crea un peligro directo de daño a un tercero es en sí misma reprochable)<sup>(19)</sup>.

Dado que el alcance de estos principios es diferente, según cómo se interprete el principio del daño contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional el margen de libertad del legislador en sus elecciones de criminalización será diferente. En efecto, si bien el Principio de la Inmoralidad del Daño contiene al Principio de Prevención del Daño (ambos

---

dos posibles versiones del principio del daño en los términos recién señalados fueron Gardner y Shute en su formidable trabajo sobre la inmoralidad de la violación (Gardner y Shute, "The Wrongness of Rape").

(19) Desde el punto de vista de un Principio de la Inmoralidad del Daño, la extensión del principio del daño al peligro concreto de daño es plausible, porque no solo conductas que causan daño a terceros, sino también aquellas que ponen a un tercero frente a un peligro directo de daño pueden ser en sí mismas reprochables.

entendidos como principios negativos)<sup>(20)</sup>, lo contrario no es cierto. El Principio de la Inmoralidad del Daño contiene al Principio de Prevención del Daño, porque todo aquello que no puede ser criminalizado según este último principio tampoco puede serlo por el primero. Pero el Principio de la Inmoralidad del Daño restringe más las opciones de legislación que el Principio de Prevención del Daño. Mientras que el primero impide al legislador criminalizar todas las conductas, a excepción de las que dañen a un tercero (o creen un riesgo directo de daño a un tercero), el último le impide criminalizar todas las conductas, salvo las que contribuyan a prevenir daños a terceros<sup>(21)</sup>.

De este modo, el Principio de Prevención del Daño no se opondría a la criminalización de comportamientos que causen daño a terceros o creen un peligro directo de daño a terceros, pero, en principio, tampoco a la de aquellos que solamente creen un peligro indirecto de daño, porque una manera efectiva de prevenir daño es reducir la incidencia de clases de conductas que estén relacionadas, de manera directa o indirecta, con un daño. En efecto, para un principio del daño orientado a la prevención no es necesario que la conducta objeto de criminalización dañe a un tercero o lo ponga directamente en peligro, sino que es suficiente con que su criminalización contribuya a prevenir el daño. Como señalan Gardner y Shute:

no es una objeción para el principio [preventivo] del daño que una conducta no dañina fuese criminalizada, ni incluso que una conducta con ninguna tendencia a causar un daño lo fuese. Es suficiente para satisfacer el principio del daño que, si la conducta no fuese criminalizada, habría un daño<sup>(22)</sup>.

Por ello, la criminalización de comportamientos que crean solamente un riesgo estadístico de lesión (peligro abstracto) sería problemática

---

(20) Como principios fundadores o positivos, la relación es inversa a la señalada en el texto. De aquí en adelante, todas las referencias a estos principios serán como principios restrictivos o negativos.

(21) Para decirlo de otro modo, el principio de la inmoralidad del daño impide criminalizar conductas que no dañen a un tercero (o no pongan en peligro concreto a un tercero), aunque mediante su criminalización se eviten daños a terceros; en cambio, el principio de prevención del daño impide criminalizar conductas que no eviten daños a terceros, aunque esas conductas dañen a terceros o los pongan en peligro.

(22) Gardner y Shute, "The Wrongness of Rape", p. 216.

para el Principio de la Inmoralidad del Daño, pero no para el Principio de Prevención del Daño.

5. Ambas interpretaciones son, en principio, interpretaciones plausibles del principio del daño del art. 19 de la Constitución Nacional. Así las cosas, un defensor de *Arriola* podría sostener que el principio del daño reconocido en nuestra Constitución no está fundado en la prevención, sino en la conducta inmoral (porque) dañina. La mera tenencia de estupefacientes para consumo personal (o el consumo de drogas), salvo casos excepcionales, no afectaría directamente a otro y, por lo tanto, su criminalización sería inconstitucional. Independientemente de que se la considere inmoral en sí misma, esa conducta no sería, en todo caso, inmoral *porque* daña a un tercero (o *porque* lo pone frente a un riesgo concreto de daño). Dado que el legislador no puede criminalizar la mera inmoralidad<sup>(23)</sup>, sino solo la inmoralidad que emerge del daño a terceros (o del peligro concreto de daño a terceros), la mera tenencia de estupefacientes para consumo personal no pasaría el test de constitucionalidad. La única forma de salvar al art. 14, segundo párrafo, ley 23.737 sería, entonces, reinterpretarlo como un delito de peligro concreto, exigiendo, al menos, que la tenencia cree un riesgo directo de daño a un tercero<sup>(24)</sup>. Con esto, nuestro imaginario defensor de *Arriola* habría respondido en sentido afirmativo la pregunta planteada más arriba de si la Constitución veda al poder legislativo criminalizar conductas a través de delitos de peligro abstracto.

La conclusión a la que llegó la Corte de que los comportamientos que no provocan daño o riesgo concreto de daño a un tercero no pueden criminalizarse es compatible con una interpretación del principio del daño basada en la inmoralidad de la conducta dañina. Sin embargo, esta defensa tiene algunos problemas. Primero, en ninguna parte de la sentencia *Arriola* la Corte hace explícito que el principio del daño del art. 19 de la Constitución Nacional debe ser entendido en el sentido del Principio de la Inmoralidad del Daño. Una aclaración a este

---

(23) Esto, por supuesto, si aceptamos la lectura liberal que hace la Corte del artículo 19 de la Constitución nacional. Como dije al inicio, no creo que esta interpretación sea correcta, porque desconoce que el texto constitucional menciona a la “moral pública” como un criterio para interferir en la conducta individual.

(24) Sobre los problemas de esta reinterpretación jurisprudencial, cfr. la nota 10.

respecto era necesaria, si se tiene en cuenta que el principio del daño ha sido entendido tradicionalmente en clave preventiva<sup>(25)</sup>. Aún más, es difícil que la Corte estuviese pensando en una versión no preventiva del principio del daño, porque a la época del fallo *Arriola* no había comenzado siquiera a discutirse la posibilidad de una fundamentación no preventiva de este principio<sup>(26)</sup>. Por supuesto, la Corte no necesita de una discusión académica previa para interpretar la Constitución en un sentido u otro. Sin embargo, si en el momento de tomar una decisión sobre el alcance de un principio existe una interpretación que no solo es tradicional y dominante, sino que es la única conocida, entonces, de acuerdo con una elemental lógica de la argumentación (y del sentido común) quienquiera adoptar un punto de vista diferente tiene, al menos, que explicitarlo. El hecho de que la Corte no lo haya hecho sugiere que no quiso darle al principio un sentido distinto al tradicional.

Segundo, algunos pasajes de *Arriola* sugieren una visión preventiva de este principio. No solo las alusiones al “espíritu liberal” del art. 19 (consid. 32, voto que encabeza el fallo) encajan mucho mejor en la versión preventiva del principio del daño, sino que la cita explícita al principio del daño de Mill es un indicio de que la Corte pensaba en o, al menos, tomó como obvia la versión preventiva<sup>(27)</sup>.

Tercero, aceptar que el principio del daño impide siempre la criminalización de comportamientos que no causen daños a terceros o pongan en peligro concreto a un tercero significa rechazar de plano la constitucionalidad de cualquier delito de peligro abstracto, una solución que, si es aplicada consistentemente, dejaría a los ciudadanos sin

---

(25) Como dice Tomlin, cuando alguien invoca el principio del daño, normalmente invoca, explícita o implícitamente, un principio (preventivamente orientado) en la línea del formulado por Mill (Tomlin, “Retributivists! The Harm Principle Is Not for You!”, p. 279).

(26) Hasta donde yo sé, los primeros que reconocieron que el principio del daño también admitía una fundamentación no preventiva fueron Gardner y Shute, “The Wrongness of Rape”, *op. cit.* Aunque ellos aceptan la versión preventiva, que denominan “principio del daño’ liberal”.

(27) En el fallo se lee: “No es misión del derecho penal prevenir los daños que una persona puede causarse a sí misma. No hay lugar para plantear dicha cuestión cuando la conducta de esa persona no afecta a los intereses de ninguna otra (conf. John Stuart Mill, *On Liberty*, en Wasserstrom R., comp. ‘*Morality and the Law*’, Belmont, California, 1971, cap. III, págs. 92-93)” (consid. 30, voto del juez Fayt).

una adecuada protección en muchos ámbitos (Ashworth 2009, p. 38). Piénsese solamente en que no podría ser delito la tenencia de armas nucleares. Este argumento no pretende hacer primar una razón político criminal sobre una decisión constitucional. Solo sugiere que las consecuencias de una interpretación para otros casos deben contar al elegir entre dos interpretaciones constitucionalmente plausibles. Si la Corte quiere interpretar el principio del daño en el sentido del Principio de la Inmoralidad del Daño, entonces, razones de consistencia la deberían conducir a declarar la inconstitucionalidad de varios delitos del Código Penal. Si no está dispuesta a hacer esto, entonces, hay un argumento a favor de interpretar el principio del daño en clave preventiva.

Ninguno de estos argumentos es, sin embargo, decisivo. Más importante es la siguiente consideración. El legislador, al criminalizar la tenencia de estupefacientes para consumo personal como un delito de peligro abstracto parece haber asumido una interpretación preventiva de este principio. Ciertamente, para respetar un principio del daño orientado a la prevención no es necesario que la conducta objeto de criminalización dañe a un tercero o lo ponga directamente en peligro; “[e]s suficiente (...) con que, si la conducta no fuese criminalizada, habría un daño”<sup>(28)</sup>. El legislador bien pudo haber partido de que la tenencia de drogas para consumo personal, aunque no dañe a un tercero, ni cree un riesgo directo de daño a un tercero, incrementa el riesgo (indirecto) de que otras personas sean dañadas<sup>(29)</sup> y, por lo tanto, su criminalización contribuye a prevenir daños a terceros<sup>(30)</sup>.

---

(28) Gardner y Shute, “The Wrongness of Rape”, p. 216.

(29) Como explica Tadros en relación con la tenencia de armas: “Aunque puede ser (...) equivocado decir que una persona que posee armas toma el riesgo de dañar a otros, no es incorrecto decir que otros tienen un riesgo incrementado de ser dañados si aquella persona tiene un arma” (Tadros, “Harm, Sovereignty, and prohibition”, p. 45).

(30) La decisión acerca de la regulación más adecuada para lograr un objetivo corresponde al legislador. En los delitos de peligro abstracto, el legislador selecciona, entre las condiciones de una ley causal general, cuál de ellas tiene que verificarse en concreto. En ciertas ocasiones, solamente selecciona antecedentes remotos de una de las condiciones del resultado y la infracción de la norma consiste en la realización de ese único fragmento. La clase de acciones seleccionada por el legislador en contacto con las restantes condiciones de la ley causal general podrían desencadenar un resultado de la clase de los que la norma tiene por finalidad evitar, pero para la punibilidad de un delito de peligro abstracto no interesa que la acción seleccionada entre efectivamente en contacto con estas otras condiciones (sobre todo lo anterior, Kiss, *El delito de peligro abstracto*, pp. 89 y ss.; 169 y ss.). Este tipo de regulación resul-

Si esto es así, entonces, la decisión de inconstitucionalidad parece no pisar sobre bases sólidas. En efecto, la regulación de la tenencia de drogas para consumo personal como delito de peligro abstracto no infringe el principio del daño del art. 19 de la Constitución, si este es interpretado en clave preventiva. La interpretación en clave preventiva de este principio es una interpretación absolutamente plausible. Por lo tanto, el art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 no podría ser descalificado como irrazonable en un juicio de control de constitucionalidad por el solo hecho de no exigir un daño o peligro concreto a terceros<sup>(31)</sup>. La Corte puede invalidar decisiones del legislador solo en caso de *evidente* contradicción con la Constitución; pero ella no demostró que el art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, en tanto delito de peligro abstracto, lesiona palmariamente el principio del daño del art. 19 de la Constitución Nacional. En nuestro sistema constitucional, la Corte no es el único, ni el primer intérprete de la Constitución, sino su último intérprete. Ser último intérprete no significa que cualquier decisión que ella tome sea correcta, porque, evidentemente, definitividad no equivale a infalibilidad (Hart 1994, pp. 141 y ss.). Para que la decisión final de la Corte que afirma la inconstitucionalidad de una ley sea también jurídicamente correcta es necesario no solo que ella se base en una interpretación razonable de la Constitución, sino también que no exista una posibilidad razonable de que la ley cuya constitucionalidad se impugna sea interpretada de conformidad con la Constitución. Respetar el sistema de pesos y contrapesos de la división de poderes en el que se apoya nuestro orden constitucional significa ser deferente con decisiones *razonables* del poder democrático<sup>(32)</sup>.

---

ta más eficaz para prevenir el daño, porque no deja en manos de cada persona cómo controlar el riesgo de que se produzca el resultado que la norma quiere evitar; esta es una buena razón para que el legislador se decida por un delito de peligro abstracto.

**(31)** Por supuesto, esta disposición podría ser inconstitucional si no existe una conexión adecuada entre la tenencia de drogas y los daños a terceros en el sentido de que su criminalización sea un medio eficaz para prevenir daños.

**(32)** Es una doctrina asentada de la Corte, expresada también en el fallo “Arriola”, que “la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico”, debido a que “las normas sancionadas regularmente por el Congreso gozan de legitimidad democrática, piedra angular del autogobierno de los pueblos” (consids. 33 y 34, voto que encabeza el fallo).

6. A decir verdad, es difícil saber qué concepción del principio del daño defiende la Corte. Sin embargo, cualquiera que fuera, la sentencia *Arriola* tiene problemas de fundamentación. Si ella defiende un Principio de la Inmoralidad del Daño, la decisión es problemática no porque esa sea una lectura absurda del principio del daño del art. 19 de la Constitución, sino porque existe otra lectura de ese principio que también es razonable y no lleva, necesariamente, a una declaración de inconstitucionalidad. Si, en cambio, ella partió de un Principio Preventivo del Daño, yerra sobre los alcances que esa fundamentación permite asignar al principio, porque una fundamentación preventiva no se opone a la criminalización de delitos de peligro abstracto<sup>(33)</sup>.

Sea como fuera, si la Corte hubiese reconocido que la decisión legislativa de regular la tenencia de estupefacientes para consumo personal a través de un delito de peligro abstracto (o la decisión legislativa de regular otros delitos de peligro abstracto) evidencia una razonable toma de posición a favor de un principio preventivo del daño y hubiese aceptado (y aplicado consistentemente) ese principio no habría hecho un argumento general en contra de la constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto y la discusión sobre la constitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, ley 23.737 se podría haber planteado en un lugar distinto y mucho más razonable. Ese lugar es el de la causalidad general (y probabilística)<sup>(34)</sup>. En efecto, afirmar que el principio del daño

---

(33) Este mismo error ha sido atribuido a Mill (Tomlin, “Retributivists! The Harm Principle Is Not for You!”, p. 282). Mill parte de que el fin de la interferencia es la prevención del daño para concluir que el foco de la interferencia es la conducta dañina. Una conducta que no causa daño a un tercero queda fuera del alcance de la interferencia estatal legítima. Pero, como ya ha sido advertido, el principio del daño no se opone a que una conducta no dañina pueda ser objeto de criminalización, siempre y cuando con ello se eviten daños. Un Principio Preventivo del Daño no tiene que preguntarse si la conducta es dañina, sino si la criminalización de la conducta evitará daños.

(34) Al optar por un delito de peligro abstracto el legislador se decide por una regulación en el plano de la causalidad general. La causalidad general, a diferencia de la causalidad individual, no se refiere a situaciones o eventos concretos o singulares situados en tiempo y espacio (por ej. “el consumo de la sustancia S por Juan causó su muerte”), sino a *clases* de situaciones o eventos (“el consumo de la sustancia S causa muertes”) (Christopher Hitchcock, “Probabilistic Causation”, en E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2021 Edition), <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/causation-probabilistic/>). La causalidad general se asienta típicamente en una concepción probabilística de la causalidad. Según esta concepción, X es causa de Y cuando la presencia de X aumenta la probabilidad de Y. Esto la distingue de la concepción determinista de la causalidad, ampliamente utilizada en el derecho para establecer relaciones entre eventos individuales pasados

del art. 19 de la Constitución está orientado a la prevención del daño no lleva automáticamente a concluir que el art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 sea constitucional. Tal disposición puede ser declarada inconstitucional si no existe un vínculo adecuado entre la conducta criminalizada y el daño a terceros.

Así las cosas, lo que la Corte debió haberse preguntado es si la tenencia de drogas para consumo personal crea un inadmisibles riesgo de daños a terceros que justifica la restricción de la libertad de acción del individuo. Analizar esta pregunta requiere de un cuidadoso análisis de la proporcionalidad de la medida. Un aspecto central de este análisis se refiere a la eficacia de la medida en relación con el fin. Al respecto, la Corte debió haber evaluado si la criminalización de la tenencia de drogas para consumo personal es eficaz para evitar daños a terceros y, para ello, habría sido recomendable que hiciera un análisis de la amplia investigación empírica disponible sobre la relación entre drogas y delincuencia<sup>(35)</sup>. Solo si tras ese análisis la Corte hubiese concluido que la decisión legislativa de criminalizar la tenencia de drogas para consumo personal es manifiestamente irrazonable, podría haber declarado, justificadamente, la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, ley 23.737.

---

(por ej., “Ayer Juan acuchilló a José, causándole la muerte”). En efecto, mientras esta última sostiene que la causa determina la consecuencia en el sentido de que ella es condición suficiente (aunque no tiene que ser necesaria) de la consecuencia, la concepción probabilística simplemente afirma que la causa aumenta la probabilidad del efecto (Hitchcock, *Probabilistic Causation*; Frederick Schauer y Barbara A. Spellman, “Probabilistic Causation in the Law”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 176, n° 1 [2020], pp. 4-17). Por lo tanto, si uno quiere cuestionar “un predicado de peligro abstracto” debe “argumentar en el mismo plano en que este se ubica, es decir, el de la causalidad general” (Kiss, *El delito de peligro abstracto*, p. 91).

(35) Para un panorama de esta literatura véase, entre muchos otros, Robert MacCoun, Beau Kilmer y Peter Reuter, “Research on Drugs-Crime Linkages: The Next Generation”, en *Toward a Drugs and Crime Research Agenda for the 21st Century*, National Institute of Justice (2003), pp. 65-95; Helen R. White y Dennis M. Gorman, “Dynamics of the Drug-Crime Relationship”, en *The Nature of Crime: Continuity and Change. Criminal Justice 2000*, vol. 1 (2000), pp. 151-218; Sharon M. Boles y Karen Miotto, “Substance Abuse and Violence: A Review of the Literature”, *Aggression and Violent Behavior*, vol. 8, n° 2 (2003), pp. 155-174; Trevor Bennett y Katty Holloway, “The Causal Connection between Drug Misuse and Crime”, *British Journal of Criminology*, vol. 49, n° 4 (2004), pp. 513-531. Serge Brochu, Natacha Brunelle y Chantal Plourde, *Drugs and Crime: A Complex Relationship. Third revised and expanded edition* (Ottawa: University of Ottawa Press, 2018); y los textos publicados en Michael Tonry y James Q. Wilson (eds.), *Drugs and Crime. Crime and Justice: A Review of Research*, University of Chicago Press, vol. 13 (1991).