

**Voces:** CONSTITUCION NACIONAL ~ DELITO ~ TEORIA DEL DELITO ~ CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

**Título:** Dura lex sed lex?

**Autor:** Dalla Via, Alberto Ricardo

**Publicado en:** LLBA2001, 1328

**Fallo comentado:** [- Juzgado en lo Correccional Nro: 1 de Bahía Blanca \(JCorrecBahiaBlanca\)\(Nro1\) ~ 2000/11/20 ~ Mazzelo Dipaolo, Javier](#)

**Cita Online:** AR/DOC/4505/2001

La sentencia de un juez en lo contravencional del Departamento Judicial de Bahía Blanca, y más allá de la cuestión aparentemente menor sobre la que le tocó resolver ( se trataba de un condenado por ebriedad a quien se aplicó un criterio objetivo de reincidencia); dio como resultado el espeluznante e insólito cómputo de sesenta (60) días de arresto.

Para justificar tal desmesura, el juez en lo correccional actuante no encontró mejor argumento que incursionar en la teoría constitucional desde una perspectiva que podríamos denominar negatoria, agitando el ya desgastado argumento de Alexander Bickel acerca del carácter "contramayoritario" de la función judicial al ejercer el control de constitucionalidad de las leyes.

Aún así, es de destacar que el a quo esgrimió una versión más autóctona, toa vez que en lugar del temor al "gobierno de los jueces" (Roosevelt) o a la Suprema Corte como una "convención constituyente en sesión permanente" (Warren) agregó el condimento de una presunta "dictadura de los jueces", posiblemente influenciado en la terminología por las interrupciones constitucionales y los desapegos institucionales que hemos debido padecer en este bienamado país.

Pero es de lamentar que ese derrotero por el Derecho Constitucional lo haya llevado a mal puerto al concluir sin mayor rigor analítico que no le correspondía ejercer el control de constitucionalidad por tratarse de una "ultima ratio" en nuestro sistema. Entretanto, el apego formalista al análisis constitucional lo excluyó de resolver la cuestión desde el derecho penal, donde también muy pronto concluyó que entre delito y contravención la diferencia sería meramente cuantitativa mas no cualitativa.

Nos permitimos disentir con ese último argumento del magistrado actuante, tanto en una perspectiva desde la teoría del delito clásica, y entendido este último como la acción (u omisión) típicamente antijurídica y culpable, sino también desde una perspectiva finalista que ya no considere únicamente la teoría delictual sino que sistematice la garantía jurídica frente a la coacción estatal desde una perspectiva penológica.

De todos modos, es justamente frente a casos como el que nos toca analizar, cuando con mayor razón encuentra justificación el control de constitucionalidad de las leyes por parte de los jueces y no -por el contrario- reservarlo o postergarlo para ocasiones lejanas e hipotéticas; es en el ámbito de la realidad donde en definitiva el Derecho opera.

Como mal ejemplo de garantías constitucionales dilatadas o postergadas tuvimos durante mucho tiempo a la acción de amparo, concebida originariamente por la Corte en los recordados casos "Siri" (1957-La Ley, 89-531-) y "Kot" " (1958 -La Ley, 92-632- como una garantía individual resultante de la plena operatividad de los derechos; pero esgrimido su carácter "excepcional" o "subsidiario" en no pocas oportunidades por los jueces para no asumir su competencia, posiblemente por razones de pudor constitucional o de conservadurismo legal.

Pensamos que ningún temor puede justificar no aplicar la Constitución frente a la Ley cuando así corresponde hacerlo; parafraseando a Erich Fromm, pareceríamos haber pasado del "el miedo a la libertad" a "el miedo a la constitución".

Bueno sería recordar, sin embargo, que nuestro sistema de control de constitucionalidad "difuso" justamente permite a cualquier juez controlar la constitucionalidad de las leyes, no siendo requisito indispensable la intervención de un tribunal u órgano específico, como ocurre con los sistemas europeos.

La razón por la cual la Corte del Chief of Justice, John Marshall inventara el control de constitucionalidad de las leyes en 1804, fue precisamente la de evitar que los errores o abusos de las mayorías que ocasionalmente estén instaladas en los parlamentos, pudieran "echar por tierra" los principios consagrados en la Constitución. El control de constitucionalidad permite, justamente, hacer valer los principios superiores del ordenamiento por sobre el excesivo rigor formal cuando la ley resulta ser manifiestamente injusta frente al caso concreto (equidad).

La doctrina constitucional argentina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el caso "Cine

Callao" de 1960 han acuñado la regla de la "razonabilidad de las leyes" o del "debido proceso sustantivo", basado en el artículo 28 de la Constitución Nacional, que en el pensamiento de Juan Francisco Linares consiste en una adecuada y ponderada proporción de los hechos a las normas y de estas a la Constitución, y que el maestro Germán J. Bidart Campos, por su parte, ha equiparado a un "concepto jurídico de justicia", de manera que la parte final del artículo 19 de la Constitución Nacional debería ser en realidad leída de la siguiente manera : Ningún habitante de la Nación podrá ser obligado a hacer lo que la ley (justa) no manda ni podrá ser privado de lo que ella no prohíba.

---

En todo caso, el debate podría plantearse en situaciones difusas u oscuras, pero no cuando la injusticia de la norma aparece palmaria y manifiesta, no solamente para un ilustrado hombre de leyes como es un magistrado de la justicia, sino también para el hombre común, que no por ello deja de albergar un sentido de justicia en su corazón y -tanto más- si el reparto de valores sociales hace que sea precisamente el hombre común quien tenga mayores posibilidades de resultar privado de su libertad en juicio.

El sistema jurídico argentino contiene los antidotos a la ley injusta y para eso no hace falta remitirse ni a las tesis de Francisco de Vitoria, de Francisco Suarez o de Santo Tomás de Aquino. La Constitución consagra el llamado "derecho de resistencia" (art. 36 C.N.) y el Derecho Civil sanciona el denominado "abuso del derecho" (art. 1071 C.C.), postulados que a su vez resultan congruentes con el objetivo preambular de "afianzar la justicia" que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aplicado de manera operativa en algunos casos ("Provincia del Neuquén c. Sport 2000").

Tampoco valora la sentencia la situación del condenado desde el principio de unidad del ordenamiento jurídico, que prevé tanto la interdicción jurídica de los ebrios consuetudinarios a través de la inhabilitación especial del art. 152 bis del C. C., así como otras medidas tutelares que permitan tratar a un enfermo o alcohólico como una persona necesitada de tratamiento y reinserción, en todo caso en un establecimiento especializado y no solamente como una suerte de reincidente en la comisión de una infracción penal y -tanto más grave aún- cuando el intérprete no distingue cualitativamente a tal efecto entre delito y contravención.

Finalmente, resulta necesaria una reflexión acerca del modo o de la intención con que el intérprete aplica el derecho, en forma clara, sin desviaciones ni subterfugios a los que son apegados muchas veces algunos juristas, torciendo o forzando -no pocas veces- el recto sentido de las palabras y de los conceptos a favor de un determinado resultado u objetivo.

Entendemos necesario reivindicar el principio de claridad en la interpretación jurídica, para que no ocurra, como en el caso, que la sensación de injusticia en el propio juez de dictó la resolución lo llevó a adoptar una actitud de autoexculpación por no haber podido hacer otra cosa en orden al pretendido rigor de la ley y aún reflejándolo en las modalidades adoptadas para el cumplimiento de la sanción aplicada, limitándola en los hechos a una "internación parcial" los fines de semana.

Es en casos como el comentado cuando cobra toda vigencia el mandamiento de Eduardo Couture, quien dijera a los abogados que, cuando el Derecho entra en conflicto con la Justicia debe optarse por esta última, porque es el Derecho el instrumento que sirve a la Justicia, y no al revés...