

Félix María Tena De Sosa

Apuntes sobre la Constitucionalización del Derecho Procesal Penal

Colección Jurídica FINJUS-UNIBE Vol. 3

Félix María Tena De Sosa

**Apuntes sobre la Constitucionalización
del Derecho Procesal Penal**

Colección Jurídica FINJUS-UNIBE Vol. 3

Colección Jurídica FINJUS-UNIBE
Vol. 3

Título Original:
Apuntes sobre la Constitucionalización del Derecho Procesal Penal.

Autor:
Félix María Tena de Sosa

Edición:
© Fundación Institucionalidad y Justicia Inc. (FINJUS)
Universidad Iberoamericana (UNIBE)
Febrero 2008

Cuidado de Edición a cargo de:
Carlos Villaverde Gómez
Luis Quezada
María Dolores Díaz

Diseño de portada, diagramación y arte final
Editorial UNIBE

Impresión:
Editora Taína

Permitida la reproducción para fines no comerciales a condición de citar la fuente
Santo Domingo, D. N.
República Dominicana

Félix María Tena De Sosa

Apuntes sobre la Constitucionalización del Derecho Procesal Penal

Colección Jurídica FINJUS-UNIBE Vol. 3

Índice

Presentación	3
1 Palabras Preliminares	6
2 Constitución y Proceso Penal	8
3 Dinámica Histórico-Política del Proceso Penal	10
(i) La Ilustración y el proceso penal	11
4 Constitucionalismo Programático y Flexible	14
(ii) Excursus comparativo: El constitucionalismo norteamericano	17
5 Constitucionalismo Normativo y Rígido	20
(i) Antecedentes: ¿el guardián de la Constitución?	20
(ii) El principio de Supremacía Constitucional y sus consecuencias	21
6 La Constitucionalización del Derecho	24
(i) Choque de Trenes. Tribunal Constitucional vs. Corte Suprema	24
(ii) El poder y la persona humana: interpretación constitucional evolutiva	26
(iii) El bloque de constitucionalidad: un aporte francés	27
7 Internacionalización de los Derechos Humanos	29
(i) Humanización del proceso penal	30
8 La Constitucionalización del Proceso Penal	31
(i) Excursus comparativo El modelo adversarial norteamericano	33
9 Particularidades del Ordenamiento Jurídico Dominicano	35
(ii) Avatares del proceso penal	36
(iii) Supremacía constitucional en la cultura judicial	38
10 La Desconstitucionalización del Proceso	43
11 Fuentes Consultadas	46
12 Sentencias Citadas	52

Presentación

Desde el trabajo pionero del Dr. Juan Manuel Pellerano Gómez sobre la «Constitucionalización del Proceso» que vio la luz en 1997, varias han sido las publicaciones que han salido con miras a profundizar el estudio de las relaciones entre la Constitución y el proceso penal. Se destacan particularmente el sustancioso aporte de dos obras auspiciadas por el Poder Judicial, «Curso Garantías Constitucionales» y «Constitucionalización del Proceso Penal», publicadas en los años 2000 y 2002, respectivamente, así como el tomo «Constitución y Garantías Procesales: Manual Práctico para el Ejercicio de la Defensa».

La obra que ahora presentamos no es una reiteración de los trabajos que anteceden. Aquellos, en su mayoría, se concentraron en las consecuencias que imponen al proceso penal las garantías constitucionales. El aporte actual tiene el mérito de ser un poco más «modesto», para usar las palabras de su autor. Se trata, pues, de estudio sobre el significado de la constitucionalización del derecho procesal penal, que es antecedido de un examen sobre el desarrollo de las concepciones constitucionales en nuestro entorno cultural.

Al hablar de la constitucionalización del proceso es imposible dejar de mencionar la reforma procesal penal, y el hecho indiscutido de que a partir de ella las garantías constitucionales y las garantías mínimas de los tratados internacionales de derechos humanos, o, en una palabra, el debido proceso, ha sido receptado en la norma adjetiva, dejando atrás el divorcio que había caracterizado las relaciones entre la norma constitucional y la norma procesal penal.

A pesar de que el autor se ha inclinado por la defensa de la reforma y las orientaciones ideológicas que la sustentan: el abandono de un sistema procesal penal tendencialmente inquisitorio y su sustitución por uno de tipo adversarial o acusatorio, ha de destacarse que no estamos ante un crítico ciego, sino que su trabajo muestra una preocupación por la sustancia más que por la forma. Ello le lleva a mirar con recelo la eficacia del sistema adversarial norteamericano y su plea bargaining, a quien muchos identifican, no sin un poco de confusión, como el modelo seguido directamente por la reforma procesal penal dominicana; y, en igual sentido, éste destaca cómo, en Francia, el sistema inquisitorio reformado ha logrado sobrevivir gracias a la base liberal de la cultura jurídica de la nación gala.

Es que el derecho y las concepciones ideológicas que lo sustentan no son neutrales y, por ende, se dan en el marco de relaciones históricas, políti-

cas, sociales, culturales y ambientales concretas. Por ello, toda recepción de una legislación y la doctrina que la fundamenta tienen que ser cuidadosamente ponderadas, para verificar su capacidad de adaptación al medio exportado so pena de ineficacia o, peor aun, de la perversión del sistema. Se explica, entonces, el porqué en República Dominicana, con una cultura jurídico-política autoritaria, la minimización del valor sustantivo de la Constitución propiciada por la recepción acrítica de la doctrina francesa no era sólo un dogma equivocado, sino, más aún, sumamente peligroso.

El trabajo del licenciado Félix María Tena De Sosa, egresado de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD) y actualmente miembro del equipo técnico de la Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS), constituye un aporte que esperamos sea bien recibido en la comunidad jurídica. Con su puesta en circulación la FINJUS sigue uno de los caminos trazados desde sus orígenes: ser un espacio de reflexión para la promoción de las ideas que profundicen la reforma de la justicia. Agradecemos a la Universidad Iberoamericana (UNIBE) por aunar sus esfuerzos al coauspiciar la edición de esta obra.

Dr. Servio Tulio Castaños Guzmán
Vicepresidente Ejecutivo

Bajo el efecto del fenómeno de la constitucionalización, el centro de gravedad del orden jurídico se ha desplazado. Desde el siglo XIX, ese orden tuvo a la ley como eje esencial. A partir de fines del siglo XX, el eje es la Carta Fundamental. Hoy debe, en consecuencia, hablarse de principio de constitucionalidad, porque la Constitución no es ya más un Derecho de preámbulo ni otro de índole política, sino que verdadero Derecho.

Louis Joseph Favoreu

1 Palabras Preliminares

A pesar de ilustres reflexiones y planteamientos brillantes, parece no agotarse la necesidad de estudiar la relación que guardan la Constitución y el proceso penal. La cuestión ha sido reavivada en la República Dominicana a propósito de la reforma procesal penal, que supuso, más que un reforzamiento de sus vínculos, una impregnación de la Constitución —y los tratados internacionales de derechos humanos— en el derecho procesal penal. Ello impone repasar lo ya dicho para actualizar las ideas conforme al estado actual de nuestra cultura jurídica. Pero no se pretende examinar la concordancia entre el nuevo Código y el texto constitucional, sino el contexto en que se ha producido la reforma. Coherente con ello, nos centraremos en el significado de la constitucionalización del derecho procesal penal, y no en sus consecuencias concretas.

La teorización jurídica, sin embargo, no es una labor inocente ni huera de contenido ideológico; adjunto a cada tesis suelen filtrarse consecuencias que exceden la mera racionalización discursiva. El jurista, pues, no es un mensajero neutral, ni un «simple notario que constata una realidad, pero que ni la aprueba, ni la desaprueba»¹, está llamado a tomar partido, «no [sólo] por razones ideológicas o políticas, sino [también] por motivos estrictamente jurídicos»². Un estudio sobre la constitucionalización del proceso penal obliga, siquiera someramente, a despolvar las ideas del pasado, reconstruir las ideas del presente y abonar las ideas del futuro con un sentido crítico, potenciando las garantías de los derechos de la persona humana. «Ello supone también, necesaria y simultáneamente, denunciar las asistematicidades dentro del ordenamiento jurídico»³.

El presente ensayo ha sido concebido como una introducción a la constitucionalización del derecho procesal penal. Su desarrollo expositivo se iniciará con una explicación concisa sobre las relaciones entre la Constitución y el proceso penal. Luego se sintetizarán los rasgos fundamentales que adopta el proceso penal en el marco de los regímenes sociopolíticos. A seguidas se estudiarán las concepciones sobre el valor asignado a la Constitución en el decurso de nuestra cultura jurídica: desde la llamada Constitución programática y flexible hasta la Constitución normativa y rígida, y sus respectivas consecuencias: de la soberanía parlamentaria a la supremacía constitucional; del juez como boca de la ley a la jurisdicción de control constitucional; la constitucionalización del derecho y la

1 Muñoz Conde, De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”, p. 70.

2 Muñoz Conde, De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”, p. 84.

3 Gordillo, Los Derechos Humanos en un mundo nuevamente en crisis y transformación,

internacionalización de los derechos humanos. Posteriormente, se abordará la llamada constitucionalización del proceso penal, para luego aterrizar en el contexto dominicano. Finalmente, se confrontará el fenómeno de la desconstitucionalización del proceso penal.

Consciente de que la sugestiva responsabilidad que se asume podría generar en el lector elevadas expectativas que quizás no puedan ser satisfechas a plenitud, habrá de insistirse en el carácter marcadamente introductorio de las ideas a abordar. No espere, entonces, encontrarse con una exposición doctrinal acabada, novedosa y exenta de errores. Las limitaciones propias del autor impiden alcanzar esas loables pretensiones. Así las cosas, el presente se circunscribirá, en lo básico, a una modesta compilación de ideas que ya han sido expuestas bajo el sol, imprimiéndoles obviamente mi particular punto de vista.

Asimismo, debo subrayar sin temor a ser catalogado de cyberlawyer, que para el desarrollo de este ensayo fueron de gran utilidad interesantes trabajos obtenidos a través de la biblioteca más grande y accesible del mundo contemporáneo: Internet. La apertura global de las fuentes del conocimiento es el aporte más importante que ha proporcionado a la humanidad el paradigma tecnológico, y sería una soberana irreverencia que quien pretenda construir conocimientos para la defensa de la libertad rehúya a la libertad del conocimiento.

Félix María Tena De Sosa
tenafel@hotmail.com

2 Constitución y Proceso Penal

Es de común acuerdo en la doctrina contemporánea que existe una estrecha relación entre la Constitución y el proceso penal o, planteado en términos más acertados, entre derecho constitucional y derecho procesal penal. Especialmente ilustrativa resulta la caracterización de Goldschmidt, considerando al «proceso penal de una nación» como «el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de la Constitución» o, con idéntico significado, por Roxin, «como el sismógrafo de la Constitución estatal», e igualmente Baumann, para quien «el derecho procesal penal es derecho constitucional aplicado».

Se trata, entonces, de unos vínculos estructurales. Las garantías constitucionales, los derechos fundamentales, las libertades públicas, las cláusulas constitucionales de la organización del poder y, por su puesto, «la finalidad principal del Estado [que] es la protección efectiva de los derechos de la persona humana» (Art. 8 CRD), encuentran en el derecho procesal penal uno de los campos más fructíferos de realización o aplicación. De ahí que sea prácticamente imposible concentrar temáticamente las relaciones del derecho procesal penal con el derecho constitucional, dado que éstas son constantes a lo largo de todo su desarrollo. Ello no impide sin embargo que sean priorizados los principios constitucionales que impactan frontalmente la configuración del proceso penal¹.

Precisamente, Maier destaca, en una apretada síntesis, que «la ley procesal penal reglamenta la necesidad del Estado de llevar a cabo un procedimiento antes de aplicar su poder penal material (*nulla poena sine iudicio*), ante la autoridad judicial competente (*juex natural*), durante el cual quien es perseguido penalmente no se debe ser considerado culpable y, por tanto, debe ser tratado como un inocente (*principio de inocencia*) y goza de oportunidades suficientes para una defensa eficaz (*inviolabilidad de la defensa*); su reglamentación consiste en establecer formas prácticas de actuación de las garantías previstas por la Constitución, para tornarlas eficaces en el procedimiento judicial. A la par de las garantías citadas, la ley procesal penal reglamenta otras más específicas, también contenidas en la ley fundamental, tales como la autoridad competente, casos y forma para la privación de la libertad preventiva, para el allanamiento de domicilio, para el secuestro de correspondencia y su apertura, las decisiones que prohíben una persecución penal ulterior (*ne bis in idem*) [y] el remedio del *habeas corpus* para las detenciones ilegítimas»².

1 Así, respecto al derecho penal, Zaffaroni, et al. Derecho penal, parte general, p. 191.

2 Maier, Derecho procesal penal, p. 164.

El derecho constitucional avanza en una lucha constante por contener el descontrol (y la desviación ilegítima) del poder, así como las intromisiones (y agresiones) arbitrarias del Estado en perjuicio de los ciudadanos; y es indiscutible que el *ius puniendi* constituye su manifestación más intensa, «consistente, por definición, en privarles del ejercicio de determinados derechos fundamentales o limitárselos considerablemente. La Constitución establece los límites de la potestad punitiva y analizar cómo han sido desarrollados, conservados o desbordados, constituye... un buen hilo conductor para el balance histórico»³.

Pero la Constitución no siempre ha sido considerada como norma fundamental del ordenamiento jurídico, y para que ésta pueda ejercer una influencia significativa en la configuración del proceso penal, necesariamente tiene que estar investida de cualidad normativa. Sin ella, la Constitución escrita termina reducida a mero programa de buenas intenciones que no vinculan a nadie, en especial a un legislador omnipotente. Es entonces cuando a norma suprema se eleva un *concepto material de Constitución*, cuya mejor definición fue aportada por Ferdinand Lassalle, al sostener que «la verdadera Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social»; de otro modo, éstas no serían más que una simple «*hoja de papel*»⁴. Pero aún así, considerado ahora desde la dinámica histórica, el proceso penal será «un indicador de la cultura jurídica y política de un pueblo», en expresión de Hassemer.

3 García Arán. Constitución y derecho Penal, veinte años después, p. 286.

4 Lassalle. ¿Qué es una Constitución? Capítulo III.

3 Dinámica Histórico-Política del Proceso Penal

El análisis histórico muestra que la relación entre proceso penal y régimen político no es ideológicamente neutra. Todo lo concerniente al derecho y su aplicación se encuentra íntimamente interrelacionado a las estructuras sociales, al rol que juegan los individuos dentro de las mismas, a la organización y distribución del poder y, por supuesto, a las concepciones ideológicas que formulan la visión del mundo imperante. Es, pues, en el sistema penal donde esto se advierte más notoriamente¹, porque se trata de la realización del poder que conculca con mayor intensidad el ejercicio de la libertad del hombre: con sus prohibiciones y mandatos; sus intervenciones y persecuciones; sus penas y medidas de seguridad²; sus policías, fiscales, defensores, jueces, carceleros, alguaciles y toda la parafernalia respectiva.

Sin una rigurosa sumisión al orden cronológico, se pueden detectar en el curso de la historia «tres modos principales de organizaciones sociales básicas para explicar, de manera general, las fórmulas fundamentales que adopta el enjuiciamiento penal»³. Comenzando por (a) las *comunidades primitivas*, que carecen de un poder político central definido; siguiendo luego (b) las *sociedades culturalmente avanzadas*, que construyeron un poder político centralizado diferente de la reunión de las personas individuales; hasta arribar (c) al *Estado moderno*, que perfecciona los medios de coerción jurídica⁴.

En las sociedades primitivas no existía un ente central y neutral que regulara la forma de las reacciones ante las agresiones o daños, por lo que éstas se materializaban en *venganzas privadas* (de la víctima y su clan) contra el supuesto agresor (e incluso su clan), una suerte de lucha física que inevitablemente agregaba más violencia al conflicto originario. La razón no surgiría de la verdad sobre algún hecho acaecido, sino que era atribuida a quien ganaba la contienda. Fue contra los excesos de la reacción física que se reguló el *principio del talión* —originario en el derecho babilónico primitivo—, nivelando la reacción al *quantum* del daño; para luego dar paso a la *composición* —paradigmática en el derecho germano antiguo—, permitiendo así al agresor pagar un precio a la víctima o sus familiares para *comprar su libertad* y, en consecuencia, evitar el ejercicio del dere-

1 Vázquez Rossi. La Defensa Penal, pp. 31-32.

2 Maier. Derecho Procesal Penal, pp. 259-261.

3 Garita Vílchez. La Defensa Pública en América Latina, pp. 6 ss.

4 Para una perspectiva amplia Maier. Derecho Procesal Penal, pp. 259 ss; asimismo Foucault, La verdad y las formas jurídicas.

cho de venganza.

La evolución de la vida en sociedad fue llevando paulatinamente a una intervención cada vez más *invasiva* del poder público naciente en los conflictos sociales. En un principio se atribuyen las funciones de enjuiciamiento hacia la asamblea de ciudadanos en pleno, para después crear un órgano popular e imparcial, y la acusación queda al principio en manos de la víctima y su familia (*actio privata*), pero después se asume como un asunto cívico que podía ser ejercido por cualquier ciudadano (*actio popularis*). El juicio se desarrollaba en la plaza pública de manera oral y contradictoria; acusador y acusado estaban investidos de las mismas facultades para la presentación y debate de las pruebas que comprobarían o explicarían los hechos, y aunque la decisión se basaba en la íntima convicción de los jurados (*iudicis*), quedaba condicionada al caso y las circunstancias planteadas por el acusador. Es el modelo de justicia de la democracia ateniense, perfeccionado en la Roma republicana con la *quaestio, acusatio* o *iudicium publicum*.

La acumulación de riquezas en manos de unos pocos coadyuvó al fortalecimiento de un poder central que alcanzó su madurez con la aparición de las *Monarquías*. Es así como se sustrae totalmente la acusación de la disposición de los ciudadanos, incluidas las propias víctimas, y aparece el *Procurador del Rey* representando los intereses del monarca —antecedente del Ministerio Público— hasta la consolidación definitiva de un *Poder Judicial* al servicio del *Estado* —o, más fielmente, del monarca— que concentra arbitrariamente todas las funciones procesales (*inquisitio*), a semejanza de la centralización de los poderes de la soberanía (administrar, legislar y juzgar) en la persona del monarca absolutista. Ello acarreó también la eliminación del concurso del imputado, convirtiéndolo en un «*convidado de piedra*» en su propia persecución penal, sujeto además a vejámenes y torturas indescriptibles, y sin la posibilidad de influir en la decisión del juicio con su defensa.

(i) La Ilustración y el proceso penal

Fue precisamente contra las arbitrariedades y abusos de la inquisición judicial del Estado premoderno —*ancien régime*— que grandes pensadores ilustrados, de Thomasius a Montesquieu, de Beccaria a Voltaire, de Verry a Filangieri y Pagano, lanzaron incisivas críticas y propugnaban por su abolición total. Es así que la batalla cultural y política de la Ilustración reformadora, llevaba en sí misma una fuerte crítica a la *inquisitio*. No fue fortuito, entonces, que la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, germen constitucional del Estado de derecho europeo y concreción del programa político liberal que inspiró la gran Revolución burguesa, contuviera unos principios básicos tendentes a la humanización del proceso penal, que sin duda chocaban frontalmente con las bases del procedimiento inquisitivo.

A la hora de buscar un nuevo modelo de enjuiciamiento penal, los pensadores de la Ilustración proponen volver a las tradiciones del sistema acusatorio romano. Para aquel entonces el lugar donde éstas permanecían era Inglaterra, que logro sobrevivir a la influencia inquisitiva debido a que las particularidades de su sistema político frenaron los intentos de construir una monarquía absoluta y un sistema judicial al estilo continental europeo⁵. Así, no fue fortuito que en el mismo calor de la Revolución se reformara radicalmente el procedimiento inquisitivo imponiendo la publicidad y la defensa del imputado en todos los grados del juicio, y posteriormente se introduce desde el propio sumario el rito acusatorio, se instituye el jurado popular, se elimina todo tipo de secreto, se vincula el proceso a la intermediación y se instaura el principio de la libre convicción del juez⁶.

Pero las contradicciones de una clase burguesa que necesitaba afianzar el poder adquirido, impidieron la sostenibilidad del nuevo modelo judicial más allá de los días de la Revolución. Poco a poco, mediante el dictado de leyes coyunturales, se fueron desmontando los presupuestos del modelo acusatorio, y fue madurando una mixtura procesal que se perfeccionó en el *code d'instruction criminelle* de 1808, impulsado por Napoleón. Es indudable entonces que el sistema mixto no responde *in integrum* a la ideología ilustrada que le precedió, sino que fue una transacción entre ésta y el *ancien régime*, en la que el conservadurismo inquisitivo salió aventajado. Aún así, la impronta de la Revolución francesa, y sin duda el carácter avanzado de la codificación, se convirtieron en el referente obligatorio de toda Europa y posteriormente de América Latina.

La denominación de «mixto» fue atinada, porque el procedimiento fue dividido en dos grandes fases. La instrucción (sumaria), que estaba imbuida por los principios de la inquisición: un sinnúmero de formalismos, la escrituración, el secreto del procedimiento, la no contrariedad, sin defensa para el acusado y la búsqueda de la verdad absoluta. Y el juicio (de fondo), cuya finalidad era dictar sentencia sobre condena o absolución, que respetaba formalmente los principios del acusatorio: juicio oral, público y contradictorio, con igualdad de las partes en el proceso y posibilidades de defensa para el imputado. Pero la realidad es que las bases del sistema inquisitivo quedaron latentes —no es vano el calificativo de inquisitorio reformado—, y en la praxis los rasgos inquisitivos de la fase de instrucción se superpusieron al juicio, matizando o, más exactamente, neutralizando las garantías que formalmente se concedían en la segunda etapa del proceso.

Por ello, las críticas hacia la ideología bipolar del proceso mixto y sus funestas consecuencias prácticas no se hicieron esperar. Según apunta Ferrajoli, contra éste se pronunció de modo unánime toda la Escuela Clásica italiana. Así, Francesco Mario Pagano lo denominó como «monstruosa mezcolanza de proceso inquisitivo y acusatorio»; Giovanni Carmignani habló de «una ingeniosa estratagema» y lo descalificó como «una mezcolanza infeliz» y como «el más

5 Binder, Reforma de la justicia penal y constitucional.

6 Ferrajoli, Derecho y Razón, pp. 566 ss.

funesto donativo que el derecho romano había hecho a la especie humana»; Francesco Carrara denunció sus «formas híbridas y peligrosas», señalando «su depuración» como «tarea de la generación presente»; Luigi Luchini estigmatizó su «índole ecléctica, híbrida, anfibia» debida a «una verdadera duplicación» de los dos sistemas.

El sistema penal entró en su crisis más profunda en los Estados totalitarios, que usaron el poder penal con una brutalidad equiparable a la del Estado premoderno. La lucha por su humanización no ha terminado. Aún subsiste la queja de Calamandrei: «*cuanto tiempo hay que recorrer todavía antes de que este respeto a la persona humana penetre al proceso penal*». La reforma procesal penal no es otra cosa que la reactivación del programa liberal, iniciado hace más de dos siglos y progresivamente madurado hasta los días que corren, con los aportes de juristas progresistas de nuestro entorno cultural. Ahora bien, para entender cómo han pervivido normas procesales penales tendencialmente inquisitivas frente a Constituciones escritas formalmente respetuosas de las libertades públicas, es necesario estudiar, a grosso modo, las concepciones constitucionales que han permeado la evolución de nuestra cultura jurídica.

4 Constitucionalismo Programático y Flexible

El constitucionalismo ilustrado asumía como preocupación esencial la defensa de los derechos y libertades individuales, lo que aseguraba mediante la separación de los poderes. Coherente con ello, se concibe a la Ley como el mecanismo idóneo para tutelar la libertad individual contra intervenciones indebidas por parte del Estado, y las afectaciones provenientes de otros ciudadanos. «En consecuencia, todo el derecho constitucional girará en torno a dos pivotes esenciales: limitar todo lo que se pueda el poder del Estado y dar un marco jurídico adecuado para defender la libertad individual»¹. Ello fue consagrado en el artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano: «*Toda sociedad en que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene en absoluto Constitución*».

Se trata de una concepción mecanicista de la Constitución, en razón de que sus garantías de control estarían resguardadas internamente mediante la distribución de los poderes y la correspondiente dinámica de pesos y contrapesos. Así, como la Constitución no es otra cosa que un reparto de competencias, la relación entre ésta y libertad es, según las ideas de Montesquieu, verdaderamente causal: «si los poderes no están separados, nadie será libre, es decir, nadie estará sometido solamente a las leyes, porque quien ha hecho la ley podrá cambiarla en el momento de aplicarla. Por el contrario, si los poderes están repartidos entre varios, el que ejecuta no podrá modificar la ley de acuerdo a sus caprichos y cada uno permanecerá sometido a la regla que conocía al momento de actuar, y que le permitía, así, medir las consecuencias de su acción, o dicho de otra forma, ser libre»². Seguía abierta, sin embargo, la cuestión del contenido de las leyes y de los límites de la regulación jurídica. Es el paradigma del Estado legal de derecho.

La inestabilidad política que siguió a la Revolución burguesa y la consiguiente *contrarrevolución* determinó, además, que en Europa, de Constituciones que materializaban un pacto social o acuerdo entre los ciudadanos, se involucrara hacia Constituciones que fueron impuestas por la autoridad, generando, en consecuencia, la «ausencia de un consenso constitucional» que asegurara legítimamente su «*supremacía normativa*». Con ello, se asestó el golpe de gracia que terminó de liquidar el concepto-síntesis de supremacía constitucional, que había sido madurado «por la acumulación paulatina de una serie de ideas y postulados

1 Romero Moreno, El Constitucionalismo Liberal, p. 5

2 Troper: La Maquina y la Norma, p. 334.

del origen más diverso aparecidos a lo largo de toda la historia europea»³.

Cuatro son las ideas fundamentales que, según Santamaría Pastor, concretizaron la *normatividad suprema de la Constitución*, a saber: (a) «la idea de una norma de rango superior, y por tanto inmodificable por los procedimientos ordinarios de formación legislativa»; (b) «la idea de una norma que codifica en un solo texto las reglas de organización y funcionamiento de los poderes públicos»; (c) «la idea de una norma funcional, mediante la cual los miembros de una comunidad, en un acto solemne de autodeterminación, proceden de común acuerdo a instaurar una determinada estructura estatal y a regular sus límites» y; (d) «la idea de una norma cuya finalidad es limitar el poder del Estado en defensa de las libertades de los ciudadanos». Pero sólo en los Estados Unidos de Norteamérica se preservaron —y potenciaron— las mismas.

(i) El principio de Soberanía Parlamentaria y sus consecuencias

La noción de un legislador infalible y la correspondiente mistificación de la ley, tiene su base en las ideas de Rousseau, para quien «la ley es obra de la voluntad general», por lo cual «siempre tiende al bien común», a la garantía de la libertad y, por ende, no puede ser injusta. «Lo esencial de la construcción jurídica consiste precisamente en la instauración de un poder democrático capaz de encarnar esa voluntad general para la creación de las salvíficas leyes que tienen como objetivo primordial la restitución de la libertad absoluta del hombre»⁴. Con ello, se ignora el dato real de que, en casi todas las sociedades, la creación de las leyes ha sido capitalizada —a veces muy soterradamente— por los grupos sociales económicamente más poderosos. El dogma de la soberanía parlamentaria encontró también acogida en la tradición jurídica inglesa desde las construcciones de Blackstone hasta las de Dicey. En el ámbito alemán fue teorizada en la llamada doctrina de los *acta interna corporis*.

Simultáneamente a la exaltación del Poder Legislativo, se promovió la minimización o mecanización del Poder Judicial. Por razones históricamente comprensibles en la experiencia judicial inquisitiva, los ilustrados mostraron gran desconfianza hacia los jueces y consecuentemente se pronunciaron a favor de una disminución de sus poderes so pretexto de los riesgos inherentes a un desmedido arbitrio judicial. Esta vez le tocó a Montesquieu llevar la voz cantante, quien llegó a sostener que «los jueces de una nación no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar su fuerza ni su rigor». La semilla de la desconfianza se instaló en el espíritu de los legisladores revolucionarios franceses, y éstos al remplazar a los antiguos jueces, tomaron previsiones para evitar que los nuevos cayesen en análogos o peores vicios. Así que el Poder Judicial no fue considerado un poder público pleno, ni

3 Santamaría Pastor, La Constitución, un concepto polémico y cambiante.

4 Grote, Limitaciones para la ley en la regulación de los derechos humanos, pp. 83-108.

los jueces pudieron conocer de peticiones que les sometieran los ciudadanos en cuanto a la constitucionalidad de las leyes.

Para asegurar la supremacía de la ley, y la correspondiente subordinación irrestricta de los jueces a ella, se instituyó la Corte de Casación. En su versión originaria ésta fue «un tribunal extrajudicial, junto al legislativo, encargado de romper las sentencias en que los jueces, por vía de interpretación (función que se consideraba usurpadora del poder político), se apartasen del sentido literal de las leyes. ...Con el correr de los años y el advenimiento del imperio, se montó un poder judicial altamente burocratizado y jerarquizado, organizado en forma piramidal, del que no cabía esperar que se separase de las leyes pues había sido entrenado en su estricta y repetitiva aplicación (escuela exegética). En esas circunstancias carecía de sentido mantener un tribunal extrajudicial para controlar la pirámide entrenada en aplicar la ley a la letra, de modo no contradictorio, siempre igual, y, por ende, se consideró llegada la hora de ubicar a este tribunal dentro del propio mecanismo judicial, como su cabeza. ...El tribunal de casación dejó de vigilar a los jueces para pasar a mandarlos. De ese modo se garantizaba —por lo menos teóricamente— el estricto y celoso cumplimiento de la voluntad política expresada en la ley. ...El modelo se extendió rápidamente por Europa y se mantuvo casi invariable hasta la finalización de la segunda guerra mundial»⁵.

Todo ello explica el porqué en Europa continental no se pudo desarrollar tempranamente un sistema de precedentes jurisprudenciales rígidos como el *stare decisis* angloamericano. Se temía, pues, que la Corte de Casación se convirtiera, vía las interpretaciones judiciales, en un Poder Legislativo paralelo. Por ello, en el Código Civil —norma que ha sido calificada por Zagrebelsky como la verdadera Constitución jurídicamente operante de los franceses— se estableció la prohibición de los jueces fallar por vía de disposición general y reglamentaria las causas sujetas a su decisión (Art. 5). Con base en esta disposición legal, la doctrina ha entendido que la interpretación de ley que imponga jurisprudencia por vía de autoridad general se equipararía a la ley, y por ende usurparía al Parlamento. El carácter vinculante de la jurisprudencia no podía ser más que meramente *persuasivo*⁶. Con el tiempo este criterio ha sido morigerado en nuestra práctica judicial, debido a que la regla de unificación de la jurisprudencia atribuida a la Suprema Corte en la Ley de Casación ha propiciado una progresiva recepción de la jurisprudencia suprema por los estamentos inferiores del orden judicial; y, más interesante aún, el nuevo Código Procesal Penal introduce una modalidad de precedente rígido, que permite incluso fundar un recurso de casación por violación de las llamadas jurisprudencias de principio.

La creencia ciega en las bondades de ley, unido a la concepción mecanicista de la Constitución y la desconfianza hacia los jueces, impidió que en Francia —y en casi toda Europa— pudiera establecerse un mecanismo de control de

5 Corte Suprema de la Nación Argentina, sentencia de 25 de octubre de 2005.

6 Álvarez, Federico, La Finalidad del Recurso de Casación, pp. 121 ss.

constitucionalidad, como reclamaba Sieyès en el contexto de la misma revolución francesa, quien, inspirándose en la institución del tribunado acuñada por Rousseau, propuso la creación de un *jurie constitutionnaire*, órgano que tendría la misión especial de juzgar las reclamaciones contra todo atentado a la Constitución. Se trataba de un control político que cuajó teóricamente en el *Sénat conservateur* establecido por la Constitución bonapartista del año VIII, del que fue una prolongación el Senado de la Constitución de 1852, pero la fórmula no tuvo alcance práctico⁷. En Alemania, de su lado, la Constitución de 28 de marzo de 1849 previó el establecimiento de una jurisdicción constitucional federal con amplias atribuciones, incluyendo la hipótesis de un control constitucional de las leyes en el contexto de las quejas formuladas por los Estados miembros del imperio. Pero jamás cobró vigencia y quedó en un mero diseño teórico⁸.

El dogma de la soberanía parlamentaria degradó la Constitución de norma suprema del ordenamiento jurídico a *Constitución flexible*, esto es, declaración formal de intenciones políticas que servirían de inspiración a los legisladores, pero sin éstos tener obligación de subordinarse a ellas. Es que la superioridad jerárquica de la Constitución sobre las leyes ordinarias suponía un inadmisibles atentado a la soberanía parlamentaria que, por naturaleza, no podía estar sometida a límite alguno. Junto a ello, la mecanización de los jueces a boca de la ley, liquidó toda posibilidad al desarrollo de una noción normativa de la Constitución, que, como dice Jorge Prats, «sólo puede nacer allí donde los jueces la concretizan a petición de los ciudadanos»⁹.

Al ser la Constitución vaciada de contenido, los sistemas procesales penales quedaron a la libre configuración del legislador, y los ciudadanos no tuvieron acceso a mecanismos para reivindicar judicialmente sus derechos fundamentales contra los atropellos procedentes de leyes inconstitucionales. Era, pues, imposible extirpar del ordenamiento jurídico una ley arbitraria, irrazonable o, en una palabra, inconstitucional, a no ser por un acto de abrogación del propio legislador. Se explica así la paradójica coexistencia de sistemas procesales penales tendencialmente inquisitivos y Constituciones escritas formalmente respetuosas de las libertades públicas.

**(ii) Excursus comparativo:
El constitucionalismo norteamericano**

En el ordenamiento jurídico constitucional norteamericano ocurrió todo lo contrario al ya descrito proceso europeo. Para los años 1787-1788, durante el proceso constituyente federal, jugó un papel preponderante *El Federalista*, una serie de artículos escritos por Santiago Madison, Alexander Hamilton y John Jay, bajo el seudónimo de Plubio, y publicados en los diarios de New York.

7 Santamaría Pastor, La Constitución, un concepto polémico y cambiante.

8 Rainer Grote, Limitaciones para la ley en la regulación de los derechos humanos, p. 86.

9 Jorge Prats, Derecho constitucional, v. 1, p. 301.

Ellos constataron que «la sola determinación en un pergamino de los límites constitucionales de los varios departamentos no es suficiente salvaguardia contra las usurpaciones del poder»; en especial la del Legislativo, que tendía a extender sus poderes hacia los ámbitos de competencia de los otros poderes, y a dictar actos contrarios a la propia Constitución¹⁰. Así, luego de analizar la mejor forma de asegurar la supremacía de la constitución, y el correspondiente control del poder legislativo, convinieron en que, por su naturaleza, corresponde a los tribunales la función de «*guardianes de la Constitución*»¹¹.

Para Hamilton el Poder Judicial estaba llamado a servir de intermediario «entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad». Según éste, «no hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido». «La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son».

Las ideas de los *Federalist papers* fueron receptadas tempranamente en la jurisprudencia y, aún a falta de referencia explícita en la propia Constitución, ésta reconoció la superioridad normativa de la Constitución y su correspondiente aplicabilidad directa por los tribunales. Para 1803, en el caso *Marbury vs. Madison*, en un fallo motivado por el *Chief Justice* John Marshall, con base en la *judicial review*, la *Supreme Court of United States* decidió que quienes han forjado Constituciones escritas lo han hecho para que sean la ley suprema de la Nación, siendo nulo todo acto contrario a la Constitución, y corresponde a cada juez, en los casos concretos sometidos a su conocimiento, inaplicar las leyes que la contravengan; aunque, claro está, la última palabra la tiene la *Supreme Court* por vía de las sucesivas apelaciones.

10 Madison, El Federalista, capítulo 48.

11 Hamilton, El Federalista. capítulo 78.

Es éste el germen del llamado *control constitucional difuso*, en que la decisión de inconstitucionalidad no elimina la norma del ordenamiento jurídico, sino que la priva de eficacia en el caso concreto. Ahora bien, el principio del *stare decisis* —típico de la tradición del *common law*— comporta la estricta sumisión de los tribunales inferiores a las decisiones (o *precedentes*) de las cortes superiores, con lo que una norma declarada inconstitucional por la Corte Suprema de la Nación pierde toda su eficacia en los tribunales, y por ende equivale prácticamente a una declaratoria de inconstitucionalidad con efecto general. Pero, «se trata de un poder ejercido con prudencia: de 1803 a 1960 sólo fueron declaradas inválidas un total de ochenta y dos leyes federales»¹².

12 Santamaría Pastor, La Constitución, un concepto polémico y cambiante.

5 Constitucionalismo Normativo y Rígido

(i) **Antecedentes: ¿el guardián de la Constitución?**

En las postrimerías de la primera guerra mundial empieza a vislumbrarse en el horizonte europeo —de forma tímida— la tesis de la superioridad —todavía formal— de la Constitución, y la consecuente necesidad de imponer controles al legislador. Dos son las figuras emblemáticas que para entonces lideraron, desde ópticas ampliamente diferenciadas, una interesante discusión sobre quien debía ser el guardián de la Constitución.

Carl Schmitt, teórico afin al nazismo alemán, constató en términos críticos que el lugar central que le cabe a la ley como norma racional y general tiene por consecuencia directa la creación de un Estado legislador, en el cual la Ley como norma, expresión de una voluntad general, que reposa en el principio de legalidad, se constituye en única legitimidad. De ello se deriva lógicamente una superioridad casi ontológica del Parlamento y de su monopolio legislativo: el Estado legislador no puede admitir la coexistencia de otras fuentes del derecho e igualmente rechaza la legitimidad de cualquier tipo de control de constitucionalidad ya que, según la lógica del sistema, la voluntad del Parlamento resulta asimilada a la del pueblo¹.

Para Schmitt, sin embargo, la Constitución es esencialmente un instrumento político. Su crítica al régimen weimariano está dirigida a neutralizar la amenaza contra la existencia de la unidad constitucional: «se trata de salvar la democracia librándola de su lastre liberal». Así, el control constitucional que él anhela no es el de los tribunales, a quienes califica peyorativamente como órganos burocráticos, aristocráticos, contramayoritarios, y sin capacidad ni legitimidad para ejercer controles de tipo político como el constitucional². Por ello, «en el marco de la Constitución de Weimar, éste aboga a favor de una inflexión presidencialista del régimen, en virtud de la cual el jefe del Estado sea el guardián de la Constitución»³.

Contrario a la tesis schmittiana se había pronunciado tempranamente el jurista austriaco Hans Kelsen. De hecho, éste, «partiendo de la idea de que la función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder y garantía de la Constitución significa la certidumbre de que esos límites no serán rebasados»⁴, había propuesto —e iniciado en Europa (Austria, 1920)— el

1 Así, Le Brazidek: René Capitant y Carl Schmitt Frente al Parlamentarismo, p. 80.

2 Zaffaroni, Estructuras Judiciales, p. 25 ss.

3 Le Brazidek, René Capitant y Carl Schmitt Frente al Parlamentarismo, pp. 99-100.

4 Celotto, Formas y modelos de justicia constitucional, p. 5.

modelo de control de la constitucionalidad de las leyes confiado exclusivamente a un Tribunal Constitucional.

Pero en la perspectiva kelseniana, todo orden jurídico se estructura en forma escalonada o piramidal, en cuya cúspide está la *norma fundante básica* —entiéndase la Constitución—, y como ésta, a su juicio, sólo provee fundamento de la validez, no además del contenido de las normas inferiores que conforman ese sistema, sus contenidos sólo pueden ser determinados por actos mediante los cuales la autoridad facultada por la Constitución —el legislador— establece las normas positivas inferiores⁵.

Así, la razón de ser del control de la constitucionalidad sería apenas constatar la regularidad del proceso de producción de la norma, una relación de correspondencia entre la norma inferior y la norma superior. Esta concepción rigurosamente formal de la Constitución excluye, en principio, todo juicio de valor sobre el contenido de una ley. Cuando un juez censura la ley, no es su contenido que condena, sino el procedimiento por el cual ha sido puesto en forma de norma⁶.

De ahí que los invaluable aportes de Kelsen no eran todavía garantía suficiente para asegurar la eficaz defensa de los derechos fundamentales frente al legislador: al asimilar la validez del derecho a su vigencia formal, sin condicionamientos materiales o de contenido, quedó sujeta la regulación jurídica al libre albedrío de las mayorías parlamentarias de turno y, especialmente, a los poderes fácticos y formales que les dan sustento.

Es que la racionalidad formal del positivismo kelseniano «terminó dejando indefenso el orden de los juristas contra las leyes de contenido arbitrario y criminal», en expresión de Radbruch⁷. Se explica así el porqué no sería capaz de frenar los embates del totalitarismo, que uso el poder penal —revestido de aparente legalidad— con una irracionalidad y despotismo sólo equiparable a los años más oscuros de la inquisición clásica del Estado premoderno. La facilidad con que el nazifascismo y el comunismo introdujeron leyes arbitrarias e irrazonables en los ordenamientos jurídicos, a través del consenso de mayorías parlamentarias coyunturales, dejó un sabor amargo en Europa que condujo a una transformación radical de su cultura jurídica.

(ii) El principio de Supremacía Constitucional y sus consecuencias

El restablecimiento del Estado de derecho en la postsegunda guerra mundial llevaba consigo una fuerte desconfianza hacia la bondad del legislador, una crítica a toda ideología fundada en un poder público incontrolable. Por ello,

5 Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 1980, p. 204.

6 Jorge Prats. *Derecho Constitucional*, v 1. p. 296.

7 Radbruch, *El Hombre en el Derecho*, p. 7.

como dice Ferrajoli, se promueve «la sumisión también del legislador a normas jurídicas positivas, como los son los principios ético-políticos jurídicamente positivizados en las Constituciones rígidas que están por encima de la legislación ordinaria»⁸. Las Constituciones dejaron así de entenderse como mero sistema simbólico de principios ideológicos y de formulaciones políticas, o si acaso fuente de producción del derecho, para recuperar una normatividad jurídica superior que condiciona el contenido —y no sólo la forma— de las normas inferiores.

Se produce, entonces, «el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional, [que] supuso, entre otras cosas, superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso —de la mano del principio político de soberanía popular— al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo»⁹.

Es incuestionable que las Constituciones contemporáneas han evolucionado —Italia (1948), Alemania (1949), Francia (1958) y, más tardíamente, España (1978)— de meras fórmulas programáticas y políticas a normas jurídicas fundamentales rígidas, esto es, dotadas de una capacidad de resistencia de derogación superior a cualquier ley ordinaria, que hace nulo todo acto normativo, desprovisto de la fuerza de una reforma constitucional, que les contradiga¹⁰. Además, éstas suelen contener un catálogo de garantías individuales destinadas a ser *self-executing*, y que por tanto no necesitan una ley para hacerse operacionales, así como un sinnúmero de principios y valores fundamentales, que limitan, en fin, de modo directo y, en sentido jurídico, todos los poderes del Estado¹¹.

Como correctivo al principio de soberanía parlamentaria, se estableció el control judicial de la legislación. Pero la idea de que «no a todo juez le sería dable privar de valor a las leyes por su propio puño»¹², gozaba de un respaldo casi unánime en la doctrina continental, por lo que se siguió la propuesta de Kelsen de concentrar el control constitucional en una alta jurisdicción especializada; con la debida repotenciación para que ésta pudiera alcanzar la sustancia o contenido de las leyes, cuya validez quedaba sujeta a su concordancia conceptual con la Constitución —pieza de toque que ha sido el motor de impulso o elemento rector de la constitucionalización del derecho.

Ahora los Tribunales Constitucionales «no pueden ser sólo un legislador

8 Ferrajoli, Juspositivismo Crítico y Democracia Constitucional, p. 8.

9 Tribunal Constitucional de Perú, Sentencia de 15 de diciembre de 2006.

10 Jorge Prats, Derecho Constitucional, v. 1, p. 91.

11 Tiedemann, La Constitucionalización de la Materia Penal en Alemania, p. 1.

12 La frase es de Radbruch, El Hombre en el Derecho.

negativo, un árbitro entre los órganos colegisladores en conflicto, una Magistratura competente nada más que para custodiar la supremacía orgánica del Código Político, sobre la base de suprimir normas en gestación calificadas de inconstitucionales. Pasaron, además y desde entonces, a cautelar el respeto de la Parte Dogmática, obrando como contralor del legislador en relación con la protección y promoción de la dignidad y los derechos humanos»¹³.

Pero la actividad contralora de éstos no ha estado exenta de críticas, en razón del carácter contramayoritario de su composición, y, sobre todo, porque «sus fallos [aunque] no son políticos, tienen una significación política... y, por consiguiente, son objeto enjuiciamiento político por parte de la opinión que no juzga, desde luego, con arreglo a parámetros jurídicos»¹⁴. Aún más incisivamente, se objeta que un excesivo *celo constitucional* podría poner en jaque la labor del más democrático de los poderes del Estado —el Legislativo— y petrificar el Estado social, cortando decisiones políticas de avanzada con base en principios constitucionales desfasados o interpretaciones conservadoras. Sin negar un grado de acierto en esta crítica, estimo que no toma en cuenta la existencia de procedimientos de reforma constitucional, más o menos agravados para asegurar la supremacía de la norma fundamental y que toda reforma o cambio de las reglas del juego contitucional será el fruto del un consenso social entre actores diversos —no de mayorías coyunturales— como se entiende que lo es la creación misma de toda Constitución democrática.

13 Cea Egaña, La Justicia Constitucional y el Tribunal de la Constitución en Chile.

14 García Pelayo, Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho.

6 La Constitucionalización del Derecho

Es a partir de la omnipresencia jurídica de la Constitución cuando se manifiesta la denominada *constitucionalización del derecho*, esto es, «la impregnación o irrigación del orden jurídico por las normas constitucionales»¹ o, dicho en otros términos, el descenso de la Constitución al quehacer jurídico cotidiano. Es que la constitucionalización implica «una Constitución extremadamente invasiva, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales»².

Pero como plantea Guastini, la constitucionalización no es un concepto bipolar, sino que es un proceso *graduado* por unas «condiciones de constitucionalización». Por tanto «el Derecho de un país puede ser más o menos constitucionalizado y esto depende de cuántas y cuáles condiciones de constitucionalización estén satisfechas en [su] interior»³. Dos son las condiciones necesarias: (a) una Constitución rígida y (b) la garantía jurisdiccional de la Constitución. Las otras, no menos importantes, marcan el perfeccionamiento gradual de cada ordenamiento jurídico: (c) la fuerza vinculante de la Constitución, en el entendido de (i) su cualidad normativa superior, y (ii) la correspondiente aplicabilidad directa, hasta (iii) su interpretación expansiva, evolutiva e invasiva; (d) la interpretación conforme o adecuadora de las leyes, y; (e) la incidencia de la Constitución en la cultura y las relaciones políticas y sociales.

(i) **Choque de Trenes. Tribunal Constitucional vs. Corte Suprema**

La constitucionalización produce un desplazamiento del centro del eje jurídico: desde la Ley, cuya pureza era asegurada mediante las interpretaciones de la Corte de Casación, hacia la Constitución, cuya supremacía se asegura mediante las interpretaciones de la Corte Constitucional. Por ello, en los países donde existe dualidad de jurisdicciones, inevitablemente surge una implacable lucha por la detentación del poder jurídico, lo que coloquialmente se ha dado en llamar el «*choque de trenes*»⁴. Incluso en países con democracias consolidadas como Alemania, Italia y España, con frecuencia se presentan conflictos relativos

1 Favoreu, La Constitucionalización del Derecho.

2 Guastini, La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico.

3 Jorge Prats, Derecho Constitucional, t. 2, p. 773.

4 Autor no identificado, La Constitucionalización del Derecho Administrativo Colombiano.

a los límites de competencia entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. Asimismo, en los Estados Unidos se han presentado sus choques entre la Corte Suprema de la Nación y las Cortes Supremas de los Estados.

Es que, además, «las sentencias del Tribunal Constitucional, se imponen a lo resuelto por los tribunales ordinarios, e inclusive, la jurisprudencia constitucional se equipara a la propia Constitución». Así que éstos «deben acatar lo resuelto por el Juez Constitucional [e] interpretar conforme a aquello, lo que en definitiva genera que sea perfectamente congruente la interposición de un recurso de casación en el fondo por infracción de un precepto constitucional y avanzando un poco más, es dable sostener que opera el recurso de casación en el fondo por infracción de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional»⁵.

Pero es incuestionable que, comoquiera que sea, se redimensiona el Poder Judicial, ya que todos los tribunales tienen el deber, aún de oficio, de comprobar la conformidad de las leyes con la Constitución. «Si el resultado es positivo, deben, claro está, aplicarla sin más. Si, en cambio, es negativo, no pueden declarar su nulidad, ni tampoco inaplicarla en el caso concreto (al contrario de lo que ocurre en los sistemas de control difuso), por cuanto la competencia de rechazo no les corresponde; en su lugar, deben plantear la cuestión de constitucionalidad al Tribunal Constitucional, para que sea éste quien decida»⁶. La jurisdicción ordinaria, sin embargo, puede (y debe) integrar a su labor la técnica de interpretación *conforme*, que «es aquella que adecua, armoniza la ley con la Constitución, eligiendo —frente a una doble posibilidad interpretativa— el significado que evite toda contradicción entre ley y Constitución». Siendo así, la competencia de rechazo y remisión al Tribunal Constitucional sólo deberá ejercerse cuando la norma analizada sea inequívocamente contraria a la Constitución.

La puesta en marcha y la realización de este nuevo programa constitucional, no ha estado exento de problemas intrínsecos a la cultura jurídica, ante la falta de tradición en la materia⁷. Pues la mayoría de magistrados y abogados «en actividad fueron formados en el espíritu del legicentrismo y... les es muy difícil volver a enfocar su cultura jurídica. No obstante ello, hay una toma de conciencia cada vez nítida del nuevo estado de las cosas»⁸.

Se concordará con Mauro Cappelletti que, quiéralo o no, el Poder Judicial tiene que aceptar sus nuevas responsabilidades. Luego de haberse enfrentado en el pasado a las dos formas de gigantismo del Estado —legislativa y administrativa— tiene que elevarse a su nivel y convertirse en el tercer gigante para controlar al

5 Aros Chia, La Constitucionalización del Derecho como un Principio General de Este, pp. 11-12.

6 Santamaría Pastor, La Constitución, un concepto polémico y cambiante.

7 Tiedemann La Constitucionalización de la Materia Penal, p. 1.

8 Favoreu, La Constitucionalización del Derecho.

Legislador mastodonte y al Ejecutivo leviatán. Si la judicatura elige encapsularse en los contornos *seguros* de sus funciones tradicionales, de árbitro de pequeños problemas privados y aplicador mecánico de la ley, sin verificar (caso por caso) su validez constitucional, no hay duda de que perdería gran parte de su importancia en el contexto contemporáneo⁹.

**(ii) El poder y la persona humana:
interpretación constitucional evolutiva**

Si desde Kelsen se piensa el ordenamiento jurídico como una estructura jerarquizada de fuentes en cuya cúspide aparece la Constitución, ahora se impone sustituir aquella imagen de pirámide por la de unos «*círculos concéntricos*», como plantea Binder¹⁰, «cuyo punto central es, precisamente la persona humana en la dimensión total de su dignidad. La figura de círculos concéntricos es adecuada porque la Constitución estructura diversos sistemas de protecciones de poder o resguardos frente al uso arbitrario del poder. Estas protecciones no se hayan solo en la *parte dogmática* de la ley fundamental —que es la que establece los derechos los derechos y deberes de los ciudadanos y las formas básicas del Estado—, sino también en la llamada *parte orgánica*, que estructura concretamente los tres poderes institucionales del Estado. Tanto el establecimiento de derechos fundamentales como el otorgamiento de una estructura de límites al poder tienen el mismo significado: establecer un escudo protector frente a la fuerza arbitraria y frente a toda posible degradación tiránica del poder».

Es por lo mismo que la constitucionalización asume una interpretación expansiva y evolutiva del texto fundamental, que «faculta al intérprete a cubrir aspectos no previstos por el constituyente, pero no a contrariar normas expresas o a contrariar decisiones fundamentales tomadas en otro tiempo»¹¹. La finalidad de la interpretación evolutiva es cerrar toda brecha a la discrecionalidad de los poderes, otorgar coherencia al ordenamiento jurídico y, fundamentalmente, dar eficacia a las cláusulas protectoras de los derechos la persona humana conforme a la finalidad principal de la existencia del Estado de derecho.

«Una interpretación inteligente, creativa es aquella que capta lo esencial de un texto y extiende a supuestos equiparables el mandato»¹² sin desnaturalizar su esencia, ni afectar, en principio, otros preceptos fundamentales, salvo contradicción inevitable, en cuyo caso corresponde «privilegiar aquella disposición que sea más beneficiosa al sujeto de derecho»¹³. Como bien ha dicho nuestro

9 Cea Egaña, La Justicia Constitucional y el Tribunal de la Constitución en Chile.

10 Binder, Introducción al derecho procesal penal, pp. 70-71.

11 López Mesa, Nuevas pautas de interpretación constitucional.

12 López Mesa, Nuevas pautas de interpretación constitucional.

13 Subero Isa, en Constitución de la República Dominicana Comentada por Jueces del Poder Judicial, p. 24.

máximo órgano de control de constitucionalidad, «la Constitución debe ser interpretada como un todo en la búsqueda de la unidad y armonía de sentido; los preceptos constitucionales deben ser interpretados no sólo por lo que ostensiblemente indican sino también por lo que resulta implícito en ellos; la efectividad de las normas constitucionales debe ser pensada en armonía con la eficacia, implícita o explícita de las otras reglas constitucionales...y... a una norma fundamental se le debe atribuir el sentido que más eficacia le conceda»¹⁴. La Constitución es, en definitiva, un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones contemporáneas, y no solamente conforme a lo que podrían haber sido las intenciones de los constituyentes originarios.

(iii) El bloque de constitucionalidad: un aporte francés

Los franceses, todavía imbuidos por una rígida separación de poderes y su tradicional desconfianza hacia los jueces, han establecido un sistema de control exclusivo de la constitucionalidad de las leyes confiado a un órgano político que actúa al término del procedimiento legislativo, pronunciándose a instancia de otros órganos del Estado.

Es menester precisar que en Francia no hubo ruptura constitucional producto de un Estado totalitario como en Alemania, Italia o España. La Quinta República (1958) surge, en verdad, como respuesta a la profunda crisis de gobernabilidad generada por las intromisiones desmedidas del parlamento en las atribuciones del Poder Ejecutivo. La Constitución se limitó entonces a organizar los poderes del Estado y carecía de una parte dogmática o catálogo de principios; apenas proclamó en su Preámbulo la adhesión a los derechos humanos y los principios de soberanía nacional, tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946. Así, el control *preventivo* de la constitucionalidad fue instaurado para obligar al Parlamento a mantenerse en el marco de sus atribuciones y, consecuentemente, asegurar las potestades del Presidente frente a éste, y no necesariamente para proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El *Conseil Constitutionnel* francés, sin embargo, ha ido desarrollando una significativa jurisprudencia a partir de la década de los 70, que es cuando verdaderamente arranca el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico en Francia, según Favoreau. Para entonces, partiendo del concepto de *bloc de legalité* —surgido en el ámbito del derecho administrativo— éste desarrolla el llamado *bloc de constitutionnalité*, reconociendo que existen un conjunto de principios que sin estar consagrados expresamente en la Constitución se incorporan a ella con su misma fuerza normativa. La decisión fundadora del 16 de julio de 1971, recurre al Preámbulo de la Constitución y, a partir de allí, devela la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789, el Preámbulo de la Constitución de la Cuarta República (1946) y los principios fundamentales reconocidos por las

14 Suprema Corte de Justicia, sentencia constitucional de 14 de abril de 2003.

leyes de la (Tercera) República, integrándolos en un *bloque* que serviría de parámetro para determinar la constitucionalidad de las leyes posteriores.

El bloque de constitucionalidad es una de las construcciones más importantes del constitucionalismo contemporáneo, dado que permite una ampliación evolutiva de la parte dogmática de la Constitución a través de la jurisprudencia constitucional. Pero la trascendente obra del Consejo Constitucional quedó incompleta, al no incluir entre sus fuentes los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por la República. Asimismo, la mayor parte de los tribunales constitucionales de Europa se ha negado a categorizarlos con fuerza constitucional. En Latinoamérica, sin embargo, la asimilación constitucional de éstos está asegurada por disposición expresa de las Constituciones —como en Argentina—, cuando no —como en República Dominicana—, por la proactiva interpretación de la jurisprudencia constitucional.

7 Internacionalización de los Derechos Humanos

Concomitantemente al renacer de la supremacía de la Constitución se ha ido gestando un movimiento transnacional (mundial y regional), tendiente a superar los rígidos criterios de la soberanía estatal en materia de protección de los derechos humanos. Se trata de un nuevo paradigma en las relaciones internacionales que rescata la dignidad del ser humano, convirtiéndolo en un verdadero sujeto internacional de derecho, mediante la elaboración progresiva de *Bill of Rights* o *lex universalis*, normas de carácter internacional para la salvaguarda de los derechos humanos en todos los rincones del globo terráqueo, una suerte de paraguas protector para amparar a todo ser humano, sin distinción de ninguna especie.

Las primeras expresiones de los derechos humanos fueron las declaraciones Universal y Americana —ambas de 1948—, cuyo carácter vinculante para los Estados es de índole meramente moral, aunque no falta quien diga que actualmente forman parte del Derecho Consuetudinario Internacional e Interamericano, respectivamente, y por ende ya serían jurídicamente vinculantes, pero se trata de una opinión muy controversial. Luego se avanzó hacia instrumentos de indiscutible valor jurídico vinculante para los Estados partes, como el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), Convención Americana de los Derechos Humanos (1969), y otros pactos especializados.

Asimismo, poco a poco, se han ido elaborando un conjunto de instrumentos *soft law*, esto es, normas sin efecto vinculante, pero meticulosamente elaboradas con miras a obtener cierto grado de persuasividad e influenciar en la práctica de los Estados como un elemento de desarrollo progresivo de la jurisprudencia constitucional y especialmente la creación de leyes; tales son los Principios Básicos sobre la Independencia de la Judicatura y los Principios Básicos sobre el Tratamiento de los Reclusos, las Directrices sobre la Funciones de los Fiscales, las Directrices sobre las Funciones de los Abogados, Directrices sobre los poderes de los funcionarios encargados de aplicar la ley, los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, entre otros.

Aún más, en algunas regiones del mundo —como Europa y Latinoamérica— se han establecido jurisdicciones supranacionales a fin de preservar los derechos fundamentales del ser humano. Pero como obligación de garantizar los derechos humanos es una tarea que compete en primer orden a los Estados, dichas jurisdicciones son de carácter *complementario* y *coadyuvante* de los sistemas nacionales, y sus decisiones son *vinculantes* y de obligatorio cumplimiento

para los Estados bajo su imperio. Sus sentencias y opiniones consultivas constituyen una legítima fuente de interpretación e integración del derecho estatal y son normalmente receptadas por la jurisprudencia de los tribunales nacionales (*función pedagógica*), especialmente de las Cortes Constitucionales.

(i) Humanización del proceso penal

El abordaje tradicional de los derechos humanos en el proceso penal parte de su función como límites de un proceso previamente dado, entonces es éste el que se presupone como primordial, imponiéndosele posteriormente una serie de limitaciones externas que precisan de la correspondiente legitimación. Se trata de una concepción atómica o cósmica en que el Estado sería el centro y los derechos humanos apenas unas partículas o satélites que giran a su alrededor. Pero como dice Albin Eser, «la imagen cambia de forma radical cuando no es el Estado, sino el ser humano que se erige en estrella fija en torno a la cual rota el Estado para brindarle su protección»¹.

El constitucionalismo global que está en la base de la internacionalización de los derechos humanos, apunta hacia la inversión de la imagen tradicional del *Estado-fin* como entidad totalizadora (el ser humano es para el Estado), hacia un *Estado-medio* que asegure la protección del ser humano, tomándolo no sólo como entidad individual, sino, también, como un miembro de la sociedad y de la especie humana (el Estado es para el ser humano). Ello constituye un lento proceso, todavía en germen, cuya mayor fragilidad se evidencia precisamente en las interioridades del sistema penal.

Una clara expresión humanista ha surgido de «un pensamiento crítico del formalismo dominante en el ámbito del proceso penal que, frente al exegetismo formal, opone la interpretación realista del proceso»², con miras que se tome en consideración las particularidades del conflicto concreto al que está llamado a dar solución el mismo. Se procura así reorientar «la maquinaria inhumana de justicia [para] acercar el proceso al ser humano» y forjar una «justicia más humana, accesible y comprensible»³.

Esto se traduce a que el sistema de justicia se convierta definitivamente en un instrumento al servicio del ser humano, que independientemente del hecho (que se imputa haber) cometido, se entienda a la dignidad humana como una cualidad inseparable de todo individuo, así como la necesidad de que los operadores del sistema judicial asuman que las causas y procesos no son simples expedientes para tramitar, sino problemas reales de personas de carne y huesos que, afectados en su espacio y condiciones de vida, se ven compelidas a acudir ante la Administración de Justicia en busca de una solución.

1 Eser, Una Justicia Penal a la Medida del Ser Humano.

2 Martínez Rincones, El Proceso Penal y la Persona Humana.

3 Rivero Sánchez, Proceso, Democracia y Humanización.

8 La Constitucionalización Del Proceso Penal

Es de todos sabidos que «al incursionar en el campo de lo penal, el control constitucional de la actividad del Estado» —y la consecuente constitucionalización del derecho— «adquiere dimensiones excepcionales, al relacionarse con la efectiva tutela de la libertad individual y con las limitaciones a los mecanismos de afectación de aquella que puede disponer el Estado en el ejercicio de su potestad punitiva»¹. Particularmente intenso es su impacto en el proceso penal, dado que los actos procesales afectan casi siempre de manera directa derechos fundamentales de los acusados, de las víctimas y de terceros; así como por su conatural función de realizador del derecho penal material. Por idénticas razones, la internacionalización de los derechos humanos conforma un capítulo indisoluble de la constitucionalización del proceso penal.

A pesar de que la incorporación de normas procesales penales en las Constituciones no es, en absoluto, algo novedoso², dado que constituyen una reivindicación cuya génesis data desde los tiempos de las revoluciones americana y francesa³, no menos cierto es que la estampa normativa de las Constituciones surgidas después de la postsegunda guerra mundial, imponen en los ordenamientos jurídicos cambios cualitativos y no meramente cuantitativos⁴, al funcionar ahora como límites sustanciales —y no sólo formales— en la configuración y el ejercicio del poder estatal.

Así considerado, no se cuestiona que la causa determinante de la constitucionalización del proceso resida en la propia Constitución, debido a la adopción de nuevos textos que rigen el proceso y otras múltiples normas que inciden en mayor o menor grado⁵. Pero ha de precisarse que «la constitucionalización de las normas sobre derechos y garantías procesales [penales]... no es una simple formalización de reglas, conceptos y principios elaborados dogmáticamente por el Derecho Procesal [Penal], sino la consagración de normas que han adquirido un significado distinto, desde el momento de su incorporación en el Texto Constitucional, por ser 'normas de garantía', que configuran la tutela del ciudadano frente a los poderes públicos y de los particulares entre sí»⁶. «Esto significa entonces

1 Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sentencia de 14 de febrero de 1997.

2 Gómez Colomer, El fenómeno de la constitucionalización del proceso penal, p. 46.

3 Tiedemann, Constitución y Derecho Penal, p. 1.

4 Montero Aroca, El Derecho Procesal en el Siglo XX, pp. 484 ss.

5 Pellerano Gómez, Constitucionalización del proceso.

6 Tribunal Supremo de Venezuela, sentencia de 13 de febrero de 2001.

que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir... los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius punendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas»⁷.

Es inadmisibles, entonces, «la tesis de que los criterios de valoración de la constitucionalidad de un sistema procesal penal no son algo preestablecido por el legislador constitucional», sino que dependen de la concreta realidad contextual en que se inserta cada sistema; y mucho menos la pretendida «naturaleza subsidiaria de la Constitución» respecto a la construcción del ordenamiento jurídico procesal penal, quedando entonces a la libre configuración del legislador ordinario⁸. Que la Constitución sea una estructura de prescripciones, mandatos y principios formulados de modo abstracto y abierto, en modo alguno significa que éstos no sean normas jurídicas de aplicación directa y, menos aún, que no existan reglas interpretativas para asegurar su eficacia. Admitir ello, sería vaciar de contenido la Constitución y, por ende, asumir que los parámetros de constitucionalidad sean fijados por las normas ordinarias o, mejor dicho, por la interpretación que les atribuyan sus aplicadores. No sería, pues, la Constitución que descendería hacia el quehacer del proceso penal, sino que éste ascendería hasta aquella, alterando consecuentemente «la configuración del problema de la constitucionalidad», lo que contradice frontalmente la naturaleza de la constitucionalización del proceso penal, cuya bondad radica en la capacidad de nulificar las normas e instituciones no concordes con los principios y valores inherentes a la Constitución, forzando así su reforma para garantizar a plenitud la protección de la persona humana.

Precisamente, la constitucionalización del proceso no podría haber tomado vuelo, ni sería sostenible en el tiempo, sin la incidencia ejercida por una progresiva jurisprudencia constitucional e internacional. Cada día son más las personas que tienen posibilidades de reivindicar sus derechos fundamentales violados ante tribunales constitucionales de sus propios países o, en algunas partes del mundo, ante tribunales internacionales de derechos humanos. Ha sido, en efecto, altamente positiva la labor ejercida por la jurisprudencia de éstos en la transformación de la letra y el espíritu del proceso penal. Se trata de un verdadero *activismo judicial*, o bien una *política constitucional procesal*, que mediante una lectura y tachadura constitucional de la norma vigente, ha venido a iluminar el proceso penal con la luz de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos⁹. Paradigmáticos son los casos de Italia y Alemania, debido a la encomiable labor desarrollada por sus tribunales constitucionales, anulando un cúmulo importante de normas procesales penales preconstitucionales, y revelan-

7 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-248/04, de 16 de marzo de 2004.

8 Barreiros. La nueva Constitución procesal penal, pp. 722 ss.

9 Tiedemann, Constitución y Derecho Penal, p. 14.

do en base a interpretaciones evolutivas de la norma constitucional e internacional nuevas garantías procesales fundamentales.

Todo ello ha impulsado una reforma constitucionalizada y humanizada del proceso penal, que «ya no puede ser un gesto vacío por parte del legislador», en expresión de Mirjan Damaska¹⁰. Por razones históricas apuntadas en su momento, desde la Revolución francesa, la evolución procesal penal europea ha sido en gran medida una historia de adopciones esporádicas de esquemas procesales acusatorios, cuyo punto de referencia fue entonces Inglaterra y en la actualidad es los Estados Unidos. La influencia de las instituciones asociadas al sistema norteamericano ha sido directa en las últimas reformas de Europa Occidental, pero en Latinoamérica es mayormente indirecta vía la recepción de adaptaciones avanzadas en países como Alemania e Italia. Ello ha comportado un tránsito de las formas inquisitivas que permanecieron enraizadas en el sistema mixto clásico hacia formas más adversariales. La reforma del proceso penal vendría así a cobrar una deuda histórica al proceso inquisitivo y completar el programa liberal delineado originalmente por los ilustrados hace más de doscientos años.

**(i) Excursus comparativo
El modelo adversarial norteamericano**

La alquimia garantista ideológicamente asociada a los sistemas acusatorios o adversariales en las tradiciones europeo continental y latinoamericana se contenta cotidianamente —salvo honrosas excepciones— con un análisis teórico que excluye por principio toda referencia empírica de su devenir práctico. El sistema norteamericano, por ejemplo, que es mostrado hoy como modelo adversarial, ha madurado unas instituciones flexibles tendientes a la eficacia a costa de sacrificar la garantía central del proceso penal: el *juicio previo*, antesala necesaria para la realización de todas las garantías procesales.

Se trata de la *plea bargaining* o negociación de los cargos y las penas y la *guilty plea* o declaración de culpabilidad del imputado. Así, la mayor parte de los casos (8 de cada 10), concluyen en condenas obtenidas de «*mutuo acuerdo*» —*de adhesión*, a mi juicio, si se toma en cuenta la posición de poder del acusador público— en que el acusado renuncia a su derecho de un juicio público, oral y contradictorio con prueba, en procura de una sanción menos drástica de la que le sobrevendría de ser condenado en un *jury trial*.

El presupuesto fáctico sobre el que opera la *plea* es una verdadera *presunción de culpabilidad*, y nada excluye la hipótesis de que no pocos inocentes de bajos recursos, especialmente los que encajen en estereotipos de delincuentes, terminen declarándose culpables para evitar el riesgo de ser sacrificados ante un *jurado maleable* o *influyente* por abogados litigantes intuitivos. En un país como Estados Unidos donde existen Estados que no poseen un sistema de defensa

10 Damaska, Aspectos globales de la reforma del proceso penal, pp. 2 ss.

pública eficiente, ello pone en profundas desventajas a los imputados carentes de recursos económicos —que, allá y aquí, son los usuarios mayoritarios del sistema penal—, bajo el riesgo de pudrirse tras las rejas, ya que se llega a la irracionalidad de imponer condenas que hasta sobrepasan las expectativas de vida.

Se impone precisar que sólo la transferencia acrítica de potestades que, ante la inexistencia de acusador público, se ejercían directamente por las víctimas o a instancias de ésta (como en los tiempos de la colonia), explica el porqué el Ministerio Público norteamericano goza de unos amplios poderes discrecionales que escapan sustancialmente al control de los jueces. Pero nada justifica que éste —legado indiscutible de la tradición inquisitiva— ostente unos poderes discrecionales tan amplios e incontrolables. Es así que el jurista no puede dejarse emboar por el histrionismo mostrado en las películas acerca del funcionamiento del sistema penal norteamericano, cuando la realidad es que apenas una mínima parte de su poder formal se ejerce a través de un juicio previo.

Es cierto que ninguna nación tiene recursos suficientes para responder con juicio y prisión a cada delito; la necesidad de generar eficacia en el proceso penal justifica su apertura hacia el uso de salidas alternativas, pero, a mi juicio, éstas serán legítimas siempre y cuando se las sujete a una dinámica relacional entre víctimas e imputados —lo que no ocurre en los Estados Unidos, donde las víctimas no tienen participación o legitimación activa en el proceso penal— y, en caso de permitírsele algunas facultades discrecionales al Ministerio Público, por razones de política criminal, se las debiera someter a controles sustanciales ante los jueces —lo que tampoco sucede en el gran país del norte. Por ello, los operadores de los ordenamientos procesales penales reformados con elementos adversariales o acusatorios, tienen que ser cuidadosos y acoger sólo las prácticas verdaderamente garantistas que pervivan en los sistemas históricos.

9 Particularidades del Ordenamiento Jurídico Dominicano

Actualmente casi nadie cuestiona que el Derecho no cae del cielo, sino que es un producto deliberado de la razón humana para satisfacer ciertas necesidades individuales o sociales (*positividad*). Pero tampoco se aplica en el aire, ni es realizable con independencia de la voluntad humana en un contexto relacional (*culturalidad*). Dado que se trata de dos dimensiones que invariablemente confluyen en toda norma, la contradicción entre *positividad* y *culturalidad* en el derecho es sólo aparente: la primera señala el *deber ser* del derecho, las pretensiones a que se dirige (*normatividad*); la segunda es la expresión de su *ser* efectivo en la realidad social (*normalidad*). Así, todo análisis jurídico que pretenda tener un impacto en la realidad de una nación determinada «tiene que atender al costado cultural de la misma», en expresión de Cesar Pina Toribio.

(i) El modelo constitucional

La influencia del constitucionalismo norteamericano *en la letra* de la Carta Magna dominicana es preponderante desde la fundación de la República en 1844. Nuestros constituyentes primeros, imbuidos por el ideal liberal trinitario, acogieron la noción de Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico. Por ello, se reguló tajantemente que «no podrá hacerse ninguna ley contraria ni a la letra ni al espíritu de la Constitución; en caso de duda, el texto de la Constitución debe siempre prevalecer» (Art. 35), configurando así un límite sustancial a la capacidad normativa del Legislador y, como garantía de la efectividad de la supremacía constitucional, se impuso expresamente a todos los tribunales (*control difuso*) la obligación de inaplicar las leyes inconstitucionales (Art. 125). Asimismo, la noción de que «la soberanía reside en la universalidad de los ciudadanos» (Art. 39) era incompatible con la concepción de soberanía parlamentaria, y la propia rigidez del procedimiento de modificación constitucional confirma la hipótesis de su supremacía jurídica.

Pero para comprender en toda su dimensión las características del contexto fundacional de la nuestra primera Constitución, se impone dejar de lado, aún sea momentáneamente, la tendencia de abordar «los acontecimientos históricos desde causas puramente intelectuales. En la realidad operan también otros motivos, más o menos nobles, más o menos coherentes y muchas veces intereses concretos que se defienden y que en ocasiones poco tienen que ver con el ideario al cual se dice adherir»¹.

1 Romero Moreno, El Constitucionalismo Liberal, p. 2.

Es de todos sabido que el texto constitucional que funda la República Dominicana surge bajo la sombra de ideas foráneas que no tenían precedentes en nuestra tradición, ni fueron la resultante de transformaciones político-sociales autóctonas. «En 1844 casi nadie creía en la soberanía popular y en que ésta fuera la fuente del Poder»². Coherente con ello, en el primer Congreso constituyente se impusieron los sectores más conservadores del país, cuya preocupación esencial era organizar un gobierno «llamado a ‘formar el interés común’ teniendo en consideración la permanente amenaza que para él constituye el ejercicio de las ‘libertades particulares’». Para éstos «el poder debía estructurarse de manera tal que pudiera ejercer a su antojo las limitaciones que entendiera de lugar al ejercicio de los derechos», y no «por el supuesto constitucionalismo liberal según el cual los derechos y libertades de los ciudadanos habían de erigirse en frenos efectivos al ejercicio del poder»³.

Ello explica, en gran medida, la desventura del texto constitucional dominicano, que muchas veces no ha sido más que un «simple pedazo de papel» en las relaciones de poder político y económico y, otras más, ha sido vulgarmente transgredida por los mismos sectores que promovían reformas constitucionales en el marco de supuestos programas para civilizar o institucionalizar la República, al igual que por aquellos órganos llamados a resguardarla, haciendo honor al refrán popular «cuando los lobos cuidan de las ovejas».

(ii) Avatares del proceso penal

Para aquel entonces también «aconteció un hecho insólito en la historia del continente americano y posiblemente en la de los Estados modernos. Fue la adopción voluntaria de la codificación francesa vigente a la época»⁴. Justo es reconocer que, ante las precariedades materiales e institucionales que rodearon el nacimiento de la República, ello fue lo mejor que nos pudo pasar en términos de desarrollo jurídico, porque nos adscribimos a la familia jurídica más avanzada de su momento, que aportó al mundo la técnica de la codificación, la noción de las libertades públicas y el sometimiento a la ley de la función jurisdiccional⁵.

Pero, particularmente, la adopción literal del Código de Instrucción Criminal Napoleónico, y su correspondiente modelo procesal penal mixto o inquisitivo reformado, no estaba exenta de contrariedades en nuestro país, porque respondía a un esquema de organización política imperial, centralizado y altamente burocrático que, por ende, no contribuía a realizar la programación constitucional propia de la República Dominicana y el modelo de garantías que siempre ha acogido —en la letra de la Constitución— el debido proceso de inspiración norteamericana. Se

2 Pellerano Gómez, “La Constitución y el Hombre”, en Constitución y Política, pp. 111-112.

3 Rodríguez Gómez, Los Derechos Fundamentales en la Génesis del Constitucionalismo Dominicano.

4 Pellerano Gómez, La Constitucionalización del Proceso.

5 Jorge Prats, Francia.

explica así el porqué éste no se amoldó a las necesidades, usos y convivencias locales.⁶ Más aún, lamentablemente, la tradicional base autoritaria de la cultura jurídica y política dominicana potenció los rasgos inquisitivos del procedimiento, llevándolos a unos niveles de arbitrariedad impensables en la contemporaneidad de un país que, como Francia, desarrolló una innegable cultura política liberal.

El abuso del método inquisitivo entre nosotros favoreció la aparición de prácticas formalistas, burocráticas, la delegación de funciones, y, especialmente, la actitud conservadora de los operadores para resguardar la sacralidad del procedimiento en detrimento del debido proceso. Nunca se desarrolló una política de persecución de los delitos que fuera eficaz y respetuosa de los derechos fundamentales. El juez de instrucción no tenía la estructura institucional para investigar, limitándose con una cuestionable lentitud a acumular papeles, transcribir las piezas aportadas por la Policía y realizar unos interrogatorios tendentes a conseguir unilateralmente la verdad. La investigación policial, por su parte, fue llevada a cabo tradicionalmente sin el mínimo respeto de los derechos fundamentales, y no pocas veces se recurría a la tortura para obtener confesiones, los secuestros de familiares, la extorsión y otras técnicas aberrantes que no fueron cuestionadas frontalmente por los jueces.

La confusión de roles desnaturalizó la función natural de los jueces de controlar la regularidad de las actuaciones de los fiscales, redujo a éstos últimos a simples tramitadores de papeles y convirtió al defensor en un estorbo innecesario. El juicio devino así en una mera representación teatral de la labor realizada previamente por la policía y avalada por el juez de instrucción, perdiendo su funcionalidad como etapa central del proceso, y por ende banalizando las garantías formalmente reconocidas en esta fase. En fin, la vetustez y excesiva formalidad de las normas procesales, junto a la cultura del trámite, desembocaron en una administración de justicia lenta e ineficiente para otorgar un fallo en un tiempo oportuno.

Es así que nunca hubo una época de oro en nuestra justicia penal. Apenas queda en el recuerdo colectivo las prisiones preventivas que vivieron miles de individuos desposeídos, contra los que nunca hubo prueba suficiente para hacerles un juicio debido y aprendieron a ser delincuentes en las cárceles; miles de víctimas que nunca vieron satisfechos sus intereses en un tortuoso y lento proceso que no les dejaba otra voz que ser un simple testigo o, a las pocas que podían costear un abogado, pedir indemnización económica; miles más de supuestos delincuentes muertos en unos confusos intercambios de disparos, en que agentes policiales terminaron erigidos en jueces-verdugos con total impunidad.

De periodos más oscuros perviven aún en la memoria nacional, los brutales asesinatos selectivos de líderes políticos y sociales de avanzada, a través de agentes estatales o mercenarios a su servicio; cientos de desapariciones

6 Olivares Grullón y Núñez Núñez, Código Procesal Penal Concordado, pp. 9 ss.

forzosas; miles encarcelamientos ilegales; degradantes torturas; y, en general, la aniquilación de la esperanza de generaciones progresistas a través del abuso del poder. La Administración de Justicia, sin embargo, «no [fue] capaz de poner[le] límites... y, a veces por omisión pero también por complicidad, formó parte de los instrumentos de violación de los derechos humanos»⁷.

(iii) Supremacía constitucional en la cultura judicial

Junto a los pecados capitales descritos ut supra, y sus terribles consecuencias, la recepción acrítica de la doctrina francesa y su concepción de soberanía parlamentaria, propiciaron el aniquilamiento de la fuerza normativa de la Constitución. El Poder Judicial renunció implícitamente a ejercer la función de verificar la legitimidad y conformidad de las normas procesales penales vigentes con la norma fundamental, como le obligaba la propia Constitución desde 1844. A ello coadyuvó su sometimiento o emparentamiento incondicional, especialmente a nivel del máximo órgano judicial, a las cúpulas del poder político que manejaban el Ejecutivo y el Legislativo. Así, pues, este poder del Estado no parecía tener la independencia y autoridad suficiente para asumir integralmente su misión de guardián de la Constitución y decretar la inconstitucionalidad de una norma que fue útil a los más oscuros intereses de sectores hegemónicos que, por demás, han sido tradicionalmente invulnerables al sistema penal.

Pero tampoco los abogados se tomaron muy en serio la cualidad normativa de la Constitución, ni su superioridad como fuente primaria del ordenamiento, y fueron muy pocas las denuncias de inconstitucionalidad de las disposiciones de un Código de Instrucción Criminal basado fundamentalmente en el sistema inquisitorio, que por ende, como había advertido nuestra doctrina procesal penal más autorizada, era incompatible con «los principios constitucionales que rigen el proceso, cuya correcta interpretación llevaba al sistema acusatorio del debido proceso»⁸.

La asunción en la cultura y práctica judicial de la supremacía de la Constitución sobre la norma procesal penal codificada es de factura relativamente reciente. Ello concuerda con el proceso de fortalecimiento del Poder Judicial preludiado en la Reforma Constitucional de 1994 e iniciado formalmente en 1997. Así, el abandono de un modelo judicial decimonónico —del juez como boca de la ley, esto es, poder neutralizado ante los actores políticos— trajo aparejado el empoderamiento de la jurisdicción de la función de guardián de la Constitución, al establecerse, junto al clásico control difuso, un control concentrado de la constitucionalidad en cabeza de la Corte Suprema de Justicia —que, como es sabido, había existido en la experiencia de 1924 a 1930. La caja de pandora había sido abierta y han estado aflorando precedentes jurisprudenciales que muestran un

7 Álvarez, Alejandro, El Por qué y el Cómo de la Reforma de la Justicia Penal, p. 13.

8 Pellerano, Herrera y Castillo, Derecho Procesal Penal, t. I, p. 49.

despertar de la cuestión constitucional en el país.

Justo es reconocer, sin embargo, que nuestra tradición jurisprudencial en materia procesal penal no ha sido propiamente progresiva. La jurisprudencia no ha sido la que ha avanzado sobre la normativa procesal penal, sino que ésta progresó primero y aquella le ha estado acompañando con cierta timidez, sin mencionar que aún subsisten criterios jurisprudenciales retrógrados. No fue sino hasta la reforma procesal penal cuando empezaron a aflorar sentencias judiciales declarando la inconstitucionalidad de algunas normas procesales que violentaban el principio de igualdad ante la ley, la presunción de inocencia y el debido proceso. Es para entonces cuando la jurisprudencia suprema aclimata al ámbito dominicano la teoría del *bloque de constitucionalidad*, en base de una interpretación de evolutiva de las disposiciones constitucionales (fundamentalmente, Arts. 3, 8, 10 CRD) y la consecuente integración de tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el país, cuyo punto de referencia, díganlo o no, fueron precisamente los *principios fundamentales* del Código procesal penal, aprobado el 27 de septiembre de 2002 y puesto en vigencia dos años después.

Es en la Resolución 1920 del 13 de noviembre de 2003, sobre Medidas Anticipadas al Código Procesal Penal, que la Suprema Corte de Justicia dominicana traza sintéticamente su *doctrina* del bloque de constitucionalidad. Sin entrar en detalles acerca de la capacidad reglamentaria general que motu proprio ésta parece atribuirse —cuya creciente aplicación ha dado a la luz varias resoluciones que están bajo sospecha de inconstitucionalidad—, entiendo que la legitimidad del bloque ha sido salvada gracias a su recepción en la *jurisprudencia suprema*, tanto la emitida en funciones de Tribunal Constitucional⁹, como en funciones de Tribunal de Casación¹⁰.

El bloque de constitucionalidad dominicano ha sido «integrado por disposiciones de igual jerarquía que emanan de dos fuentes normativas esenciales: a) la nacional, formada por la Constitución y la jurisprudencia constitucional local tanto la dictada, mediante el control difuso como por el concentrado, y b) la internacional, compuesta por los pactos y convenciones internacionales, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». A éstas se «sujeta la validez formal y material de toda legislación adjetiva o secundaria», y «los jueces tienen que aplicarlas como fuente primaria de sus decisiones». Así las cosas, «reconocido el bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico, se impone su aplicación, armonizando los significados de la ley adjetiva que no le fueren contradictorios, con los principios, normas y valores que lo integran, asegurando de este modo la constitucionalización del proceso judicial»¹¹.

9 Sentencia de 9 de febrero de 2005.

10 Sentencia de 11 de agosto de 2004, y abundante jurisprudencia posterior.

11 Resolución 1920 de 13 de noviembre de 2003.

(iv) La reforma procesal penal

La renuencia a incorporar en nuestro análisis jurídico las contradicciones o asistematicidades entre la norma suprema y las adjetivas, y, menos aún, entre la realidad histórica, social y política y el marco normativo, ha sido un punto de discordia entre quienes sostienen que Francia no es el icono a seguir en materia de reforma al procedimiento penal y los que siguen aferrados a una tradición procesal penal que nunca cuajo apropiadamente en el ámbito dominicano, cuya *bondad*, además, actualmente es puesta en tela de juicio en su propio país de origen, ante las diversas condenas impuestas por la Corte Europea de Derechos Humanos por violaciones del procedimiento penal en contra de sus ciudadanos y por la naturaleza del procedimiento mismo, lo que ha motivado una reforma parcial del sistema de justicia penal francés, aunque todavía imbuida por la vieja tradición inquisitiva¹². Aún así se impone reconocer que si el sistema mixto ha sido funcional en Francia, es gracias a la base liberal de su cultura jurídico-política y, por supuesto, las constantes reformas a que ha sido sometido sin perder del todo su identidad.

Los dominicanos, sin embargo, tuvimos que salirnos completamente de un modelo mixto que se había anquilosado ante la desidia reformadora de nuestros legisladores y la sumisión acrítica de la jurisprudencia. Los rasgos inquisitivos del proceso se potenciaron al entrar en contacto con la cultura jurídico-política autoritaria que nos ha caracterizado. Las estructuras judiciales terminaron por deteriorarse de tal manera que, para cuando pensamos en *ponerlas al día*, ya eran «incapaces de adaptarse a las exigencias de una nueva sociedad y de satisfacer los principios rectores que configuran la función de juzgar en una sociedad democrática»¹³. Se requería, pues, una transformación radical que arrancara de raíz la semilla inquisitiva del ordenamiento procesal penal y, consecuentemente, generara los incentivos necesarios para un cambio cultural no menos radical.

Así, acogimos de golpe y porrazo un sistema procesal penal completamente nuevo, con rasgos tendencialmente adversariales, que está más acorde con la programación constitucional del debido proceso. Nos adscribimos, pues, a la tradición jurídica latinoamericana, con la que sí tenemos fuertes lazos culturales y compartimos una similar realidad histórica, social y política. En su mayoría, somos herederos de la colonización española y la posterior pseudocolonización norteamericana; con historias de dictaduras y tiranías sangrientas; violaciones masivas de los derechos humanos; administraciones de justicia débiles, ineficientes y corrompidas; una anomia institucional y una impunidad estructural inscritas en el código genético de nuestras sociedades¹⁴.

12 Francia y la República Dominicana por los Senderos de la Reforma Procesal Penal, pp. 12 ss.

13 Martín Pallín, Un proceso penal para una sociedad democrática

14 Binder, Entre la democracia y la exclusión. La lucha por el derecho en una sociedad desigual.

«La mayor parte de nuestros países —como precisa Gordillo— ha emergido de las autocracias, y se han restituido en muchos de ellos los mecanismos democráticos. ...Han pervivido sin embargo... una enorme cantidad de trazos derivados de los períodos autoritarios. ...Es en ese contexto, y no en otro imaginario, que tenemos un esquema normativo básico de derechos humanos, libertades públicas, garantías y derechos individuales: normativo, pero no viviente, vigente, ni eficaz. ...Tenemos así un estado de cosas en el cual el derecho civil, penal, administrativo, es a veces preconstitucional y presupranacional, con supervivencia legal, jurisprudencial y doctrinaria de muchos rasgos autoritarios. ...El derecho viviente está sesgado inequívocamente a favor de la autoridad y en desmedro de la libertad»¹⁵.

Es en ese contexto real que la reforma procesal penal aflora, como un movimiento renovador que procura una reestructuración integral del sistema de justicia penal. Su eje rector es el respeto a la dignidad de la persona humana, a cuyos fines se incorporan al *corpus juris legal* principios y garantías consagrados de antaño en la Constitución de la República, los cuales han sido robustecidos como cuerpo normativo fundamental por la recepción de los tratados y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, conglobados bajo la fórmula sintética de *bloque de constitucionalidad*.

La reforma propugna, en síntesis, por el destierro de la corrupción judicial, una nueva transparencia y control de las instituciones del sistema judicial (*publicidad y participación de la ciudadanía*), el fortalecimiento de los sistemas judiciales en el contexto político (*independencia judicial*), un mayor acceso de las personas al sistema de justicia para la solución de sus conflictos (*defensa pública y despachos de atención a las víctimas*), y el establecimiento de un verdadero juicio oral como etapa central del proceso. Ella constituye, pues, un loable intento por consolidar un sistema judicial que dé solución a los conflictos sociales, garantice los espacios democráticos, el sistema republicano de gobierno, la seguridad jurídica, la libre empresa y la economía de mercado.

Nadie cuestiona que el Código de Instrucción Criminal de 1884 contuviera garantías para limitar el poder penal y asegurar el orden democrático, pero es justo admitir que éstas nunca pudieron ser operativizadas porque su vulneración no tenía consecuencias sobre el objeto del proceso, ni sobre los operadores irresponsables. Hoy, sin embargo, las arbitrariedades y excesos se pagan, a veces hasta con la absolución de un culpable, que la sociedad democrática prefiere a la condena de un inocente. En ese contexto, a la crítica jurídica corresponde desnudar los operadores ineficientes, no mediante las tradicionales quejas abstractas de los males de la justicia, sino mediante el análisis concreto del desempeño de cada operador.

El nuevo Código Procesal Penal cierra entonces un capítulo de la historia

del derecho procesal penal dominicano y abre otro aún por descubrir, generando a su paso estragos para la aclimatación de la norma a la realidad, a la vida de la sociedad. Ello, en principio, no es malo, sino que es una consecuencia natural de toda transformación de patrones culturales. Lo preocupante ha sido el apandillamiento de la comunidad jurídica dominicana, «*a favor*» vs. «*en contra*» de las orientaciones ideológicas de la reforma procesal penal, y sus consiguientes discursos de campaña: de jubilosas alabanzas a críticas descarnadas. Unos alardean de las bondades de la nueva norma, vendiendo un discurso mágico sobre la supuesta eficacia autorrealizable del modelo acusatorio. Otros se escudan en la tradición y en la pretendida pureza de un derecho procesal penal que procede de la Francia de las luces.

Hay que cuidarse de estas posiciones radicalizadas. Es tan irracional defender a raja tabla una tradición procesal penal que no se amoldó a nuestra realidad, como hacer del Código Procesal Penal un dogma de fe. El hecho de que actualmente se promuevan reformas a esta novel pieza legal es un síntoma saludable, porque demuestra que, contrario al pasado, la preocupación por la mejoría de la justicia penal es un asunto que ha ganado espacio en el debate público. Pero que el populismo punitivo no sea el norte de las reformas de la reforma procesal penal. El compromiso, pues, tiene que ser claro: necesitamos una justicia penal más eficiente, que pueda dar respuestas contundentes de reacción al delito, no porque las garantías sean flexibles, sino porque las instituciones gocen de fortaleza institucional y capacidad operativa en situaciones de riesgo. Así, las garantías no sólo constituyen mecanismos de protección individual contra las agresiones e intromisiones del poder penal, sino que también funcionan como parámetros para mantener un control de calidad en la administración de justicia. El Código Procesal Penal es apenas la punta de una lanza cuyo objetivo final es el corazón de la cultura judicial.

Precisamente, uno de los problemas más arraigados en nuestra cultura jurídica es la desvinculación grosera de la ley con la realidad en que opera, un vicio estructural que parece remontarse a las leyes de indias de la época colonial y que pervive tras la idea de considerar el derecho como una superestructura inútil y desechable. Ello, indisolublemente unido al discurso mediático de que la reforma procesal penal ha sido *impuesta* por presiones (*externas*) de potencias neocolonizadoras, genera una fuerte resistencia cultural al cambio que pugna insistentemente por la contrarreforma.

Aunque no se puede modificar la cultura judicial sin cambiar las reglas del sistema procesal, el cambio de éstas no garantiza por sí sólo una transformación cultural inmediata. Las normas aspiran a modificar la realidad y, en consecuencia, la *práctica jurídica* —esto es, la actividad cotidiana de las instituciones y actores principales (jueces, fiscales, policías, defensores y abogados)— es el terreno donde cobra vida la constitucionalización del proceso penal. El reto es generar un entorno institucional que neutralice las prácticas inquisitivas que aún perviven en el sistema de justicia dominicano.

10 La Desconstitucionalización del Proceso

Al tiempo que en Europa se fraguaban profundas reformas (constitucionalizadas) en sus sistemas penales, con miras fortalecer el régimen de garantías de los ciudadanos en conflicto con la ley penal, casi sin solución de continuidad, en las últimas décadas fue surgiendo «una brusca inversión en las tendencias del contenido de las reformas»¹, destinadas a maximizar la capacidad represiva de las agencias penales, mediante la consiguiente degradación o flexibilización de los principios y garantías constitucionales, tanto penales como procesales, para hacer frente, en principio, a conductas delictivas de especial gravedad como el terrorismo y el narcotráfico. En América Latina, de su lado, en el contexto no democrático recientemente superado, la doctrina de la seguridad nacional se impuso, llevando al extremo las tendencias represivas para neutralizar los desafectos al régimen.

Se trata, en todo caso, de un conjunto de normas de emergencia o excepción que, inspiradas en la lógica de combate contra el crimen y guiadas por la razón de Estado, tienden a privilegiar las potestades de las agencias policiales en detrimento de los poderes de los órganos jurisdiccionales. La fuerza motriz que sustenta estas normas es la peligrosidad del agente, que es presupuestada *in abstracto*: el terrorista, el narcotraficante y, en general, todo individuo que no preste una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal adecuado para participar en el orden social constituido, no puede ser considerado ni tratado como persona o sujeto de derechos, sino como *enemigo*, en expresión de Jakobs².

Contra el enemigo se admite «un Derecho procesal-penal muy restrictivo en lo que concierne a los derechos de que dispone el autor [que] sustentan un número indeterminado de medidas de investigación caracterizadas todas ellas por la infracción de alguno de los principios constitucionales [del debido] procedimiento legal»³. Nada impide, sin embargo, que dichas normas, dictadas para una delincuencia concreta o, más exactamente, contra un tipo de delincuente, terminen aplicándose indiscriminadamente a todos los supuestos (*efecto de contagio*), produciendo una gradual *desconstitucionalización* del derecho procesal penal or-

1 Baratta y Silvernagl. La Legislación de Emergencia y el Pensamiento Jurídico Garantista, p. 564.

2 Jakobs, Derecho Penal del Enemigo, p. 29.

3 Portilla Contreras, Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo, p. 47.

dinario o común.

El «concepto de desconstitucionalización obliga recordar que el prefijo ‘des’ denota negación o inversión del significado de la palabra a la que es antepuesto. Por ende, aplicado a nuestro caso, implica negación o inversión de una constitucionalización»⁴. «Si hablamos de desconstitucionalización, lo que hacemos es renegar del logro obtenido o tomar realmente conciencia que nuestra Constitución se ‘ha quedado corta’ a los fines de transcurrir por los tiempos que corren, o ha sido vaciada de contenido»⁵. Pues, en definitiva, la desconstitucionalización acarrea un debilitamiento de la fuerza normativa de la Constitución, convirtiéndola en un corpus líquido o maleable, «en algo tan difícil de asir con la mano, como si fuera el mercurio... que no tiene formas permanentes sino que toma la forma del recipiente que lo contiene», y esta forma no siempre «ha correspondido con la calidad o la fórmula química [de su] contenido»⁶.

La desconstitucionalización del derecho procesal penal opera en la forma de un desmontaje o desvalorización constitucional. Los principios constitucionales del proceso han sido, no transformados, sino desformados, desvirtuados, pervertidos o desnaturalizados por prácticas e interpretaciones mutativistas y manipulativas, que en definitiva han supuesto una pérdida progresiva de su fuerza normativa. Se evidencia así, un tanto sutil unas veces y otras veces no tanto, que principios fundamentales como la presunción de inocencia, la no autoincriminación o la exclusión de pruebas ilegales, progresivamente están dejando de aplicarse con todas sus consecuencias en los procesos penales, por más que los operadores simulen que los están haciendo funcionar a pleno.

Así lo ha advertido Maier: «Pese a las reglas constitucionales clásicas», hoy *incrementadas* en cantidad, y especialmente *reforzadas* en cualidad, «el derecho procesal penal actual pretende, día a día con mayor énfasis, configurar un procedimiento de persecución penal con un sentido distinto de aquel histórico» que fuese legado por la Ilustración y madurado por un espacio temporal de casi dos siglos. «Antes bien, pretende edificar el procedimiento penal según la concepción de *combate* o *lucha contra el enemigo*, la llamada *criminalidad*, o, mejor aún, de *guerra contra el agresor*, esto es, según la idea de un procedimiento penal que no se lleva a cabo para castigar, en su caso, cuando estamos convencidos de que resulta justo y necesario, sino, antes bien, él resulta posterior al castigo y pretende llevarse a cabo para corroborar si, al castigar directa o inmediatamente, no nos hemos equivocado grandemente y darle una oportunidad al ya penado para redimirse»⁷.

Es necesario admitir sin embargo que la noción de enemigo no es nueva

4 Sagües, El Concepto de Desconstitucionalización, p. 7.

5 De Souza Bento, La observancia de las normas y vigencia de los derechos, p. 1.

6 Vanossi, De la Desconstitucionalización a la Re-Institucionalización Republicana, p. 3.

7 Maier, Constitución y Procedimiento Penal.

en nuestra tradición filosófica, político y jurídica, todo lo contrario, como ha dicho Zaffaroni, es «una rémora del pensamiento premoderno arrastrada contradictoriamente por la modernidad», que «no ha desaparecido nunca de la realidad operativa del poder punitivo ni de la teoría jurídico penal». Ella constituye «un elemento conceptual contradictorio dentro del Estado de derecho porque arrastra la semilla de su destrucción»⁸. Por ello, tal vez sin quererlo y sin saberlo, al legitimar el derecho penal y procesal penal del enemigo se hace el camino de retorno en dirección a la premodernidad, desatando la camisa de fuerza que ha estado conteniendo los furores del Estado de policía que invariablemente perviven (*inside the closet*) en todo Estado de derecho.

8 Zaffaroni, El Enemigo en el Derecho Penal, pp. 24-25.

11 Fuentes Consultadas

Autor No Identificado. Francia y la República Dominicana por los senderos de la reforma procesal penal. Revista Juicio al Proceso. Foro de Apoyo a la Reforma Procesal Penal. Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS). Santo Domingo, República Dominicana. Mayo-Junio 1999.

Autor No Identificado. La Constitucionalización del Derecho Administrativo Colombiano a partir de 1991. *Se utilizó una edición conseguida en la website: <http://robiadministrativo.blogspot.com/2005/06/la-constitucionalizacion-del-derecho.html> (15/09/2007).

Álvarez, Alejandro. El por qué y el cómo de la reforma de la justicia penal. Revista Juicio al Proceso. Foro de Apoyo a la Reforma Procesal Penal. Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS). Santo Domingo, República Dominicana. Marzo-Abril, 1999.

Álvarez, Federico C. La finalidad del recurso de casación. Santo Domingo, República Dominicana. 1967.

Aros Chia, Rodrigo Marcelo. La Constitucionalización del Derecho como un Principio General de Este. Ponencia presentada en las Trigésimo Séptimas Jornadas Chilenas de Derecho Público. Pontificia Universidad de Valparaíso. Chile. Noviembre, 2007. *Se utilizó una edición conseguida en la website: <http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias.htm> (28/12/2007).

Baratta, Alessandro y Silvernagl, Michael. La legislación de emergencia y el pensamiento jurídico garantista. Revista Doctrina Penal. Año 8. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1985. (Págs. 559-595). *Se utilizó una edición conseguida en la website: <http://neopanopticum.wordpress.com/category/autores/baratta-a> (10/12/2007).

Barreiros, José Antonio. La nueva Constitución procesal penal. (p. 722 y ss). Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Núms. 60-61. Abril-Septiembre de 1988. España. *Se utilizó una edición conseguida en la website: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=26976> (12/01/2008).

Binder, Alberto. Reforma de la justicia penal y constitucional: del programa político al programa científico. Revista Ciencias Penales, No. 16. Editada por la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. San José, Costa Rica. Mayo, 1999. *Se utilizó una edición conseguida en la website: <http://www.cienciaspenales.org/revista16.htm> (10/08/2007).

Binder, Alberto. Entre la democracia y la exclusión. La lucha por el derecho en una sociedad desigual. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). Buenos Aires, Argentina. *Se utilizó una edición conseguida en la website: <http://www.uca.edu.sv/facultad/chn/c1170/legali>

dad.html (10/11/2007).

- Binder, Alberto.** Introducción al derecho procesal penal. Segunda Edición. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina. 2002.
- Cea Egaña, José Luis.** La Justicia Constitucional y el Tribunal de la Constitución en Chile. Revista Derecho Valdivia). Volumen 12, No. 1. Chile. Agosto 2001 (Págs. 107-118). *Se utilizó una edición conseguida en la website: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0950200100100007&lng=es&nrm=iso (21/09/2007).
- Celotto, Alfonso.** Formas y modelos de justicia constitucional: un vistazo general. Extraído de *La Corte Constitucional*. *Se utilizó una edición conseguida en la website: <http://www.circulodoxa.org/documentos.htm> (15/10/2007).
- Damaska, Mirjan.** Aspectos globales de la reforma del proceso penal. Ponencia presentada en el Seminario *Reformas a la Justicia Penal en las Américas, organizado por la Fundación para el Debido Proceso Legal*. Washington DC. Noviembre, 1998. *Se utilizó una edición conseguida en la website: http://www.dplf.org/index.php?c_ID=162 (07/01/2008).
- De Souza Bento, Bibiana Alicia.** La observancia de las normas y vigencia de los derechos ante los procesos de desconstitucionalización e internacionalización de los derechos humanos. Ponencia pronunciada en el XVIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica Argentina. Paraná, Argentina. Septiembre 2007. *Se utilizó una edición conseguida en la website: <http://www.encuentroparana.com.ar/archivos/ponencia-49.pdf> (12/12/2007).
- Eser, Albin.** Una justicia penal a la medida del ser humano. Revista Ciencias Penales. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, No 15. San José, Costa Rica. Diciembre, 1998. *Se utilizó una edición conseguida en la website: <http://www.cienciaspenales.org/revista15.htm> (28/10/2007).
- Favoreu, Louis Joseph.** La constitucionalización del derecho. Revista Derecho Valdivia). Volumen 12, No. 1. Chile. Agosto 2001. (Págs. 31-43). *Se utilizó una edición conseguida en la website: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502001000100003&lng=es&nrm=iso (21/09/2007).
- Ferrajoli, Luigi.** Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal. Quinta Edición. Editorial Trotta, Madrid, España. 2005.
- Ferrajoli, Luigi.** Juspositivismo crítico y democracia constitucional. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Nº 16. Valencia, España. 2002. (Págs. 6-20) *Se utilizó una edición conseguida en la website: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/90250622101470717765679/index.htm> (22/09/2007).
- Foucault, Michel.** La verdad y las formas jurídicas. Traducido por Enrique Lynch. Sexta Reimpresión. Editorial Gedisa. Barcelona, España. 1999.
- García Aran, Mercedes.** Constitución y derecho Penal, veinte años después. En Arroyo Zapatero, Luis Alberto y Berdugo Gómez De La Torre, Ignacio (coords.): Homenaje al dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam". Vol. 1,

Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Madrid. España. 2001.

*Se utilizó una edición conseguida en la website: <http://www.uclm.es/aidp/pdf/barbero1/17.pdf> (15/09/2007).

García Pelayo, Manuel. Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho. Extraído de Obras Completas *Volumen II*. Publicado por el Centro de Estudios constitucionales. Madrid, España. *Se utilizó una edición conseguida en la website: http://cv.uoc.edu/~cv031_73_005_01_w01/estado.htm (15/09/2007).

Garita Vilchez, Ana Isabel. La Defensa Pública en América Latina desde la perspectiva del derecho procesal penal moderno. Editado por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD). San José, Costa Rica. 1991.

Gómez Colomer, Juan Luís. El fenómeno de la constitucionalización del proceso penal; su internacionalización. Extracto de Manual de Derecho Procesal Penal Nicaragüense. Obra conjunta con Tijerino Pacheco, José María, et al. Primera Edición. Editora Tirant lo Blanch. Valencia, España. 2005.

Gordillo, Agustín. Los Derechos Humanos en un mundo nuevamente en crisis y transformación. Extracto de Derechos Humanos. Editado por la Fundación de Derecho Administrativo. Quinta Edición. Buenos Aires, Argentina. 1999. *Se utilizó una edición conseguida en la website: <http://www.gordillo.com/DerHum.htm> (25/10/2007).

Grote, Rainer. Limitaciones para ley en la regulación de los derechos humanos en el Derecho europeo, con especial referencia al Derecho alemán. En WOISCHNIK, Jan (editor). Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2003. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, Uruguay.

Guastini, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En *Estudios de Teoría Constitucional*. Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (IJJ) de la Universidad Autónoma de México (UNAM). Fontamara. México D. F., México. 2001. *Se utilizó una edición conseguida en la website: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/22/11.pdf> (12/09/2007).

Hamilton, Alexander, MADISON, Santiago y JAY, John. El Federalista. Edición Digital. *Se utilizó una edición conseguida en la website: http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/federalista/presentacion.html (10/01/2008).

Jakobs, Günter. Derecho penal del enemigo. Publicación conjunta con CANSIO MELÍA, Manuel. Segunda Edición. Editorial Civitas. Madrid, España. 2006. *Se utilizó una edición conseguida en la website: http://www.usergioarbole-da.edu.co/postgrados/material_derecho_penal/DERECHOPENALDELENE-MIGO.doc (10/08/2007).

Jorge Prats, Eduardo. Derecho constitucional. Volumen I. Primera Edición. Editora Gaceta Judicial. Santo Domingo, República Dominicana. 2003.

Jorge Prats, Eduardo. Derecho constitucional. Volumen II. Primera Edición. Editora Gaceta Judicial. Santo Domingo, República Dominicana. 2005.

Jorge Prats, Eduardo. Francia. Artículo de Opinión. Periódico El Caribe. Santo Domingo, República Dominicana. Martes 21 de Diciembre del 2004.

- Kelsen, Hans.** Teoría Pura del Derecho. Traducción de la Segunda. Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (IJJ) de la Universidad Autónoma de México (UNAM). México D. F., México. 1980.
- Le Brazidek, Gwéanël.** René Capitant y Carl Schmitt frente al parlamentarismo: de Weimar a la Quinta República. Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 6, enero-junio 2002. Editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (IJJ) de la Universidad Autónoma de México (UNAM), México D. F., México. (Págs. 73-106). *Se utilizó una edición conseguida en la website: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=cconst&n=6> (18/09/2007).
- Lassalle, Ferdinand.** ¿Qué es una Constitución? Edición Digital. 2005. *Se utilizó una edición conseguida en la website: http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/lassalle/caratula.html (18/10/2007).
- López Mesa, Marcelo J.** Nuevas pautas de interpretación constitucional: La interpretación evolutiva o dinámica y los resultados efectivos de la decisión como pautas de análisis de la Constitución. Disertación en Congreso Patagónico de Derecho Constitucional. Santa Rosa, Provincia de La Pampa, Argentina. Días 11 y 12 de Mayo de 2000. *Se utilizó una edición conseguida en la website: http://www.eft.com.ar/doctrina/temas_ponencias/index.htm (20/12/2007).
- Maier Julio.** Constitución y procedimiento penal. Ponencia pronunciada en el III Encuentro Internacional - Justicia y Derecho. Cuba. Mayo 2006. *Se utilizó una edición conseguida en la Website: Http://Www.Tsp.Cu/Archivos/Ponencias_Jyd.Html (20/10/2007).
- Maier, Julio.** Derecho procesal penal. Tomo I. Segunda Edición, Primera Reimpresión. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina. 1999.
- Martin Pallin, José Antonio.** Un proceso penal para una sociedad democrática. Artículo publicado de la sección Sociedad del Periódico "El País". Madrid, España. Edición del 22 de Julio de 1988.
- Martínez Rincones, J. F.** El proceso penal y la persona humana. Revista Ciencias Penales, No. 8. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. San José, Costa Rica. Marzo, 1994. *Se utilizó una edición conseguida en la website: <http://www.cienciaspenales.org/revista8.htm> (10/08/2007).
- Montero Arca, Juan.** Derecho procesal penal en el siglo XX. En Autores Varios. La Ciencia del Derecho Durante el Siglo XX. Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (IJJ) de la Universidad Autónoma de México (UNAM). México D. F., México. 1998 (Págs. 437-499). *Se utilizó una edición conseguida en la website: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=114> (13/12/2007).
- Montesquieu.** Del Espíritu de las Leyes. Edición Digital. 2006. *Se utilizó una edición conseguida en la website: http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/montesquieu/caratula.html (22/11/2007).
- Muñoz Conde, Francisco.** De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo". Primera Edición. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina. 2005.

- Olivares Grullón, Félix Damián y Núñez Núñez, Ramón Emilio.** Código Procesal Penal Concordado. Primera Edición. Ediciones Jurídicas Trajano Potentini. Santo Domingo, República Dominicana. 2003.
- Pellerano Gómez, Juan Manuel.** Constitución y Política. Primera Edición. Ediciones Capeldom. Santo Domingo, República Dominicana. 1990.
- Pellerano Gómez, Juan Manuel, Del Castillo Morales, Luis, Y Herrera Pellerano, Hipólito.** Derecho Procesal Penal. Tomo I. Ediciones Capeldom. Tercera Edición. Santo Domingo, República Dominicana. 2000.
- Pellerano Gómez, Juan Manuel.** La constitucionalización del Proceso. *Estudios Jurídicos*. Volumen 7, N° 2. Ediciones Capeldom. Santo Domingo, República Dominicana. 1997. *Se usó una versión mimeografiada.
- Portilla Contreras, Guillermo.** Fundamentos teóricos del Derecho Penal y Procesal Penal del enemigo. Revista Jueces para la democracia. No. 49. Madrid, España. Marzo 2004. (Págs. 43-50). *Se utilizó una edición conseguida en la website: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=839233> (20/10/2007).
- Radbruch, Gustav.** El hombre en el derecho. *Se utilizó una edición conseguida en la website: <http://www.salvador.edu.ar/juri/apuntes/Uncal-%20Filosofia%20del%20D/Radbruch.pdf> (23/09/2007).
- Rivero Sánchez, Juan Marcos.** Proceso, Democracia y Humanización. Revista Ciencias Penales, No. 13. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. San José, Costa Rica. Agosto, 1997. *Se utilizó una edición conseguida en la website: <http://www.cienciaspenales.org/revista13.htm> (10/08/2007).
- Rodríguez Gómez, Cristóbal.** Los Derechos Fundamentales en la Génesis del Constitucionalismo Dominicano. *Se utilizó una edición conseguida en la website: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/n2CRG.pdf> (08/01/2007).
- Romero Moreno, Fernando.** El Constitucionalismo Liberal. Jornadas de Derecho Natural. III Nacionales y I Iberoamericanas. Centro de Estudios Universitarios del Rosario. Argentina. *Se utilizó una edición conseguida en la website: http://www2.uca.edu.ar/esp/sec-fderecho-par/esp/docs-extension/jornadas/der-nat/politica/Romero_Moreno_1.pdf (9/12/2007).
- Rousseau, Jean Jacques.** El Contrato Social. Edición Digital. 2005. *Se utilizó una edición conseguida en la website: http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/politica/contrato/caratula.html (20/11/2007)
- Sagües, Néstor Pedro.** El Concepto de desconstitucionalización. Ponencia pronunciada en el XVIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica Argentina. Paraná, Argentina. Septiembre 2007. *Se utilizó una edición conseguida en la website: <http://www.encuentroparana.com.ar/archivos/ponencia-01.pdf> (12/12/2007).
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso.** La Constitución un concepto polémico y cambiante. Extracto de Fundamentos de Derecho Administrativo. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A. Madrid, España. 1988. *Se utilizó una edición conseguida en la website: http://cv.uoc.edu/~cv031_73_005_01_w01/const.htm (15/09/2007).

- Subero Isa, Jorge**, et al. La Constitución de la República Dominicana Comentada por Jueces del Poder Judicial. Primera Edición. Santo Domingo, República Dominicana. 2007.
- Tiedemann, Klaus**. Constitución y derecho penal. Derecho Penal (Revista Digital). Lima, Perú. *Se utilizó una edición conseguida en la website: <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Tiedemann3.pdf> (22/09/2007).
- Tiedemann, Klaus**. La constitucionalización de la materia penal en Alemania. Anuario de Derecho Penal, Lima, Perú, 1994. *Se utilizó una edición conseguida en la website: <Http://Www.Unifr.Ch/Derechopenal/Anuario/94/Tiedemann94.Pdf> (22/09/2007).
- Troper, Michel**. La máquina y la norma. Dos modelos de Constitución. DOXA. Publicaciones Periódicas, No. 22. Valencia, España. 1999. *Se utilizó una edición conseguida en la website: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12826207572393734198846/index.htm> (20/12/2007).
- Vanossi, Jorge Reinaldo**. De la desconstitucionalización a la reinstitucionalización republicana. Ponencia pronunciada en el XVIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica Argentina. Paraná, Argentina. Septiembre 2007. *Se utilizó una edición conseguida en la website. *Se utilizó una edición conseguida en la website: http://www.vanossi.com.ar/publicaciones/ensayos/3_10_07con.doc (12/14/2007).
- Vázquez Rossi, Jorge Eduardo**. La defensa penal. Segunda Edición. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, Argentina. 1990.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl**, et al. Derecho penal. Parte general. Segunda Edición. Ediar. Buenos Aires, Argentina. 2002.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl**. El enemigo en el derecho penal. Primera Edición. Editorial Dykinson. Madrid, España. 2006.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl**. Estructuras Judiciales. Edición especial. Editado por el Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia (CAR-MJ). Santo Domingo, República Dominicana. 2007.

12 Sentencias Citadas

Suprema Corte De Justicia De La República Dominicana.

Pleno. Sentencia Constitucional de 14 de abril de 2003

Pleno. Resolución 1920 de 13 de noviembre de 2003.

Cámara Penal. Casación de 11 de agosto de 2004.

Pleno. Sentencia constitucional de 9 de febrero de 2005.

Corte Suprema De La Nación Argentina. Caso Martínez Areco, Ernesto s/ causa N° 3792. Sentencia de 25 de octubre de 2005.

Corte Constitucional De Colombia. Sentencia C-248/04, 16 de marzo de 2004. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Suprema De Justicia De El Salvador. Sala de lo Constitucional. Causa 15-96 Ac y Decreto Legislativo No 668. Sentencia de 14 de febrero de 1997.

Tribunal Constitucional De Perú. Sentencia N° 0001, de 15 de diciembre de 2006.

Tribunal Supremo De Justicia De Venezuela. Sala Político-Administrativa. Sentencia N° 00124, 13 de febrero de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Hadel Mostafá Paolini.

Este texto se terminó de imprimir en febrero del año 2008
con una tirada de 500 ejemplares,
en los talleres de Editora Taína
Santo Domingo, República Dominicana.

