

**“CONVENIENCIA DE COMPLEMENTAR EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DIFUSO
CON EL CONTROL CONCENTRADO”**

**Autoras:
Agreste, María Mercedes
Alonso, María Victoria**

Jóvenes graduados UBA

I.- INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es que analicemos si nuestro actual sistema de control de constitucionalidad, aplicado en el ámbito de las garantías constitucionales del proceso penal, es el mejor que podemos tener.

Es sobradamente sabido que nuestro sistema de control de constitucionalidad es difuso, esto es, que todos los jueces de cualquier fuero y jurisdicción pueden ejercerlo y, eventualmente, declarar la inconstitucionalidad de una ley o acto estatal de contenido normativo, con efectos *inter partes*, para el caso concreto. La consecuencia de esta declaración será la no aplicación de la norma considerada inconstitucional en ese caso.

Ahora bien, claramente éste no es el único sistema de control de constitucionalidad existente, lo cual sabemos a poco de echar una mirada sobre el derecho comparado. A los fines de evaluar si el sistema de control de constitucionalidad difuso es el mejor en el marco jurídico y sociológico de nuestro país, se hace necesario examinar cuáles son los elementos que caracterizan otros sistemas, y eventualmente las ventajas y desventajas que presentan. Ello, con el objeto de establecer en primer lugar, si resulta posible introducir alguna modificación en nuestro actual sistema de control de constitucionalidad, y en segundo lugar, si tales cambios redundarían en beneficios para nuestro sistema jurídico o si, por el contrario, lo harían menos eficiente.

No podemos olvidar que todo nuestro análisis debe estar marcado por la idea rectora de que el fin último perseguido dentro de un Estado de Derecho es la dignidad de la persona humana. Y es en este aspecto donde cobra importancia la plena vigencia de las garantías constitucionales del proceso penal, toda vez que es preciso evitar todo

abuso que viole precisamente esa dignidad. Un auténtico Estado de Derecho es justamente aquel en el que se establecen los procedimientos jurídicos y constitucionales para “limitar” y “controlar” los posibles excesos del poder estatal. Las garantías constitucionales del proceso penal, reconocidas en la Norma Fundamental, son uno de los instrumentos más importantes para evitar los excesos del poder estatal y asegurar la dignidad de la persona humana, por lo que es importante asegurar el pleno respeto de las mismas a través de un control de constitucionalidad eficiente.

II.- SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Antes de comenzar con el desarrollo del tema que nos ocupa, cabe formular una aclaración. Cuando hablamos de control de constitucionalidad, partimos de la base de un control “judicial” de constitucionalidad, es decir, atribuido al Poder Judicial. Ello sin perjuicio de compartir la opinión de Sagües, en el sentido de que cuando los entes jurisdiccionales actúan como órganos de control constitucional, están desarrollando una notoria actividad política, de control sobre los demás poderes.¹ En el mismo orden de ideas, señala Ricardo Haro que *“cuando los jueces ejercen el control de constitucionalidad, evidentemente están asumiendo un control jurídico, pero de profundas connotaciones políticas.”*²

Tradicionalmente, se suelen contraponer dos grandes sistemas de control judicial de constitucionalidad: el sistema difuso o norteamericano (en virtud de su creación pretoriana en los Estados Unidos), y el sistema concentrado o europeo- kelseniano (así conocido por haber sido su creador el jurista vienés y por ser el sistema utilizado en los países del viejo continente).

Ambos están inspirados en el principio de supremacía constitucional, pero se diferencian por la forma en la que garantizan la real vigencia de ese principio.

Sin perjuicio de esta primera gran distinción, es necesario aclarar que existe una clara tendencia a la desaparición de estos sistemas en su estructura “pura”. Conforme señala Fernández Segado, existe actualmente un quiebre en la bipolaridad “sistema americano-sistema europeo”, marcada por la incorporación por parte de ambos sistemas de elementos del otro, dando lugar a la *“mixtura e hibridación de modelos, que se ha unido al proceso preexistente de progresiva convergencia entre los elementos de los dos antaño tradicionales sistemas de control de constitucionalidad”*³.

Claro ejemplo de esta “hibridación y mixtura” de modelos a la que hace referencia Fernández Segado es el caso de América Latina, donde la gran mayoría de

¹ Sagües, Nestor P., Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario, Tomo I, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1992, pág. 43.

² Haro, Ricardo, “Control de Constitucionalidad”, Buenos Aires, Ed. Zavalia, 2003, pag. 252.

³ Conf. Francisco Fernández Segado, “La jurisdicción constitucional ante el Siglo XXI (La quiebra de la bipolaridad “sistema americano - sistema europeo-kelseniano” y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad)”, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2002, Volumen XLI.

los países han adoptado un sistema de control de constitucionalidad mixto o integrado, donde coexisten el control difuso y el control concentrado, operando en forma paralela.

En efecto, Argentina es el único país de América Latina que sigue fielmente el modelo estadounidense, y conserva un sistema de control de constitucionalidad exclusivamente difuso, lo cual no nos parece un dato menor. Ello en virtud de que los restantes países, con quienes nuestro país comparte una misma tradición jurídica, marcada por la tradición del *civil law* por un lado y el constitucionalismo norteamericano por otro; han desarrollado un sistema de control de constitucionalidad mixto. Esto no significa que nuestro país deba necesariamente seguir ese camino, pero es un elemento que no podemos dejar de tener en cuenta, y que debemos al menos preguntarnos porqué nuestro país sigue siendo el único en América Latina que conserva un control de constitucionalidad exclusivamente difuso.

Hechas las aclaraciones precedentes, delinearemos ahora las características más importantes de ambos sistemas, señalando las distintas variables en que es posible encontrarlos.

Luego, analizaremos cómo funciona nuestro actual sistema en el marco de las garantías constitucionales del proceso penal y, en última instancia, si sería conveniente introducir alguna modificación en el mismo, ya sea incorporando elementos del sistema concentrado o tendiendo a la implantación de un sistema mixto o puramente concentrado.

Desde ya, adelantamos que propiciamos la incorporación de ciertos elementos característicos del sistema concentrado, pero no la incorporación lisa y llana de ese sistema en reemplazo del actual, ya que implicaría un cambio estructural imposible de llevar a cabo en la práctica. Es decir, que partimos de la base de que debemos conservar el sistema de control de constitucionalidad difuso, incorporando algunos cambios estructurales que permitan, en forma paralela al mismo, el **ejercicio de un control de constitucionalidad concentrado en un órgano especializado**.

II.1.- El sistema difuso o norteamericano de control de constitucionalidad

En el sistema de control de constitucionalidad difuso todos los tribunales de cualquier grado, fuero y jurisdicción tienen el deber-facultad de analizar la constitucionalidad de las normas aplicables a los casos que son llevados a su conocimiento.

Tal sistema tiene su origen en el constitucionalismo norteamericano, y se deriva del principio de supremacía de la Constitución consagrado en la Carta Fundamental de dicho país, principio que implica reconocer a la Constitución como norma fundamental del Estado, otorgándole el valor de ley suprema por encima del resto de las normas del ordenamiento jurídico. Es en garantía de este principio fundamental que se ha desarrollado la noción de control judicial de constitucionalidad (“*judicial review*”), que ningún doctrinario duda en reconocer como el gran aporte del constitucionalismo norteamericano a la ciencia jurídica.

El poder de los tribunales de ejercer el control de constitucionalidad no se encuentra expresamente reconocido en el texto de la Constitución de Estados Unidos, sino que el control de constitucionalidad difuso se desarrolló como una creación pretoriana de la Corte de dicho país, a partir del célebre caso “*Marbury vs. Madison*”. La explicación del surgimiento de la “*judicial review*” la encontramos en el hecho de que, a diferencia de lo que sucede en Europa, en Estados Unidos el Parlamento no es visto como el órgano representante de la soberanía popular. Muy por el contrario, en Estados Unidos el Parlamento es visto como un órgano lejano y opresor, razón por la cual decidieron otorgar supremacía a la Constitución, y la función de garantizar esa supremacía al Poder Judicial. Este último tiene entonces la función de asegurar el respeto de la voluntad del pueblo, reflejada en la Constitución, por lo que cuando el Poder Legislativo dicta leyes contrarias a dicha norma fundamental, los jueces no pueden aplicarlas.

El sistema norteamericano influenció la mayor parte de los países latinoamericanos, entre ellos Argentina, que es uno de los que mantiene más fielmente el modelo original.

Dejando de lado el caso estadounidense y el argentino, al que nos referiremos más adelante, en el resto de los países de América Latina el poder de control de constitucionalidad en cabeza de los jueces se encuentra establecido expresamente en el derecho positivo, ya sea en normas de rango constitucional o legal. Asimismo, se

diferencian del sistema norteamericano porque la mayoría de los países, a excepción de Argentina, han adoptado, desde un principio o gradualmente, un sistema mixto o integrado de control de constitucionalidad, tal como explicaremos después.

Veamos ahora las notas fundamentales del sistema de control de constitucionalidad difuso, en su estructura “pura”.

✓ **Carácter incidental:** El control sólo puede efectuarse en un caso en concreto, en el cual el planteo de inconstitucionalidad no es ni el objeto del proceso ni el asunto principal del mismo. No puede considerarse en abstracto la constitucionalidad o no de una ley, sino que siempre deberá hacerse dentro de un proceso ante un tribunal, en cualquier materia, y cuando tal análisis sea necesario para la resolución del caso.

✓ **Efectos *inter partes*:** La eventual declaración de inconstitucionalidad sólo tiene efectos para las partes del proceso. Esta característica es consecuencia del carácter incidental. La ley no es invalidada, por lo que continúa vigente y resulta plenamente aplicable en otros casos.

✓ **Efectos declarativos:** La decisión que declara la inconstitucionalidad de una ley tiene efectos declarativos, la ley es para el caso inconstitucional desde su dictado, por lo que la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos retroactivos, se la considera nula *ab initio*.

El principal inconveniente que presenta el sistema de control de constitucionalidad difuso es la incertidumbre generada por la ausencia de uniformidad en las decisiones judiciales. Existen sin embargo distintos métodos correctivos de esta circunstancia, uno de los cuales es sin duda la “regla del precedente” o *stare decisis*, característica de los sistemas jurídicos del *common law*. El problema se da en los países de tradición romano – germánica, en los que los tribunales no se hallan vinculados por la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales superiores.

II.2.- El sistema concentrado o europeo de control de constitucionalidad

El sistema concentrado se caracteriza porque se confiere a un solo órgano estatal especializado la facultad de actuar como juez constitucional, generalmente respecto de ciertos actos estatales y en general con potestad para anularlos.

Como explicamos en el apartado anterior, la idea de control judicial de constitucionalidad es una creación del derecho norteamericano. La recepción en Europa

del sistema de justicia constitucional, tiene lugar en la primera posguerra. A partir de las ideas de Kelsen, la Constitución Austríaca de 1920, diseña un nuevo modelo de control de constitucionalidad, que va a ser tomado como modelo para todo el constitucionalismo de la primera posguerra, en el que se atribuye a un órgano *ad hoc*, el Tribunal Constitucional, la facultad exclusiva de ejercer el control de constitucionalidad. Pero esta no es la única diferencia con el modelo estadounidense.

En la concepción original del sistema concentrado, el Tribunal Constitucional se encuentra apartado de la organización judicial y no tiene funciones propiamente jurisdiccionales. Existe un deslinde entre la función jurisdiccional ordinaria y la función jurisdiccional de control de constitucionalidad, ejercida por un Tribunal Constitucional fuera del Poder Judicial. Este deslinde se encuentra justificado en la desconfianza hacia los jueces y la necesidad de evitar un “gobierno de los jueces”. El Tribunal Constitucional es entonces concebido con la naturaleza de un legislador “negativo”, reforzando y complementando al Parlamento en lugar de controlarlo. Si la norma es creada con carácter general, la anulación de la misma debe tener el mismo carácter de generalidad, y es en este sentido un acto de legislación negativa.

Es principalmente en estos presupuestos histórico-políticos e ideológicos que marcan el origen de ambos sistemas, y en el carácter de “legislador negativo” que adquiere el Tribunal Constitucional en el sistema concentrado original donde radica la mayor contraposición con el sistema difuso. Mientras el sistema norteamericano encuentra su razón de ser en la voluntad de establecer la supremacía del Poder Judicial, especialmente sobre el Poder Legislativo; el sistema kelseniano representa un acto de desconfianza hacia los jueces, a quienes se identifica con la aristocracia y el autoritarismo, por lo que se intenta reestablecer la supremacía del Parlamento⁴. Esto se entiende en virtud de que en Europa los jueces son vistos como “servidores” del Monarca, y es el Parlamento, como órgano representativo del pueblo, quien tiene la tarea de liberación, siendo la ley la expresión pura de la voluntad general.

A partir de la Segunda Posguerra, esta concepción cambia, principalmente frente al horror derivado de los regímenes totalitarios nazis y fascistas, a partir de lo cual se toma conciencia de que el legislador puede ser una amenaza para las libertades. A partir

⁴ Francisco Fernández Segado, “La jurisdicción constitucional ante el Siglo XXI (La quiebra de la bipolaridad “sistema americano - sistema europeo-kelseniano” y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad)”, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2002, Volumen XLI, pags. 48 y 49.

de allí comienza a diseñarse también en Europa un mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes orientado a precaver los efectos de una legislación arbitraria y vulneradora de derechos y libertades. Esto va unido a una concepción de la Constitución muy similar a la norteamericana, configurándose los Tribunales Constitucionales como una verdadera jurisdicción mas que como un “legislador negativo” en la idea original kelseniana.

A diferencia del método difuso, no puede desarrollarse como una creación pretoriana, sino que debe ser expresamente establecido por las normas constitucionales, por las potestades anulatorias que se conceden.

El sistema de control de constitucionalidad concentrado presentan en su aplicación práctica diversas variantes. Así, puede funcionar en forma exclusiva o en forma concurrente con el método difuso; puede ser atribuido a la Corte Suprema del país o a un Tribunal Constitucional especialmente creado al efecto (un caso excepcional es el de Chile donde el control de constitucionalidad es atribuido exclusivamente a la Corte Suprema y al Tribunal Constitucional en forma paralela); puede ser preventivo -previo a la sanción de la ley- o reparador -posterior a su entrada en vigencia-, o incluso ambos; puede ejercerse por vía principal y/o por vía incidental, puede tratarse de una acción popular o sometida a condiciones particulares de legitimación.

Sin perjuicio de ello, pueden señalarse sus características básicas:

✓ Carácter principal: el control de constitucionalidad puede efectuarse en abstracto, es decir a través de una acción directa de inconstitucionalidad, cuyo objeto principal sea únicamente examinar la validez constitucional de una norma en abstracto, sin exigencia de un caso en concreto.

Sin perjuicio de ello es necesario señalar que en aquellos países que tienen un sistema exclusivamente concentrado (Austria, Alemania, Italia, España, Panamá, Honduras, Uruguay), el control también puede tener carácter incidental, es decir, plantearse la validez constitucional de una norma que debe ser aplicada en un caso en concreto. En este caso, el tribunal interviniente debe remitir el expediente al Tribunal Constitucional u órgano facultado del control de constitucionalidad, a fin de que resuelva la cuestión constitucional planteada.

✓ Efectos *erga omnes*: Cuando el control concentrado se ejerce mediante una acción directa, sin conexión con un caso en concreto, tendrá efectos *erga omnes*, precisamente por que no hay “partes” propiamente dichas. Lo mismo sucede cuando el control de constitucionalidad tiene carácter incidental, en los países con un sistema

exclusivamente concentrado, ya que la decisión se limita a una cuestión de derecho. Excepcionalmente, puede tener efectos inter partes, lo que sucede en aquellos países en los cuales la acción de inconstitucionalidad sólo puede ser ejercida por quien alegue un interés personal y directo (como es el caso de Uruguay, Paraguay y Honduras).

✓ Efectos constitutivos: El principio general es que en el control de constitucionalidad concentrado, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma tiene efectos constitutivos, esto es, *ex nunc*, hacia el futuro y no retroactivos. Esto significa que la ley es válida hasta tanto sea declarada inconstitucional por el órgano facultado para ejercer el control de constitucionalidad.

Una de las principales ventajas que suele señalarse respecto del sistema concentrado es el criterio unívoco respecto de la constitucionalidad de las normas, lo cual genera seguridad jurídica, ya que toda norma es válida hasta tanto sea declarada inconstitucional por el órgano con competencia para hacerlo. A partir de ese momento, la norma deja de tener vigencia en el ordenamiento jurídico, con efectos erga omnes. También se señala la mayor especialización del órgano encargado de ejercer el control.

II.3.- Sistemas mixtos de control de constitucionalidad

Es común que los dos sistemas precedentemente descriptos tiendan a converger, generando un sistema integrado o mixto. Esto es lo que sucede en la mayor parte de los países de América Latina, en los cuales funcionan en forma paralela el control difuso y el control concentrado de constitucionalidad. Esto significa que cualquier órgano jurisdiccional, en oportunidad de resolver un conflicto en el marco de un proceso en concreto, puede declarar la inconstitucionalidad de la norma aplicable al caso. Esta declaración de inconstitucionalidad mantiene las características propias del sistema difuso, siguiendo el modelo estadounidense.

Pero existe a la vez un control concentrado, que puede ser ejercido por un Tribunal Constitucional en el ámbito del Poder Judicial (como en el caso de Colombia, Guatemala, Bolivia y Ecuador) o fuera de él (Perú y Chile) o por la misma Corte Suprema (Venezuela, Brasil, México) o una Sala de la misma (Costa Rica, El Salvador), por vía de una acción directa de inconstitucionalidad cuyo objeto es únicamente la verificación de la compatibilidad o incompatibilidad de la norma con la Constitución.

Por lo general las sentencias dictadas en el marco de este tipo de control tendrán efectos *erga omnes* y vinculantes para todos los órganos judiciales.

En sus distintas variantes, el sistema mixto admite distintos grados de legitimación a los efectos de instar el control concentrado de constitucionalidad. En algunos países la legitimación está limitada a determinados funcionarios (Ecuador, Guatemala, Bolivia, Brasil), mientras que en otros se trata de una acción popular (Venezuela, Colombia, El Salvador, Nicaragua).⁵

II.4.- Breves referencias sobre el control de constitucionalidad en la Argentina

La Argentina sigue, sin modificación sustancial, el sistema estadounidense. Tal como sucede en ese país, el control judicial de la constitucionalidad de las leyes no surge expresamente del texto de la Constitución, pero puede derivarse de los arts. 30 (carácter rígido de la Constitución), 31 (principio de supremacía constitucional), y 100 (competencia de la Corte Suprema y Tribunales inferiores en todas aquellas causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución) de la Constitución Nacional.

El reconocimiento de la facultad de los jueces de ejercer el control de constitucionalidad también tuvo su origen, como en el caso de los Estados Unidos, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del caso “Sojo”.

El control de constitucionalidad en la Argentina es difuso, no existe un órgano “especializado” en la cuestión constitucional, sino que a todos los jueces corresponde examinar la validez constitucional de las normas que aplican para resolver las cuestiones que les son planteadas. A ello cabe agregar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la facultad de ejercer ese control de oficio, esto es, sin necesidad de que alguna de las partes haya formulado el planteo de inconstitucionalidad de la norma (Fallos “Mill de Pereyra” y “Banco Comercial de Finanzas”).

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que algunas provincias han incorporado un sistema mixto de control de constitucionalidad (Tucumán, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, etc).

⁵ Para un mayor análisis de las distintas variantes que presenta el sistema de control de constitucionalidad concentrado en América Latina, véase Allan R. Brewer-Carias, “La jurisdicción constitucional en América Latina” en “La jurisdicción constitucional en Iberoamérica”, García Belaunde- Fernández Segado (coord.), Madrid, ed. Dykinson, 1997

III. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL

Luego de haber expuesto las características de los distintos sistemas de control de constitucionalidad, expondremos lo atinente a las garantías constitucionales del proceso penal. Desde ya adelantamos que, el tratamiento del dicho tema es acotado a la cuestión que nos ocupa. Para ello, hemos decidido comenzar expresando la importancia que las mismas merecen para poder comprender mejor el planteo de nuestra hipótesis de trabajo.

Con la creación del Estado de Derecho, se consagran derechos y garantías que intentan proteger a los individuos frente a la utilización arbitraria del poder penal del Estado. Esos derechos y garantías conforman la base política de orientación para la regulación del Derecho penal del Estado.

La necesidad de que el Estado democrático vele por el respeto y protección de los derechos fundamentales obliga a que en la Constitución sean definidos los límites en el ejercicio del poder estatal. En el proceso penal esta necesidad se hace aún más imperiosa. Es por eso, que en la Constitución Nacional se fijan las reglas mínimas de un debido proceso penal, o como lo afirma Alberto Binder, un diseño constitucional del proceso penal.

El análisis de las garantías constitucionales adquiere suma importancia en su desarrollo a la luz del proceso penal, por ser el derecho punitivo el ámbito de mayor exposición del individuo al poder.

En palabras de Bidart Campos, “... *las garantías constitucionales son un conjunto de seguridades jurídico-institucionales deparadas al hombre. Existen frente al Estado, son medios que aseguran la vigencia de los derechos*”.⁶

Asimismo, sostiene Luis Ferrajoli que mientras las garantías penales o sustanciales subordinan la pena a los presupuestos sustanciales del delito (lesión, acción típica y culpabilidad), las garantías procesales o instrumentales permiten la efectividad de esas garantías en tanto se afirme la presunción de inocencia, la separación entre acusación y juez, la carga de la prueba y el derecho del acusado a la defensa.

⁶ BIDART CAMPOS, GERMÁN, “Manual de la Constitución Reformada”, t. II, Editorial Ediar, 1998.

Para evitar los desbordes autoritarios del poder estatal y al mismo tiempo, equiparar la desigualdad en la que se encuentra el individuo, se inviste al mismo de las garantías de origen constitucional.

Las garantías buscan asegurar que ninguna persona pueda ser privada de defender su derecho vulnerado y reclamar su reparación como así también que ninguna persona pueda ser sometida por el Estado, y en especial por los tribunales, a un procedimiento arbitrario. “ *La justificación de los métodos para averiguar la verdad depende de la observancia de las reglas jurídicas que regulan cómo se incorpora válidamente conocimiento al proceso, de manera tan que no todos los métodos están permitidos y que a los autorizados se los debe practicar según la disciplina de la ley procesal*”.⁷

Tal como manifestó Alejandro Carrió “... valores como los establecidos en la sección declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional deben ser firmemente respetados en forma prioritaria. De lo contrario habremos convertido a nuestro país, tal vez, en un lugar con bajos índices de criminalidad, pero a costa de hallarnos todos los habitantes a merced de la arbitrariedad, la fuerza y la opresión...”⁸

Todas las garantías constitucionales se ponen en acto desde el momento en que una persona es indicada como autor o partícipe de un hecho punible ante autoridad competente, ya que desde ese momento peligra su seguridad individual en relación a la aplicación del poder penal.

Así, de la armonización entre el Derecho Penal y el Derecho Constitucional, se deriva la necesidad de que los institutos procesales penales deberán respetar el ordenamiento constitucional.

¿Es entonces suficiente el control de constitucionalidad difuso para garantizar la efectiva vigencia y respeto de las garantías constitucionales del proceso penal?

⁷ Comisión I.D.H. Informe Nro. 1/95, Caso 11.006.

⁸ Carrió, Alejandro D., “Garantías Constitucionales en el proceso penal”, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.

IV. DESARROLLO DE LA HIPÓTESIS

En nuestro país el Poder Judicial es el encargado de ejercer el control de constitucionalidad, esto es, asegurar la primacía de la Constitución. En particular, como señala Carrió, es nuestra Corte Suprema de Justicia “*el supremo custodio de las garantías individuales*”⁹.

En el marco de un procedimiento penal, los individuos se encuentran en una situación de indefensión frente al poder ejercido por los órganos del Estado. Es en esas situaciones y en caso de que se presenten lesiones a derechos constitucionales o no respeto de las garantías, donde el Poder Judicial debe actuar para salvar esas irregularidades y velar así por el respeto de los principios establecidos en la Constitución. Del conjunto de esos derechos y principios se deriva un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, como a los límites de los poderes públicos. Estos procedimientos se llevan a cabo según lo pautado por las leyes reglamentarias en la materia, que no son otra cosa que reglamentación de lo establecido en nuestra Constitución Nacional. Así, el proceso debe desarrollarse dentro del marco establecido en aquella.

En la mayor parte de los casos las lesiones a las garantías constitucionalmente reconocidas provienen del actuar de organismos del Estado, como por ejemplo las fuerzas de seguridad. Coincidimos en que “*la administración de justicia penal de nuestros países, en general, es una fuente de violación sistemática de los más fundamentales derechos humanos reconocidos en los textos constitucionales y en los instrumentos internacionales*”¹⁰. Sin embargo, también puede ocurrir que las leyes reglamentarias sean violatorias de esas mismas garantías. En estos casos, es el órgano legislativo quien incurre en el quebrantamiento de las garantías reconocidas al individuo por la ley suprema. Y como dijimos anteriormente, tanto en uno como en otro caso, corresponde al Poder Judicial subsanar esta violación. En el primer caso lo hará aplicando el régimen de nulidades procesales previsto en el derecho procesal penal, anulando todo aquel acto procesal producido en violación a las garantías

⁹ Carrió, Alejandro D., “Garantías Constitucionales en el proceso penal”, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.

¹⁰ Bovino, Alberto, “Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo”, Buenos Aires, del Puerto, 1998.

constitucionales, mientras que en el segundo, lo hará declarando para el caso en particular, la inconstitucionalidad de la ley reglamentaria. En este último caso, dicha ley no resultará aplicable en el caso concreto.

A partir de esta situación, comenzaremos a analizar las consecuencias que trae este sistema de control en ámbito de las garantías que rigen nuestro proceso penal y la ausencia de un control que tenga efectos *erga omnes*.

Más allá de que todos los tribunales de cualquier instancia puedan declarar la inconstitucionalidad de una norma, como ya intentamos expresar anteriormente, es la Corte Suprema quien ejerce prioritaria y finalmente dicha función. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el sistema norteamericano, donde los tribunales deben respetar sus precedentes y los fallos de los órganos jurisdiccionales superiores en virtud de la regla del *stare decisis*, en nuestro país no existe tal exigencia. Ello se debe a que mientras Estados Unidos pertenece a la tradición del *common law*, nuestro país se enmarca dentro del sistema de derecho civil, donde no existe una regla tal como la del precedente. Si bien es reconocida la autoridad de los fallos del máximo tribunal, los mismos carecen de carácter obligatorio para el resto de los tribunales. De esta forma, identificamos uno de los primeros inconvenientes que presenta el sistema difuso de control de constitucionalidad, que consiste en la ausencia de uniformidad en las decisiones judiciales, lo que puede derivar en un estado de incertidumbre de efectos claramente negativos.

Esta situación ha llevado a que encontremos fallos que reafirmaron las garantías individuales en el caso concreto, pero que a la vez generaron inseguridad jurídica respecto de otros justiciables en las mismas condiciones. Esto es así, ya que muchas veces se llevan a cabo procesos judiciales sustentados en normas que ya han sido declaradas inválidas.

No dudamos en reiterar la importancia que tiene el planteo de este tema en el ámbito de un procedimiento penal, por las limitaciones a la libertad y a la igualdad que este implica para cualquier persona.

Los países que utilizan el sistema de control de constitucionalidad difuso han adoptado diversos mecanismos para prevenir los efectos negativos de este problema. Como señalamos anteriormente, los países del *common law* adoptan la regla de *stare decisis*, en virtud de la cual los tribunales están obligados a respetar sus precedentes y los fallos del máximo tribunal. Pero esta regla es propia de la tradición del *common law*, y no existe en aquellos países de tradición romano germánica. Es por ello que en la

mayoría de los países de América Latina, se ha optado por un sistema mixto o integrado de control de constitucionalidad, donde se prevee algún mecanismo para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes con efectos *erga omnes*. Por último, y éste es el mecanismo que tenemos en nuestro país como forma de superar la incertidumbre que puede derivarse de decisiones judiciales contradictorias, puede preverse una acción extraordinaria de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia, a fin de que ésta asegure la vigencia de las garantías constitucionales¹¹.

Sin embargo, debemos reiterar que, tal como observa Zaffaroni, “*estamos ejerciendo un control de constitucionalidad que no tiene la eficacia de obligar a los otros tribunales, mucho menos la de hacer perder en vigencia la ley.*”¹² Como señalamos, si bien las sentencias de la Corte Suprema no tienen carácter obligatorio, no puede negarse la autoridad de las mismas frente a los tribunales inferiores.

Pero no es este el único defecto que tiene el sistema de control de constitucionalidad difuso, aún considerando la posibilidad de recurrir a la Corte Suprema de Justicia como garante último de los derechos y garantías constitucionales.

En efecto, los requisitos exigidos para lograr la intervención del máximo tribunal son estrictos y difíciles de zanjar, por lo que muchos individuos se verán privados de lograr el respeto de las garantías que la Constitución les reconoce, por meras razones de índole formal, lo cual desde ya repudiamos. Podemos señalar, por ejemplo, entre otros requisitos para interponer el recurso extraordinario, el de sentencia definitiva, de manera que si la violación no se deriva de una resolución de este tipo, no cabría intervención de la Corte, no contando el individuo con remedio alguno frente a tal situación. Por otra parte, de la propia jurisprudencia de la Corte se deriva que el recurso extraordinario no procede cuando se trata de cuestiones de derecho procesal o de derecho común. Esta es una de las cuestiones que más nos preocupa, ya que erróneamente podría entenderse que las garantías del proceso penal son una cuestión “procesal”, ajena por lo tanto a la jurisdicción de la Corte. Nada más lejano a ello, ya que como señalamos, las garantías están previstas en la Constitución Nacional y la ley procesal penal no es otra cosa que la reglamentación de dichas garantías, fijando en última instancia el alcance de las mismas. A partir de esto, y siguiendo los requisitos previstos para el remedio federal, las

¹¹ Conf. Allan R. Brewer-Carias, “La jurisdicción constitucional en América Latina” en “La jurisdicción constitucional en Iberoamérica”, García Belaunde- Fernández Segado (coord.), Madrid, ed. Dykinson, 1997.

¹² Conferencia de Raul Eugenio Zaffaroni, en la Universidad Nacional de la Plata, www.apdhlaplata.org.ar/prensa/2004/zaffa.

cuestiones atinentes a las garantías constitucionales no dejan de ser una cuestión federal suficiente para hacer lugar a dicho recurso. Ahora bien, en la práctica judicial esta situación no se manifiesta en forma clara, ya que son varios los pronunciamientos jurisdiccionales que impiden que los justiciables puedan obtener la revisión pretendida, dificultando así el acceso a la justicia, vulnerándose así uno de los primeros objetivos de toda garantía. En el ámbito de los procesos penales, son muchas las resoluciones que afectan derechos y garantías y que aunque no se traten de resoluciones definitivas, lesionan derechos de raigambre constitucional y sólo por dicha circunstancia merecen su efectiva tutela judicial.

A través de lo expresado, de ninguna manera intentamos afirmar que la Corte Suprema deba admitir para su tratamiento todo los casos que plantean alguna alteración o violación de garantías constitucionales. Tenemos conocimiento del cúmulo de tareas que pesa sobre el máximo tribunal, y no es nuestra intención proponer que éstas aumenten restándole así eficacia y soluciones acordes a derecho. Por el contrario, creemos que es necesario encontrar otra forma de asegurar el respeto de las garantías constitucionales, ya que el sistema difuso de control de constitucionalidad, tal como funciona hoy es nuestro país, nos parece insuficiente.

Por último, la posible diferencia de criterio entre los tribunales, además de no otorgar seguridad jurídica, no garantiza la igualdad de las personas frente a la ley (personas sometidas a procesos penales), lo cual si ya de por sí es peligroso, resulta más aún en el ámbito del derecho penal, donde se ve afectada el valor supremo que inspira el respeto de la Constitución y la vigencia del Estado de Derecho, que es la dignidad humana. Sobre esto expresó Bidart Campos que, “la unificación de la jurisprudencia contradictoria en materia de derecho común debiera lograrse por el carril del recurso extraordinario ante la Corte”.¹³ Sin embargo, el mismo autor reconoce que el criterio que patrocina no tiene acogida favorable pues “el recurso extraordinario no es actualmente hábil, según la Corte, para lograr la unificación de la jurisprudencia”.¹⁴

No podemos dejar de mencionar la importancia que los derechos y garantías del proceso penal adquieren luego de la incorporación de los diversos Tratados de Derechos Humanos a la Constitución Nacional (reforma constitucional 1994). En cada uno de ellos, se reconocen expresamente las garantías que deben regir durante la persecución penal sobre una persona. En virtud de ello, nuestros tribunales se encuentran obligados a

¹³ BIDART CAMPOS, Germán J., Manual de la Constitución reformada, t. I, Ediar, 1998, p. 352.-

¹⁴ BIDART CAMPOS, Germán J., Manual de la Constitución reformada, t. I, Ediar, 1998

respetar y decidir en base a lo establecido en los mismos. Es decir, a través de la incorporación de esos instrumentos a nuestro derecho, con jerarquía constitucional, se ve reforzada la protección de las garantías.

Es por todo lo expuesto, que creemos necesario ir mutando hacia un sistema que incorpore aspectos del control concentrado para encontrar soluciones frente a las dificultades expuestas. Consideramos conveniente a tal fin seguir la evolución de otros países de América Latina, que con tradiciones y culturas semejantes a la nuestra, han adoptado un sistema de control de constitucionalidad mixto o integrado, donde coexisten el control difuso y el control concentrado.

El control concentrado se caracteriza por que es ejercido por un órgano especializado, con facultades exclusivas. En sus diversas variantes, éste órgano puede encontrarse estructuralmente dentro del Poder Judicial, o fuera de éste, como órgano extra-poder o político.

Así, consideramos que el Poder Judicial debería seguir siendo el encargado de cumplir el rol de controlar el respeto de la Constitución Nacional. Ello, habida cuenta de la independencia y especialización de que gozan los magistrados. Es decir, no creemos conveniente adoptar el modelo concentrado “tradicional” o “puro”, que prevee la existencia de un órgano extra-poder que sea el encargado de controlar la constitucionalidad de las normas. Debemos notar que ello es la excepción, y que muy pocos países adoptan esta modalidad. En la mayoría de los casos, por el contrario, el órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad forma parte del Poder Judicial. Las razones más importantes para sostener esto son evidentemente culturales, aquellos países donde el control de constitucionalidad se produce fuera del Poder Judicial (como por ejemplo Francia, donde el control de constitucionalidad es efectuado por un órgano político), se caracterizan por una tradición basada en una idea fuerte de soberanía del Parlamento como órgano representante del pueblo, y la consiguiente desconfianza respecto del poder judicial, atento al origen “no democrático” de sus integrantes. Esta no es la situación en nuestro país, ya que desde los comienzos del sistema democrático se reconoció en el poder judicial la facultad de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes.

Ahora bien, observando el derecho comparado, podemos ver que el control concentrado puede ser ejercido por el Tribunal de mayor jerarquía dentro del Poder Judicial (en nuestro caso la Corte Suprema), o bien por otro órgano creado a tal efecto, conformando así una especie de Poder Judicial “bicéfalo”, con dos cabezas: la Corte o

Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Por eso resulta necesario plantear como interrogante, ¿debe ser en nuestro país la Corte Suprema la encargada de ejercer el control de constitucionalidad en forma concentrada en materia de garantías constitucionales del proceso penal? Creemos que la respuesta debe ser negativa. Ello por el ya señalado cúmulo de tareas que presenta hoy nuestro máximo tribunal, y por la necesaria especialidad que requiere la materia constitucional. Como consecuencia, debería crearse a través de una reforma constitucional, un Tribunal Constitucional con competencia claramente delimitada, que se circunscriba a analizar la adecuación de las normas a la Constitución Nacional.

Como este Tribunal Constitucional cuya creación proponemos, coexistiría con la Corte Suprema de Justicia de la Nación, debemos diferenciar claramente la competencia de cada uno de éstos órganos.

La materia en la que entendería el Tribunal Constitucional estaría dada por los conflictos que presenten leyes o normas de carácter general con la Constitución, poniéndose así en peligro la supremacía de la misma. En el caso que nos ocupa, sería en los casos en que una ley reglamentaria del proceso penal violentara la vigencia de alguna de las garantías consagradas tanto en la Constitución como en los Tratados con jerarquía constitucional. Frente a esta situación, sería el Tribunal Constitucional el encargado de analizar finalmente la concordancia de aquellas normas con la ley suprema. De esta forma, la decisión de este Tribunal aseguraría una decisión de suma importancia y trascendencia sobre el tema, salvando así las deficiencias que traen las distintas opiniones y criterios. Con esto no queremos decir que la competencia del Tribunal Constitucional deba limitarse a materias de índole penal, sino que debería entender en todos aquellos casos en los que exista una supuesta contradicción entre una norma de alcance general y la Constitución. Simplemente nos limitamos a analizar en profundidad los efectos del control concentrado en materia penal por ser el tema que nos ocupa en este trabajo.

Como el que proponemos es un sistema mixto, los tribunales ordinarios continuarían ejerciendo el control de constitucionalidad de las normas aplicables en los casos en los que entienden, siendo la Corte Suprema de Justicia, el último intérprete y guardián de la Constitución, principalmente a través de la vía del recurso extraordinario federal. Ahora bien, sabemos que la Corte Suprema sólo puede intervenir cuando exista un “caso – causa o controversia”, ya que no se admiten declaraciones en abstracto.

Por lo que lo que propiciamos es la procedencia de una acción de inconstitucionalidad que pueda interponerse en forma directa ante el Tribunal Constitucional, para analizar en abstracto la validez de una norma reputada inconstitucional. De esta manera, creemos que encontrarían solución cuestiones constitucionales sin la previa exigencia de requisitos formales.

A través de esta acción directa de inconstitucionalidad, llegaría a conocimiento del Tribunal Constitucional toda cuestión en la que deba resolverse si una ley contraria a la Constitución lesiona alguna cláusula de la Constitución.

También debemos resolver otras cuestiones, como por ejemplo, ¿quiénes estarían legitimados para interponer esta acción directa de inconstitucionalidad?. Optamos por una legitimación amplia, que permita a cualquier ciudadano plantear ante el Tribunal Constitucional la repugnancia de una ley o norma de alcance general con la Constitución. Es decir que se trataría de una acción popular, donde no es necesario demostrar un perjuicio o un interés afectado para tener legitimación. Creemos que esto debe ser así en virtud de la importancia que reviste la materia: si una norma resulta inconstitucional no debe importarnos quién solicite tal declaración, sino que es intolerable la vigencia de una norma en pugna con la Constitución. Obviamente que estará legitimado quien tenga un derecho afectado por la norma constitucional, pero tal afectación no puede ser un requisito para poder exigir la intervención del Tribunal Constitucional.

Como consecuencia de lo expuesto, se trataría de un control abstracto de constitucionalidad, pues para su fundamentación basta con alegar y justificar la oposición y divergencia entre la norma infra constitucional y la Constitución, sin necesidad de invocar ningún acto de aplicación de la norma impugnada, ni, por tanto, ningún agravio o perjuicio concreto, derivado de aquella aplicación.

Este Tribunal ejercerá su función respecto de las leyes una vez que las mismas hayan entrado en vigencia, no funcionando así como un control *a priori*.

Las características con las que hemos delineado el funcionamiento de este Tribunal Constitucional nos llevan a concluir que los efectos de sus sentencias deberán tener alcances *erga omnes*. Creemos que así, se reducirían los problemas de inseguridad jurídica y sería un buen intento para salvaguardar la igualdad de los justiciables.

Si bien esto solucionaría los inconvenientes señalados, no podemos dejar de resaltar que en materia penal, muchas veces las lesiones y violaciones de algunas de las

garantías reconocidas constitucionalmente no provienen de la ley, sino del actuar de los organismo estatales que aplican la ley procesal con fines de averiguar la verdad frente a la sospecha de la comisión de un hecho ilícito. Es por eso que creemos importante al menos esbozar una posible solución a estos casos, ya que mas allá de la vigencia del control de constitucionalidad que ejercen todos los jueces, en ningún caso puede admitirse la vulneración de las garantías constitucionales, por la importancia que estas revisten.

Frente a esta situación, una posible solución sería que, cuando una persona considere que en curso de un procedimiento judicial se vio violada una garantía constitucional por la forma en que se aplicó la ley, pueda pedir la intervención del Tribunal Constitucional a los efectos de que el mismo determine si se ha violado o no la garantía de que se trate. En estos casos tomaría conocimiento de la cuestión una Sala especializada del Tribunal que sólo tendría que ocuparse de examinar si en el caso se ha vulnerado, a través de la actuación de un órgano estatal, alguna de las garantías. Ya sea que se trate de un caso de no respeto a alguna de ellas, por extralimitarse en sus funciones, o por no realizar el acto de acuerdo a formalidades previstas en la ley aplicable. La Sala especializada tomaría conocimiento de los hechos tal como se han desarrollado, y en caso de considerar que se ha violado alguna garantía, procedería a anular el acto.

Así, pensamos que la creación de esta Sala dentro del Tribunal Constitucional, llevaría a una mayor imparcialidad en el tratamiento del conflicto suscitado, ya que sería un tribunal ajeno a la dirección de la investigación. Los magistrados sólo tendrían que analizar la cuestión atinente a la posible vulneración de la garantía, sin entrar a considerar otra cuestión de la investigación en curso. De esta forma, se garantizaría la imparcialidad en el tratamiento de todo lo atinente a las garantías, como así también se reforzaría el control sobre el cumplimiento de las mismas al ser magistrados especializados e integrantes del Tribunal Constitucional los que tengan competencia para decidir si en un caso corresponde decretar la nulidad de un acto.

V. CONCLUSIÓN

Toda Constitución constituye una “ley de garantías”, por lo que deben establecerse los procedimientos jurídico-institucionales, que permitan limitar y controlar los posibles excesos tanto del poder estatal como de los poderes individuales y sociales, en desmedro de aquélla.

A partir de ello, en este trabajo intentamos proponer un sistema efectivo de “control de constitucionalidad”, evaluando principalmente que organismo sería el más idóneo para llevarlo a cabo.

Somos concientes que el control de constitucionalidad que proponemos resulta mucho más fuerte que el sistema actualmente imperante en nuestro país. Pero creemos que el fortalecimiento de los mecanismos de control, no sólo está justificado sino que resulta necesario ante el fortalecimiento cada vez mayor del poder estatal, sobre todo el que se despliega durante la tramitación de los procesos penales, frente a los derechos que son limitados en estos casos.

La importancia de resguardar la real vigencia de la Constitución radica en el hecho de que ésta reconoce y garantiza un orden de valores determinantes de la cultura occidental, cuyo centro se encuentra en el concepto de dignidad de la persona humana. Tales valores deben ser respetados por los tres poderes del Estado, tanto en la regulación de los derechos fundamentales como en el ejercicio de los poderes que la misma norma les confiere.

Esto explica también el rol que el Poder Judicial debe asumir en el marco constitucional, ya que debe ser garante de los derechos fundamentales, debiendo aplicar con toda su fuerza la Constitución como norma limitadora de la actuación de los poderes públicos.

Así, consideramos que la idea desarrollada en el trabajo, propone una nueva perspectiva sobre algunos puntos importantes como así también refuerza la importancia y atención que requieren determinados temas.

Creemos que para conseguir hacer realmente efectivos los derechos y libertades fundamentales establecidos en la Constitución, es necesario la adopción de mecanismos y procesos que cumplan efectivamente y de la mejor forma esta misión. Así entendemos que, a través de la creación del Tribunal Constitucional, para ir variando nuestro sistema hacia un control de constitucionalidad concentrado, refuerza y enaltece el control sobre las garantías constitucionales del proceso penal.

Consideramos que muchos de los inconvenientes tratados encontrarían una posible solución a través de la creación de un Tribunal Constitucional, cuyas decisiones posean un alcance general, beneficiando así la seguridad jurídica y la dignidad de las personas.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- ✓ García Belaunde, D. – Fernández Segado, F. (coordinadores), “La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”, Madrid, Editorial Dykinson, 1997.
- ✓ Sagües, Nestor P., Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992.
- ✓ Haro, Ricardo, “El control de constitucionalidad”, Buenos Aires, Editorial Zavalía, 2003.
- ✓ Alí Joaquín - Verdagüer, Alejandro Cesar, Juicio de Amparo y Acción de Inconstitucionalidad, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2000.
- ✓ Carrió, Alejandro D., “Garantías Constitucionales en el Proceso Penal” , Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2007.
- ✓ Bidart Campos, Germán, “Manual de la Constitución Reformada”, t. II, Editorial Ediar, 1998.
- ✓ Molero, Marco Antonio, “Garantías Constitucionales. Respeto a los derechos inmanentes a la condición de ser humano”. Publicado en Revista electrónica de Derecho Penal. www.derechopenalonline.com
- ✓ Maier, Julio B.J, “Derecho Procesal Penal. Fundamentos” , Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2003.
- ✓ Conferencia de Raúl Eugenio Zaffaroni, en la Universidad Nacional de la Plata, www.apdhlaplata.org.ar/prensa/2004/zaffa.
- ✓ Leguizamón, Marcos Facundo, “Acerca de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema: un análisis jurídico-político y su incidencia en las reformas a la Administración de Justicia”, publicado en el Dial.com.
- ✓ Bianchi, Alberto B., “Control de Constitucionalidad”, Editorial Ábaco, Capital Federal, 1992.
- ✓ Toricelli, Maximiliano, “El Sistema de Control Constitucional Argentino”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002.