

LA NUEVA CONSTITUCION PROCESAL PENAL

Por JOSE ANTONIO BARREIROS

A) LAS NUEVAS EXIGENCIAS DE LA CONSTITUCIONALIZACION

1. El Derecho procesal penal en abstracto es una materia jurídica infra-constitucional.

1.1. Su contenido normativo está, por ello, profundamente informado por el Derecho constitucional (1).

1.2. Esta adecuación opera de forma más intensa que en otras ramas del Derecho, por lo que tiene sentido afirmar que es en la práctica un verdadero Derecho constitucional aplicado (2).

1.3. En el ordenamiento constitucional global portugués, la Constitución procesal penal resulta de la conjunción integrada:

1.3.1. De las denominadas «garantías del procedimiento criminal», tipificadas en el artículo 32 de la Constitución (3).

(1) La bibliografía portuguesa sobre la Constitución procesal penal no es muy amplia. Citaremos, además de la ya referida en el texto, RUI PINHEIRO y ARTUR MAURICIO: *A Constituição e o Processo Penal*, primera edición, Lisboa, 1976; segunda edición, Lisboa, 1982. FIGUEIREDO DIAS: «A Revisão Constitucional e o Processo Penal», en *A Revisão Constitucional, o Processo Penal e os Tribunais*, Lisboa, 1981. RODRIGUES MAXIMIANO: «A Constituição e o Processo Penal», en *Revista do Ministério Público*, núms. 5 y 6. FIGUEIREDO DIAS: «A nova Constituição e o Processo Penal», en *Revista del Colegio de Abogados*, 1976.

(2) La expresión es de Henkel, recogida por FIGUEIREDO DIAS en su *Direito Processual Penal*, volumen primero, Coimbra, 1974, pág. 74.

(3) Por comodidad se cita aquí el mencionado precepto: «1. El proceso penal asegurará todas las garantías de defensa.

2. Todo acusado se considera inocente hasta que exista sentencia que lo condene, debiendo ser juzgado en el más corto plazo compatible con las garantías de defensa.

3. El acusado tiene derecho a escoger defensor y a ser defendido por él en todos

1.3.2. De otros derechos fundamentales que la Constitución consagra como derechos, libertades y garantías, como es el caso de la confirmación de la detención (4).

los actos del proceso, especificando la ley los pasos y las fases en que tal asistencia es obligatoria.

4. Toda instrucción es competencia de un juez, el cual puede, en los términos de la ley, delegar en otras entidades la práctica de los actos de instrucción que no afecten directamente a los derechos fundamentales.

5. El proceso penal tiene una estructura acusatoria, estando la audiencia del juicio y los actos de instrucción que la ley determina subordinados al principio de contradicción.

6. Son nulas todas las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción, ofensa de la integridad física o moral de la persona, abusiva intromisión en su vida privada, en su domicilio, en su correspondencia o en sus comunicaciones.

7. Ninguna causa puede ser sustraída al Tribunal cuya competencia esté fijada por ley anterior.»

(4) Se transcriben los artículos 27 y 28 de la Constitución:

«Art. 27.—1. Todos tienen derecho a la libertad y a la seguridad.

2. Nadie puede ser privado total o parcialmente de su libertad, salvo como consecuencia de sentencia judicial condenatoria por la práctica de un acto castigado por ley con pena de prisión o la aplicación judicial de una medida de seguridad.

3. Se exceptúan de este principio la privación de libertad, por el tiempo y en las condiciones que la ley determine, en los siguientes casos:

a) Prisión preventiva en el supuesto de delito flagrante o en que existan fuertes indicios de práctica de un delito doloso al que corresponda una pena mayor.

b) Prisión o detención de persona que haya penetrado o permanezca irregularmente en el territorio nacional o contra la que esté en curso un procedimiento de extradición o de expulsión.

c) La prisión disciplinaria impuesta a los militares, con la garantía de la posibilidad de recurrir ante el Tribunal competente.

d) Sujeción de un menor a las medidas de protección, asistencia o educación en un establecimiento adecuado, decretadas por el Tribunal judicial competente.

e) Detención por decisión judicial en caso de desobediencia a la decisión tomada por un Tribunal o en orden a asegurar la comparecencia ante la autoridad judicial competente.

4. Toda persona privada de libertad debe ser informada inmediatamente de las razones de su prisión o detención.

5. La privación de libertad contra lo dispuesto en la Constitución y en la ley comporta el deber de indemnización del lesionado en los términos que la ley establezca.»

«Art. 28.—1. La prisión sin culpa formada será sometida, en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas, a la decisión judicial de convalidación o mantenimiento, debiendo el juez conocer las causas de la detención y comunicarlas al detenido, interrogándolo y dándole oportunidad de defensa.

2. La prisión preventiva no se mantendrá siempre que pueda ser sustituida por caución o por una medida de libertad provisional prevista en la ley.

3. La decisión judicial que ordene o mantenga una medida de privación de liber-

1.3.3. De deberes fundamentales consagrados en el ordenamiento constitucional, aunque no en la sistemática de la ley fundamental.

1.3.4. De normas de tipo organizativo, contenidas fundamentalmente en el título quinto de la parte tercera, dedicado a los tribunales (arts. 205 y siguientes de la Constitución).

2. La alteración del contenido normativo del Derecho constitucional portugués se proyecta decisivamente en la definición del orden jurídico procesal penal.

2.1. De tal modo que cada ordenamiento constitucional implica un nuevo Derecho procesal penal.

2.1.1. Así, la reforma de la Constitución de 1933 hecha en 1971 (Ley número 3/71) obligó a la modificación del Código de procedimiento penal (Decreto-ley núm. 185/72), la aprobación de la Constitución de 1976 a la reforma del mismo Código por el Decreto-ley núm. 377/77 y la primera reforma constitucional de 1982 a la elaboración del Decreto-ley núm. 402/82.

2.2. Sucede igualmente que el nuevo ordenamiento constitucional permite y obliga a la reformulación del valor constitucional de institutos jurídicos sobre los cuales no había incidido específicamente la decisión legislativa de adecuación a la nueva fisonomía de la ley fundamental.

3. La implicación jurídica a la que se ha hecho referencia en el número anterior se proyecta, sin embargo, igualmente en un sentido inverso del descrito, siendo en cierta medida verdadera la afirmación recíproca a aquella que ya se ha hecho: la modificación normativa del contenido del ordenamiento jurídico procesal penal se traduce en una modificación de la sustancia normativa del Derecho constitucional, por lo que cada nuevo Derecho procesal penal comporta una innovación en el ordenamiento constitucional, una nueva Constitución procesal penal, y esto tanto al nivel de la necesidad de su mutación legislativa como en lo relativo a la modificación de sus criterios interpretativos.

4. El presente artículo tiene por objetivo demostrar la validez de las dos afirmaciones anteriores (3.1 y 3.2), extrayendo los elementos necesarios para una reforma constitucional que incida sobre estos preceptos y que, esta

tad debe ser inmediatamente comunicada al pariente o persona de confianza del detenido que éste haya indicado.

4. La prisión preventiva, antes y después de la formación de la culpa, está sujeta a los plazos establecidos por la ley.»

es nuestra postura, la entrada en vigor del nuevo Código de procedimiento penal vuelve imperativa.

Pero se intenta también demostrar el fundamento de la segunda parte de la afirmación realizada en el punto 3.2, en lo que en ella se postula en el sentido de que la misma legislación constitucional puede soportar diversos criterios de interpretación, los cuales, conformando de modo distinto el respectivo contenido material, generarán una legitimación constitucional innovadora de modos diversos de expresar el ordenamiento jurídico procesal penal. O sea, desafiando lo que parece ser una regla de sentido común, se intenta sustentar 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 habrán de ser un dato en gran medida dependiente del sistema procesal penal de que en concreto se trate.

5. Entrando ya en el proyectado razonamiento demostrativo, cabe asumir, como premisa inicial, que la Constitución procesal penal es un enunciado de prescripciones, mandatos y situaciones subjetivas formuladas de modo abstracto, con un contenido abierto, y con un ámbito de previsión para cuya delimitación normativa la propia Constitución no ofrece elementos seguros ni preordena reglas interpretativas (5).

5.1. Así, definiendo, por ejemplo, la Constitución que «el procedimiento penal tiene una estructura acusatoria» (núm. 5 del art. 32), no encontraremos en la letra de esa ley fundamental ninguna noción o criterio de interpretación que permita construir el respectivo concepto ni tampoco individualizando el alcance preceptivo del texto constitucional: el concepto de instrucción (decisivo para la interpretación de la máxima «toda instrucción es competencia de un juez», núm. 4 del art. 32) y prácticamente la mayoría de los términos jurídicos esenciales en el ámbito jurídico constitucional con incidencia en el proceso penal contenidos en el citado artículo 32 (acusado, más corto plazo —núm. 2—, juez, otras entidades —núm. 4—, etc.) o en otros mandatos constitucionales con el mismo ámbito material de acción (prisión y detención —art. 27, núm. 3—, medida de libertad provisional —art. 28, núm. 2— y condena injusta —art. 29, núm. 6—).

(5) La interpretación de los preceptos constitucionales no consiste en la búsqueda de una voluntad preexistente a la cual deba obediencia el intérprete, puesto que las normas no contienen una regulación concreta definitiva o inequívoca, existiendo solamente un problema normativo a resolver, lo que conforma el presupuesto de este texto (VIEIRA DE ANDRADE: *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, 1983, pág. 121).

6. La Constitución procesal penal asume, por tanto, intencionadamente el principio de reserva de ley, en beneficio del legislador ordinario, en cuanto a la definición de los conceptos jurídicos esenciales en su regulación normativa; de aquí que la interpretación del texto constitucional no pueda dejar de sustentarse en el valor hermenéutico que en un determinado momento de la evolución jurídico-procesal asuman los conceptos cuya interpretación se trata.

Así, estamos haciendo depender el criterio de valoración de la constitucionalidad de un determinado instituto procesal penal del modo como ese instituto se analiza en concreto.

7. Cuestión que queda resuelta es la de saber si, habiendo sido generada en un contexto jurídico determinado —en el cual los conceptos tenían un significado determinado y un modo particular de expresarse—, la Constitución procesal penal no asumió, clausurándolo rígidamente y confiriendo perennidad a un modo particular de entender tales conceptos, con la subsiguiente prohibición de los distintos modos de concebir el ámbito de incidencia de la nomenclatura constitucional.

7.1. Para la resolución del problema enunciado se perfilan dos vías maximalistas:

7.1.1. La de la asunción del carácter pre-constituido por el legislador ordinario e intemporalmente fijado por la decisión constituyente de los conceptos jurídicos esenciales para la Constitución procesal penal.

7.1.2. La de la aceptación del carácter puramente indicativo y referencial de los mencionados conceptos, que el legislador constitucional habrá expresado solamente con un sentido puramente circunstancial y temporalmente situado.

7.2. Ilustrando de modo ejemplificativo la primera vía de concepción de la cuestión, se supondrá que el concepto de instrucción recogido en el número 4 del artículo 32 circunscribiría solamente a las denominadas instrucción preparatoria y contradictoria, con exclusión de la investigación preliminar, así como la noción de acusado que recogen los números 2 y 3 del mismo artículo sería una categoría técnica utilizada en función y por exclusión de la figura del sospechoso y configurada específicamente en los términos en los que hacía referencia a ella el artículo 251 del Código de procedimiento penal a partir de la reforma de 1972.

7.3. Ya respecto al segundo medio de resolver el problema que estamos analizando, al utilizar el término instrucción el legislador estaría virtualmente haciendo referencia a las figuras de las investigaciones penales, con indepen-

dencia de su particular modo de configuración material, o sea, aunque ellas se traduzcan en actos del cuerpo delictivo, instrucción preparatoria, encuesta o investigación penal (6), del mismo modo, la figura del acusado podría ser extensible de tal forma que abarcara todos los tipos determinados de presentación intraprocesal del agente de la infracción, incluyendo el reo, el sospechoso, el acusado, el imputado.

7.4. Ninguna de estas vías parece ofrecer consistencia suficiente para poder considerarse criterio decisivo de construcción conceptual del ordenamiento constitucional relativo al proceso penal.

Consideramos, por el contrario, que sólo una vía intermedia, resultante de la articulación ponderada de ambas alternativas configuradas podría ofrecer la clave de la cuestión; ponderación que debería llevarse a cabo —desde el punto de vista del presente artículo— a través de la admisibilidad del carácter abierto, virtualmente integrable por el mejor estadio subsiguiente del ordenamiento jurídico, de los conceptos utilizados por la Constitución procesal penal.

Se trata, en lo relativo a muchos conceptos, de conceptos relativamente indeterminados («garantías de defensa», «plazo más corto», «estructura acusatoria») y, en cuanto a otros, de conceptos cuyo espacio semántico no fue intencionadamente asumido por el constituyente sino en función de una estructura procesal determinada e históricamente situada («acusado», «instrucción», «actos instructorios»).

Queda, a nuestro entender, resuelto en virtud de este primer paso de nuestra reflexión: los criterios de constitucionalidad de un sistema procesal penal dependen del particular modo y expresión de los conceptos jurídicos utilizados en la Constitución procesal penal tal como se presentan en el momento en que se plantea la cuestión de la constitucionalidad.

(6) Este era el argumento esencial de GERMANO MARQUES DA SILVA cuando, en su estudio «Da Inconstitucionalidade do Inquérito Preliminar» (*Direito e Justiça*, revista de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Católica portuguesa, volumen primero, núm. 1, 1980, págs. 179 y sigs.), apuntaba «a la interpretación del término instrucción» en el artículo 32, número 4, de la Constitución en el sentido de abarcar cualquier actividad que tenga como fin comprobar la existencia de las infracciones, determinar sus agentes y averiguar su responsabilidad con la finalidad específica de fundamentar el envío del proceso a juicio o su archivo; es decir, todos los actos que la ley vigente en el momento de votación del precepto constitucional englobaba en la instrucción preparatoria y contradictoria.

La cuestión había sido ya analizada por la Comisión Constitucional, para la cual el término instrucción se refería solamente «a la fase procesal que, con el mismo fin, se destina específicamente a fundamentar el envío del proceso a juicio o su archivo» (sentencia núm. 6, en apéndice al *Diario de la República* del 6 de junio de 1977).

8. Otra particularidad conviene que sea tenida en cuenta en orden a la fundamentación de la naturaleza subsidiaria de la Constitución procesal penal respecto al ordenamiento jurídico procesal penal en lo relativo a la construcción de los respectivos conceptos; se trata de que en el número 5 del artículo 32 de la Constitución se configura el proceso penal como un proceso de estructura acusatoria.

8.1. En esta concepción restrictiva tal enunciado tiene un valor puramente delimitado y endo-procesal, significando, en el ámbito material, la distinción entre instrucción, acusación y juicio en el ámbito subjetivo u orgánico, la diferencia entre juez de instrucción y juez que lleva a cabo el juicio y entre ambos y el órgano acusador (7).

8.2. Parece, sin embargo, posible avanzar un poco más y visualizar el concepto en cuestión como dotado de una virtualidad más intensa, más adecuado a definir el modo de funcionamiento del sistema procesal penal que solamente una separación inter-procesal de poderes entre algunos de los sujetos intervinientes en él (8).

De todas las garantías del procedimiento penal tipificadas en el artículo 32 de la Constitución, sólo una asume intrínseca naturaleza estructural, siendo como tal calificada por la letra del precepto: la garantía del acusatorio reviste la naturaleza de elemento estructurante del procedimiento penal.

En la arquitectura procesal penal la garantía del acusatorio significa, así, un grado y una jerarquía ampliamente prevalente sobre todas las demás relativas al mismo tipo de proceso, dado que éstas hacen referencia o a ciertos momentos procesales —la del núm. 4 está limitada a la instrucción; la del número 5, segunda parte, a la audiencia y a los actos instructorios— o a ciertos sujetos del proceso —en los núms. 2 y 3 el acusado, en el núm. 7 el Tribunal— es común a todas las fases procesales y a todos los intervinientes en la dinámica procesal.

Principio estructurante del procedimiento penal, la garantía del acusatorio no es, por otro lado, en la sistemática de la Constitución solamente uno de los principios conformadores del sistema procesal penal tal como clásica-

(7) Es la postura de VITAL MOREIRA y GOMES CANOTILHO respecto a lo que denominan la «densificación semántica de la estructura acusatoria», en la nota 7 al artículo 32 en su obra *Constituição da República portuguesa anotada*, 2.ª ed., Coimbra, 1984, pág. 217.

(8) Ya FIGUEIREDO DIAS, en su comunicación *A nova Constituição e o Processo Penal*, pág. 105, afirmaba que la norma constitucional que califica el proceso penal como estructura acusatoria no significa «una mera declaración teórica y formal. Se trata, eso sí, de una declaración de indiscutible contenido práctico-normativo que vale por todo un programa procesal penal y que respeta, muy concretamente, los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos».

mente se dibuja —oralidad, contradicción, investigación, verdad material—, sino, de una manera distinta, lo único a lo que la Constitución confirió carácter de matriz constructiva y estructurante del sistema procesal penal.

Pero la estructura acusatoria no corresponde a un modo unívoco de entender la organización del proceso penal, dado que bajo tal designación son varias las corrientes configuraciones admisibles del sistema procesal penal (9).

El término corresponde a un modo empírico de designar el procedimiento penal anglo-americano y, en el contexto de la Europa continental, tiene además una significación particular, aunque por antítesis al sistema procesal inquisitorio, que estuvo vigente desde la decadencia del Imperio romano hasta la Revolución francesa.

9. Analizada bajo este prisma, la Constitución procesal penal de estructura acusatoria podrá configurarse además como correspondiente a distintos modos de expresión del sistema procesal penal, o recíprocamente podrá aceptarse como esencialmente correspondiente al mismo tipo de Constitución procesal penal de variadas estructuras procesales penales, desde el momento que merezcan el calificativo de acusatorias.

La estructura acusatoria, operando de este modo como el criterio de fiabilidad de un sistema procesal penal en lo que hace referencia a la constitucionalidad, habrá de asumirse como algo estrechamente concatenado con el modo particular de organización de cada sistema penal en concreto.

De aquí resulta con meridiana claridad que, de lo que se trata, en cuanto a la problemática del acusatorio, es siempre y solamente de modos de desarrollo de la acusatoriedad: esos modos de expresión han de ser aquellos que se deriven en concreto del modo de organización de la estructura procesal penal (10).

(9) En nuestro libro *Processo Penal* (Coimbra, 1981, págs. 9 y sigs.) procuramos enfocar los tipos estructurales de los sistema procesales penales a la luz de una tripartición en función de la cual distinguíamos tales sistemas en acusatorios, inquisitivos y mixtos.

El criterio que orientaba tal clasificación era precisamente el de atender a la estructura procesal y no precisamente el de tener en cuenta un principio informador del mismo, como, por ejemplo, en CAVALEIRO DE FERREIRA: *Curso de processo penal*, Lisboa, 1955, pág. 43, para quien «el principio acusatorio consiste, por tanto, en la atribución de la función investigadora, indispensable para fundamentar la acusación, y en la formulación de la acusación a una entidad distinta del Tribunal». Sobre el valor estructural del concepto «proceso acusatorio», fundamentalmente EDUARDO CORREIA: *Processo criminal*, Coimbra, 1956, págs. 12 y sigs., y FIGUEIREDO DIAS: *Direito processual penal*, Coimbra, 1974, págs. 65 y sigs.

(10) En el Código de procedimiento penal, por ejemplo, la acusatoriedad se asumió como elemento básico de la conformación del proceso, aunque no exclusivo.

No hay, así, un concepto apriorísticamente fundado de estructura acusatoria al cual los concretos ordenamientos procesales penales hayan de sujetarse, sino una filosofía de la máxima acusatoriedad posible, que sólo después del análisis específico de cada ordenamiento procesal penal se podrá diseñar concretamente en lo que dice respecto a su caracterización fundamental.

10. La valoración de la constitucionalidad de un sistema procesal penal pasa de este modo no por la subsunción estática de los institutos jurídicos concretos que admita en base a las prescripciones abstractas de la Constitución, sino por el análisis ponderado de la respectiva estructura constitutiva, en orden a recortar los grandes principios estructurantes, reconstituyendo el juego de interrelaciones de los diversos agentes participantes y extra-yéndole los módulos, fases y grados de procedimiento.

Se trata, al revés de muchos otros casos en que la constitucionalidad esté en causa, de valorar un sistema, con toda la globalidad de sus interrelaciones, una estructura, con toda la complejidad de su modo particular de configuración (11).

Por ello, ningún instituto en concreto podrá analizarse desde el punto de vista de su respectiva pertinencia frente a la ley fundamental si no se coteja, respecto a su particular modo de presentación, con la realidad contextual en que se inserta, de cara a determinar si se produce contravención de la estructura acusatoria que la Constitución ha querido salvaguardar.

Del mismo modo, ninguna medida procesal podrá considerarse atentatoria a los derechos, libertades y garantías constitucionalmente consagradas salvo en la medida en que, igualmente integrada en el contexto de otras medidas afines o contrarias, resulte una disminución global de la objetiva protección constitucional (12).

Como se pone claramente de manifiesto en el preámbulo: «El apego deliberado a una de las conquistas más importantes del progreso de la civilización democrática, y en obediencia al mandato constitucional, el Código optó por un procedimiento de estructura básicamente acusatoria. Con todo, y sin la más mínima transigencia hacia las auténticas exigencias del acusatorio, procuró templar el empeño en la maximización de la acusatoriedad como un principio de investigación oficial válido también para el efecto de acusación y de juicio; lo que representa, además, sintonía con nuestra tradición jurídico-procesal penal.»

(11) Se trata de considerar la naturaleza sistémica del procedimiento penal, el carácter encadenado y lógicamente concatenado de los respectivos actos tal como se considera en la teoría de interpretación de las normas procesales penales, imponiendo excepcionalmente la ultra-actividad cuando y en la medida en que peligre la armonía del proceso.

(12) Está aquí presente el principio de concordancia práctica de valores conflic-

11. Conviene destacar la amplia modificación de la estructura y del cuadro de interrelaciones de los conceptos que la aprobación del nuevo Código de procedimiento penal que entró en vigor en enero de 1988.

Esta verdad no necesita demostración. Pero debe destacarse la circunstancia de que, a la luz de lo dicho anteriormente, no puede dejar de concluirse que han de variar también los criterios de valoración de la constitucionalidad del texto en causa y que, por otro lado, hay que proceder a una reformulación de la Constitución en el sentido de convertirla en un instrumento adecuado para la potenciación de las virtualidades creativas de la nueva política penal que el Código de procedimiento penal prefigura.

12. El reordenamiento del sistema de justicia penal —delineado ya por la publicación del Código penal de 1982 y concretado ahora por el Código de procedimiento penal y por la legislación complementaria que sea emitida— alteró decisivamente la configuración del problema de la constitucionalidad, al proyectar una nueva arquitectura de los derechos y deberes fundamentales.

En verdad, mediante el trazado de este nuevo edificio jurídico-criminal se ha modificado el modo de interrelación de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y es nueva la llamada que se hace a la figura de los deberes fundamentales y es completamente distinta la medida de consagración de cada uno de ellos en su específica relación con otro.

El concurso de derechos y deberes fundamentales está construido en el sistema procesal penal actual de modo sustancialmente distinto de aquel que presidió el modo de su estructuración en el sistema anterior (13).

tivos que Figueiredo Dias pone de manifiesto en el ámbito procesal penal: «En cuanto a su criterio, éste no es el de la valoración del interés preponderante a costa del interés de menor jerarquía, en el estilo de la teoría del derecho de necesidad jurídico-penal, sino en una optimización de los intereses en conflicto; lo que comporta la limitación estricta de los principios de necesidad y de proporcionalidad, así como, en el caso de tratarse de derechos fundamentales, la exigencia de que no sea afectado su contenido esencial» («Para una reforma global do processo penal português», en *Para uma nova justiça penal*, Coimbra, 1983, pág. 209).

(13) El Código está construido, como se pone de manifiesto en su respectivo preámbulo, sobre la base del criterio de compatibilidad práctica de tres finalidades virtualmente antitéticas: la realización de la justicia del caso, a través de medios procesalmente admisibles y en orden a asegurar la paz jurídica de los ciudadanos.

«Se deja de lado la posibilidad de construir un sistema procesal que dé satisfacción a las exigencias derivadas de cada una de estas referencias. Debe además rechazarse toda pretensión de absolutizar unilateralmente cualquiera de ellos, so pena de provocar la apertura a formas intolerables de tiranía o abogar por soluciones del más inocuo ritualismo procesal. Lo posible y también lo deseable es un modelo procesal preorde-

Y es que el propio modelo de justicia penal que el Código asume exige del texto constitucional señales claras de legitimación y de garantía que la presente Constitución no contiene. Se trata de un nuevo modo de ordenar la acusatoriedad, de estructurar la relación entre los sujetos procesales, de revalorizar los principios fundamentales del proceso.

En la segunda parte de este artículo veremos cuáles serán en suma los nuevos criterios de constitucionalización que deberán insertarse en el ámbito de la futura reforma constitucional.

B) LOS NUEVOS CRITERIOS DE CONSTITUCIONALIZACION

13. El primer criterio será el que establezca una mayor simetría en la arquitectura constitucional respecto a los sujetos procesales.

Efectivamente, frente a la definición vigente no todos los sujetos intervinientes en el proceso penal tienen su estatuto jurídico-procesal tutelado por la garantía constitucional.

Existe principalmente una posición especialmente destacada en cuanto a la protección del acusado y su defensa (por ejemplo, el núm. 1 del art. 32, relativo a las garantías de defensa; el núm. 2 del mismo precepto, relativo a la presunción de inocencia del acusado y a las garantías de defensa), siendo nula la previsión constitucional respecto al estatuto de la víctima, del que existen únicamente referencias indirectas en el número 1 del artículo 27, a propósito del derecho a la seguridad.

Habrà, por tanto, que establecer un equilibrio compensatorio en favor de la protección de la víctima, poniendo término al desequilibrio derivado de la indiscriminada consagración del principio *favor rei* (14).

Tal constitucionalización victimológica es tanto más urgente cuanto en el nuevo Código de procedimiento penal, al lado de una intención de reforzar la protección de la víctima, se dieran algunos pasos que no siendo enfocados por una adecuada previsión en términos de ley fundamental, podrán

nado a la compatibilidad práctica de las tres teleologías antinómicas en busca de una maximización alcanzable y admisible de las respectivas implicaciones.»

(14) Se presupone, por tanto, una política criminal de desvictimización, como propone COSTA ANDRADE en su libro *A vítima e o problema criminal* (Coimbra, 1980), que no siendo incompatible con el programa de reinserción social del delincuente y las proyecciones intraprocesales que el mismo haya de asumir, debe ponerse en práctica mediante una acción coordinada de las mismas instancias formales (véase *A Ressocialização e o Processo Penal em Cidadão delinquente: Reinserção social*, Lisboa, 1983, páginas 101 y sigs.).

significar en la práctica una reducción de los medios de acción de los ofendidos.

14. Urge, por otro lado, proceder a una nueva configuración del texto constitucional para que éste, en materia procesal penal, no sólo deje de desempeñar una pura función reactiva y garantista vocacionada a exorcizar modelos procesales penales autoritarios, sino que también sea el marco normativo de referencia de una política criminal innovadora liberada de armaduras proteccionistas actualmente prescindibles.

15. Está en esta línea lo dispuesto en el número 4 del artículo 32, donde se establece la íntegra judicialización instructora, salvo en el supuesto de una eventual delegación de algunos actos instructorios que no afecten directamente a los derechos fundamentales.

Es comprensible, al cotejar la historia política portuguesa desde finales del siglo XIX, la importancia estratégica del precepto y la circunstancia de que el legislador haya plasmado en él la prohibición de administrativización y policización del proceso penal (15).

Pero el objetivo garantista ha acabado por engendar efectos perversos, tanto en el aparato de la justicia penal como en la propia tesitura ideológica, que pusieron en evidencia lo petrificante que era la formulación llevada a cabo: se prescinde de formas más dúctiles de investigación penal, indispensables pero no factibles porque no están judicializadas, quedan cercenadas también las ventajas de la jurisdiccionalización instructora, no mediante una interpretación correctiva, que afirmada por cierta jurisprudencia y doctrina (16) encontró finalmente expresión normativa en la primera revisión constitucional en 1982.

Sin embargo, no está todavía acabado el debate en torno al problema, aunque en un aspecto significativo se fue tomando conciencia: la función garantista de la judicialización instructora sólo tiene sentido en un proceso que, formalmente inspirado por el principio acusatorio, esté profundamente impregnado por reglas y principios de funcionamiento oriundos del

(15) Toda la problemática político-jurídica se encuentra en el libro de FRANCISCO SALGADO ZENHA *Notas sobre a instrução criminal*, Braga, 1968, así como en el clásico EMYGDIO DA SILVA: *Investigação criminal*, 1909, págs. 139 y sigs.

(16) Estuvo en entredicho la constitucionalidad de la investigación preliminar. Negada doctrinalmente la compatibilidad de tal investigación con la Constitución (véase el estudio de GERMANO MARQUES DA SILVA citado en la nota 6; MARQUES MENDES: «A instrução preparatória e a intervenção da policia judiciária à luz do artigo 32 da Constituição», en *Portugal Judiciario*, núm. 55, pág. 20).

inquisitorio, como entre nosotros ha sucedido hasta el Código de procedimiento penal que pronto entrará en vigor.

Por ello, al ser potenciada la acusatoriedad, es perfectamente posible devolver a la judicialización su función natural no inmiscuyéndola —salvo en una cierta y ponderada medida— en las tareas investigadoras, que no tienen por qué necesariamente presuponerla.

La constitucionalización de la jurisdiccionalización implica, en primer lugar, su no trivialización al servicio de finalidades extraprocesales que no tienen que estarle necesariamente asociadas; además, la aceptación de que la competencia judicial no perjudica la eventual delegación en entidades no judiciales, siempre que el poder de control por el poder judicial esté garantizado.

En el ámbito de la Constitución procesal penal corresponderá por naturaleza al foro judicial la competencia para la emisión de decisiones de carácter intrínsecamente jurisdiccional: el juicio y la correspondiente emisión de sentencias, la recepción de la acusación con todo lo que lleva implicado de juicio de los resultados de las investigaciones preacusatorias, la constitución como acusado.

Corresponderá también como competencia de los jueces la práctica de actos en que se proceda a la valoración del relieve probatorio de los actos determinantes de la valoración de las medidas privativas de libertad.

Pudiendo por criterio de política legislativa pertenecer a la esfera de atribuciones de los jueces, todo lo demás no tiene necesariamente por qué gozar de la prerrogativa de judicialización obligatoriamente impuesta por la Constitución: es el caso de la investigación propiamente dicha, incluso en lo relativo a los interrogatorios subsiguientes del acusado detenido; es también lo que ocurre con el conjunto de las medidas cautelares y de policía (17).

(17) En las sentencias números 9 a 17 de la Comisión Constitucional (apéndice al *Diario de la República* de 25 de octubre de 1977) se recoge el concepto que ya había sido empleado por la sentencia número 6, de 6 de junio de 1977, y que legitima la existencia de una fase preprocesal no judicializada de investigación: «Una fase preprocesal o extraprocesal sólo será constitucionalmente legítima siempre que comporte dos características esenciales. En primer lugar, estar excluida de su desarrollo cualquier interferencia en la esfera de los derechos fundamentales, que, de verificarse, implicaría la inmediata apertura de la fase procesal de instrucción; en segundo lugar, el carácter extraprocesal de esta fase debe ser inequívoco, destinándose exclusivamente a formar la convicción de la entidad titular de la acción penal y no pudiendo contribuir, de manera alguna, a la formación de la convicción del juzgador, en la medida en que las pruebas sólo pueden ser admitidas en el proceso durante una fase sometida a competencia de un juez.»

La función garantista que la judicialización intenta conseguir puede ser, en el marco de un proceso de tipo acusatorio, alcanzada mediante la intervención de otras entidades de naturaleza no jurisdiccional.

La circunstancia que inviste al juez con la reserva absoluta para la práctica de la investigación fue la idea de que sólo él podría defender —por su imparcialidad, independencia y formación jurídica— los derechos, libertades y garantías constitucionalmente tutelados.

Sin embargo, hoy está demostrado que el núcleo esencial de la investigación se materializa en puros actos de indagación probatoria, para los cuales son más necesarios requisitos de eficacia y operatividad que la salvaguarda de los derechos fundamentales.

La atribución de competencia para las investigaciones preacusatorias al ministerio fiscal y a los órganos de la policía judicial, que en el futuro Código se realiza con la denominación de investigación, se hace sobre la base de este criterio. Criterio que ha de obtener foro de constitucionalización, en el caso de que se quiera convertir a la ley fundamental en instrumento que posibilite un más racional y proporcionado reparto de competencias en la esfera de la administración de la justicia penal (18).

(18) Punto extremadamente polémico es el de la constitucionalidad de la investigación que el nuevo Código de procedimiento penal definió «como la forma usual en el futuro de preparación del proceso, con un valor probatorio homólogo al de los autos de instrucción judicializada y, por ello, dotado de la plenitud de los medios adecuados a la reconstrucción de los hechos que haya de sustentarse en la acusación» (exposición de motivos del proyecto de ley de autorización legislativa presentado por el Gobierno a la Asamblea de la República para la aprobación del Código de procedimiento penal).

Puesta en entredicho la constitucionalidad de este punto —verdadera clave de la estructura del Código—, fue declarada conforme a la Constitución por el Tribunal Constitucional en sede de examen preventivo, a requerimiento del presidente de la República precisamente sobre la base de la misma línea del razonamiento (sentencia núm. 7/87, suplemento al *Diario de la República*, núm. 33, de 9 de febrero de 1987).

Queda así claro que la intervención judicial tiene un ámbito material de legitimación: la salvaguarda de las garantías fundamentales.

En la medida en que tales garantías estén garantizadas por la intervención de una entidad distinta —especialmente el ministerio fiscal— nada obliga a su judicialización.

Como se afirmó en la sentencia número 6 de la comisión constitucional, «al imponerse que la instrucción sea competencia de un juez, lo que se pretende es asegurar que durante esta fase procesal no sean contravenidos ciertos valores fundamentales que la Constitución defiende y que implican que el proceso penal se encuentre sujeto a ciertas reglas cuyo escrupuloso respeto importa garantizar. Ninguna otra cosa salvo este valor —que otra entidad puede salvaguardar— impone la intervención del juez.

16. De lo dicho anteriormente no se desprende que en ningún caso la Constitución procesal penal debe prescindir de una función profiláctica y defensiva frente a las eventuales amenazas de autoritarismo penal que la problemática del terrorismo y de la criminalidad violenta y organizada inspira progresivamente.

Lo que debe acentuarse, sin embargo, es que el autoritarismo contemporáneo se presenta en modo distinto a aquel que las Constituciones pretendieron conjurar.

En primer lugar, la burocracia procesal, transformando la tramitación de las acciones penales en una pura mecánica administrativa, y, por otro lado, la masificación de la justicia penal, transformando el respectivo proceso en un trabajo en serie efectuado a través de una pura taylorización, en el ámbito de la cual se pierde la condición humana del caso y no se respeta la personalidad de los intervinientes, y, por fin, la ejemplaridad, por la cual la justicia penal restringe su plena actuación a ciertos casos seleccionados en nombre de la prevención general o en base a la pura discrecionalidad, relegando a la más completa impunidad miles de otras que la justicia social haría necesario que se persiguiesen con igual denuedo.

Para todo ello existen soluciones de política criminal y de organización judicial ya experimentadas. Lo que está en causa ahora es conferirles la garantía de la constitucionalización, para que comiencen a funcionar como metas programáticas del sistema.

La perversión de la burocracia tiene como terapéutica la concentración de la estrategia promocional en la titularidad del ministerio fiscal, confiriéndole competencia para la efectiva dirección y dinamización de las fases de investigación, permitiéndole la incrementación de esquemas de racionalización y de buena gestión de los servicios de investigación criminal. Se trata, en suma, de hacer introducir en el ámbito de la previsión constitucional, al lado del principio de la titularidad exclusiva de la acción penal por el ministerio fiscal (19), el de su competencia para la dirección de la investigación, regla que equilibraría la excesiva proyección que hoy asume la judicialización instructoria, que no puede dejar de ser planteada en términos diversos.

(19) Tal previsión es hoy absolutamente indispensable, ante la desaparición frente al futuro Código de procedimiento penal de la acción penal subsidiaria en la titularidad de otras entidades que no son el ministerio fiscal. Hay una evolución importante respecto a una situación procesal en que la acción penal era ejercitable por el ministerio fiscal y por otras entidades, legitimadas por la Constitución (art. 244; sentencias núms. 380, 433 y 448 de la comisión constitucional y dictamen núm. 8/22 de la misma instancia).

Contra la masificación encontraríamos como excelente antídoto la constitucionalización del criterio, hoy hecho constar en el Código de procedimiento penal, del necesario conocimiento en ciertos procedimientos, de la personalidad del agente del delito, así como de las circunstancias sociológicas y ambientales en las cuales la infracción se cometió.

Por último, la ejemplaridad discrecional y la disfunción podrían obviarse a través de la consagración, a nivel de la ley fundamental, de un principio mitigado de oportunidad acusatoria que posibilite la suspensión provisional del proceso contra imposiciones y reglas de conducta como alternativa a la acusación (20).

17. Es interesante, por último, redimensionar la previsión constitucional en orden a abarcar situaciones normativas que, siendo imposiciones de los principios fundamentales del Derecho procesal penal, confieran tutela a exigencias cada vez más incesantemente reclamadas por la práctica forense.

17.1. En primer lugar, el derecho a un juicio en un plazo razonable, que aparece consagrado en la Convención europea de los derechos del hombre (art. 6, núm. 1).

Se trata de una orientación programática de todo el sistema procesal penal, cuyos fundamentos reclaman un mínimo de racionalidad y de justicia material, de aceleración procesal constitucionalizada, que podrán servir como criterio de legitimación de soluciones legislativas que, sacrificando otros

(20) La introducción de medidas de oportunidad acusatoria viene siendo hace ya mucho tiempo propugnada por la doctrina. FIGUEIREDO DIAS lo había planteado en su artículo «Para uma reforma global do processo penal português», en *Para uma nova justiça penal*, Coimbra, 1983, pág. 235. En el Código de procedimiento penal, la opción por la oportunidad en la deducción de la acusación fue asumida básicamente bajo la forma de la admisibilidad de la suspensión provisional del proceso, en la cual el ministerio fiscal decide o bien por la abstención de acusación mediante la imposición al acusado de determinadas reglas de conducta: indemnizar al lesionado, darle una satisfacción moral adecuada, entregar al Estado o a instituciones privadas de solidaridad social cierta cuantía, no ejercer determinadas profesiones, no frecuentar ciertos medios y locales, no residir en ellos, no acompañar, alojar o recibir a ciertas personas, no mantener en su poder determinados objetos capaces de hacer posible la comisión de otro delito y cualquier otro comportamiento especialmente exigido por el caso.

Se trata de una eventualidad restringida a delitos castigados con pena de prisión no superior a tres años, o sea, de pequeña o mediana gravedad.

De lo que se trata ahora es de conferir la prerrogativa de la constitucionalización a tal principio, puesto que nuestra jurisprudencia constitucional no ve en la ley fundamental otro principio que el de legalidad incriminatoria (sentencia núm. 452, apéndice al *Diario de la República* de 23 de agosto de 1983).

bienes jurídicos, se orienten únicamente a la oportunidad de la exigencia de responsabilidades penales (21).

Estando indisociablemente ligadas la duración del procedimiento penal y la prisión preventiva podrán obviarse los virtuales desequilibrios en que el legislador haya incurrido en cuanto a los plazos de prisión, que no habrán de alargarse desde el momento en que se haya alcanzado el término de las fases procesales en el ámbito de las cuales aquélla encontraba justificación.

Compatibilizar la exigencia de celeridad procesal —reforzada por la garantía de su inserción en el texto constitucional— con la inevitable prolongación de la prisión preventiva en procesos de especial complejidad sólo podrá lograrse con la formalización de un criterio de proporcionalidad de duración razonable del proceso que esté constitucionalmente previsto.

17.2. Podrá, por otro lado, potenciarse el alcance del principio de libre apreciación de las pruebas, con todo lo que ello implica de legalidad en la determinación de la culpabilidad y de la necesaria inmediación y oralidad en el proceso de toma de decisiones penales (22).

(21) En este caso el valor de la confesión del acusado, materia en la que el Código de procedimiento penal acomete una profunda innovación al permitir en ciertas circunstancias, y si el delito no es punible con pena de prisión superior a tres años, que, habiendo una confesión íntegra y sin reserva, el Tribunal pueda considerar los hechos imputados como probados, pasando —en el supuesto de que no haya lugar a absolución por otros motivos— a la determinación de la sanción aplicable (art. 344). Este sistema se orienta a la aceleración procesal y no es incompatible con el preceptuado constitucionalmente.

Primero porque en el proceso agnitorio —que tiene en la confesión uno de sus elementos estructurales— sólo se contraviene la ley fundamental en la medida en que ponga en entredicho las garantías esenciales de defensa (en este sentido, la sentencia número 434 de la comisión constitucional, apéndice).

Después porque el legislador sólo incurrirá en inconstitucionalidad en el caso de que tenga, al tipificar el relieve probatorio de la confesión, «hecho peligrar el núcleo fundamental de los derechos constitucionalmente protegido» (por ejemplo, nuestro trabajo «Processo penal os anos de fim», separata del *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 343).

(22) La traducción constitucional de tales principios evitaría la permisividad de situaciones como aquellas en las que un reo puede sufrir condena solamente sobre la base de la presunción probatoria inherente a los autos en los que se pone de manifiesto una infracción de flagrante delito a quien cuantiosa legislación confería el privilegio de la prueba en juicio salvo prueba en contrario. Criticada la constitucionalidad por alguna doctrina y jurisprudencia (por ejemplo, JOSÉ ANTONIO BARREIROS y TERESA ALVES MARTINS: *Constitucionalidade da presunção probatoria do auto de notícia no processo criminal. Estudos sobre a Constituição*, volumen tercero, Lisboa, 1979, págs. 103 y sigs.), fue aceptada por sentencia de la comisión constitucional número 168 (apéndice al *Diário de la República* de 3 de julio de 1980), a la cual se adhi-

El principio de oralidad sobre todo, con la consiguiente proscripción de la condena sobre la base de medios de prueba que no puedan estar sujetos a contradicción durante la audiencia del juicio, habiendo sido ya declarado como valor constitucional por nuestra jurisprudencia constitucional, no debe quedar fuera de la revisión que haya de efectuarse respecto a la Constitución en vigor (23).

17.3. Por último, en materia de privación de libertad, la solución derivada del Código de procedimiento penal implica que la Constitución clarifique la admisibilidad de la detención por acto de entidad no judicial, incluso en los supuestos de no flagrante delito, reservándose inderogablemente a la competencia de los jueces la convalidación judicial de las capturas (24).

rieron posteriormente las instancias. La cuestión de la constitucionalidad habría de ser interiormente revisada por la comisión constitucional, al rechazar la constitucionalidad de la presunción probatoria de diligencias no realizadas en presencia de la autoridad que la hubiese llevado a cabo (sentencia núm. 219, apéndice al *Diario de la República* de 16 de abril de 1981).

La polémica habría de dar sus frutos: en el futuro Código de procedimiento penal las diligencias tienen el valor de mera prueba testimonial.

(23) La articulación entre el valor constitucional del principio de contradicción y el de oralidad e inmediatez fue objeto fundamental del dictamen número 18/81 de la comisión constitucional, que daría lugar a la declaración de inconstitucionalidad por el Consejo de la Revolución (resolución núm. 146-a/81, de 21 de julio de 1981) del artículo 439 del Código de procedimiento penal, «en la medida en que preveía la lectura en audiencia durante el juicio de las declaraciones de los testigos de la acusación que no comparecieran en tal audiencia y ante las cuales el acusado no había tenido posibilidad jurídica de interrogar o hacer interrogar».

Se consideró en este informe (publicado entre los informes de la comisión constitucional, volumen 16, págs. 147 y sigs.) que los principios de oralidad e inmediatez no eran en sí mismos principios jurídico-constitucionales del procedimiento penal, sino solamente «en cuanto sus reflejos se manifestaban sobre otros principios constitucionalmente impuestos».

De lo que se trata ahora, de acuerdo con la propuesta que formulamos, es de considerar tal valor constitucional como directo y primario, de modo que no fuera admisible decisiones penales finales no fundamentadas en pruebas llevadas a cabo en la audiencia durante el juicio directamente ante el juez de la causa.

Sobre estos principios, en el ámbito de nuestro procedimiento penal, véase FIGUEIREDO DIAS: *Direito processual penal*, volumen 1, Coimbra, 1974, págs. 229 y sigs.

(24) La admisibilidad constitucional de que la prisión preventiva sea decretada por ente no judicial estaba prevista ya en la Constitución de 1933 (art. 8, 94). En el ámbito de la vigente Constitución era tal la postura mayoritaria (JOSÉ RODRIGUES DOS SANTOS: *Prisão preventiva e seu regime legal*, págs. 30 y sigs.), jurisprudencialmente acogida (sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 26 de mayo de 1982, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 317, págs. 170 y sigs.; informe de la Fiscalía General del Estado, segunda serie del *Diario de la República* de 24 de julio de 1978); solamente

De la misma manera se deben considerar como adquiridos dos principios que el nuevo Código recoge como innovaciones fundamentales: el de la prevalencia de las medidas preventivas en libertad respecto a la prisión preventiva y el de la insusceptibilidad de la incaucionabilidad *ope legis*.

En el primer caso está en causa la modificación del mandato del número 2 del artículo 28 de la Constitución, estableciendo no sólo, como hoy en él está previsto, que la prisión preventiva no se mantenga cuando pueda ser sustituida por caución o por la medida de prisión provisional fijada en la ley, sino, más ampliamente, que no se decrete la prisión cuando tal posibilidad de sustitución pueda darse.

En cuanto a la segunda eventualidad de constitucionalización, impedirá que el legislador usurpe la competencia judicial al dictar casos en que la libertad provisional no pueda ser decretada incluso bajo caución (25).

en contra CASTRO E SOUSA: *A tramitação do processo penal*, Lisboa, 1983, págs. 76 y siguientes, entendía que «incluso antes de la reforma constitucional de 1982, y contra la opinión dominante, la Constitución estableció la reserva exclusiva al juez de la competencia para decretar la prisión fuera de los supuestos de flagrante delito».

Se trataba de una solución contradictoria con la integral judicialización instructoria establecida por la Constitución y consistiendo en «una singularidad inexplicable» (FIGUEIREDO DIAS: «A nova Constituição e o processo penal», en *Revista del Colegio de Abogados*, 1976, págs. 104 y 105) y criticable desde el punto de vista de la política legislativa (JOSÉ ANTONIO BARREIROS: *Processo penal*, 1981, págs. 367 y sigs.).

Hoy, frente al nuevo Código de procedimiento penal —que circunscribió la judicialización al ámbito material de la jurisdiccionalización—, tal contradicción no existe. Se produce una innovación terminológica que es importante realzar: el articulado del Código «reserva el término 'prisión preventiva' para la privación total de libertad individual derivada de una decisión judicial interlocutoria, generalizando el concepto de detención para todos los demás casos en los que la privación de libertad haya de ser confirmada por la intervención judicial subsiguiente, y ello se hace precisamente para acentuar el carácter precario y condicional de la detención, sujeta a condición resolutoria de la homologación judicial» (núm. 32 de la exposición de motivos del proyecto de ley núm. 21/IV, por el cual el Gobierno solicitó a la Asamblea de la República autorización para legislar en materia de procedimiento penal).

(25) Innovación significativa del Código es la eliminación de la categoría de los delitos legalmente incaucionables, así como de la imposición que resultaba de la ley anterior de que en ciertas circunstancias el magistrado tenía que decretar obligatoriamente la privación de libertad como alternativa a cualquier medida de libertad provisional.

Verdadero juicio de suspensión sobre la independencia de criterio de la Magistratura y excepción ilegítima a la prevalencia de la libertad sobre la prisión, la incaucionabilidad *ope legis* no debe ser replanteada, incluso aunque para ello haya de recurrirse a la tipificación constitucional.

18. Otras muchas situaciones, hoy bagaje adquirido por la jurisprudencia de las instancias internacionales a las que corresponde la protección de los derechos humanos, podrían ser virtualmente objeto de garantía constitucional.

La moderación aconseja, sin embargo, que nos detengamos aquí. El legislador ordinario y sus propios tribunales nacionales pueden y deben constitucionalizar también aquello que los constituyentes no hayan tenido oportunidad de hacer.

Donde hoy se habla de Constitución procesal penal, habrá de hablarse en el futuro y con propiedad de proceso penal constitucional.

(Traducción de TERESA QUINTELA).