

# LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO PROCESAL PENAL\*

Dr. JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER\*\*

## Sumario:

I. Agradecimiento preliminar.— II. La constitucionalización del proceso.— III. El desarrollo de los derechos fundamentales, de carácter procesal penal, reconocidos por la Constitución.— IV. La normativa procesal penal posterior a la Constitución y las reformas técnicas.— V. El Derecho Constitucional Procesal Penal.— VI. Conclusiones. Apéndice legislativo.

## I. AGRADECIMIENTO PRELIMINAR

Con la venia.

Mis primeros palabras solo pueden ser de agradecimiento para los directores del *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* de esa bella ciudad alemana de Friburgo, profesores doctores HANS-HEINRICH JESCHECK, por desgracia para todos liberado por fuerza de la ley de sus funciones docentes, y ALBIN ESER, actual director del mismo, así como para el *Referent für Spanien*

\* Texto (con algunas leves modificaciones de redacción) de la conferencia pronunciada en el *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, de Freiburg im Breisgau (República Federal de Alemania), el día 28 de agosto de 1984.

\*\* El autor es *profesor titular* de derecho procesal en la Universidad de Valencia (España). Ha realizado estudios de derecho procesal en Alemania, gracias a diversas becas de investigador que le han concedido la organización alemana MAX PLANCK y la DAAD, en el *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* de Friburgo de Brisgovia. Entre sus publicaciones es conocido su trabajo sobre "El Amparo de la Pobreza"; la traducción de la *Strafprozessordnung alemana* y de sus *Leyes complementarias*, próxima a aparecer; así mismo son sus artículos "La liquidez de la sentencia en el proceso laboral", "La asistencia extrajudicial gratuita en la República Federal de Alemania" y "La paralización del procedimiento". Es colaborador habitual de la Revista "Justicia", dirigida por el prof. MONTERO AROCA, de quien es uno de sus más aventajados discípulos.

Fue ponente español sobre el tema "Acceso gratuito a la Justicia" en el *VII Congreso Internacional de Derecho Procesal*, celebrado en septiembre de 1983 en Würzburg (República Federal Alemana), y ha sido encargado por el *Consiglio Superiore della Magistratura Italiana* de redactar un informe sobre la situación jurídico-procesal del enfermo mental en el proceso penal español.

La relación del dr. GÓMEZ COLOMER con la Revista no es nueva, pues publicó ya en el núm. 14 su traducción del escrito del prof. dr. h.c. CLAUS ROXIN, de la Universidad de Munich, *Introducción a la ley procesal penal alemana*, y en un futuro seguirá colaborando con diversos artículos de derecho procesal penal. Nota de la coordinación.

und Lateinamerika, dr. KURT MADLENER, por haberme dispensado el honor de poder dirigirles, a ellos y al competente grupo de colaboradores del área de España y de Hispanoamérica de este prestigioso Instituto, así como a los compañeros becarios aquí presentes, unas modestas palabras acerca del importante influjo que nuestra última Constitución tiene sobre la normativa procesal, en concreto, por la naturaleza de este Centro de Investigación, sobre la normativa procesal penal española.

## II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO

El fenómeno de la constitucionalización del proceso no ha sido, en absoluto, innovación de la Constitución de 1978. En efecto, ya desde 1812, fecha de nuestro primer texto legal supremo, conocido como Constitución de Cádiz, por lo que respecta a mi país, y por influencias indudablemente americanas y francesas, el legislador constitucional ha creído siempre necesario regular normas procesales penales en nuestras Cartas Magnas.

De un lado, se ha limitado normalmente a la constitucionalización de derechos fundamentales que la persona humana podía ver peligrar, a causa de las investigaciones criminales y del mismo proceso, sin haber sufrido todavía la condena firme; de otro, cuando la Constitución ha sido la expresión máxima de las normas democráticas de convivencia de nuestra sociedad, al mismo tiempo que procedía a aquella constitucionalización, ha impuesto una específica obligación de vigilancia de su cumplimiento a un tribunal especial, de grado máximo, sin perjuicio de encomendar igualmente esta gran labor a los tribunales ordinarios, que bajo diferentes denominaciones se convirtió en el garante de aquellos derechos fundamentales, a la par que cumplía otras funciones exigidas por la Ley Fundamental.

La Constitución de 1978 es el último fruto histórico en España de esa moderna tendencia, ciertamente vacilante en algunos momentos, y en otras etapas más recientes, por fortuna ya pasadas, claramente en contra.

Los preceptos procesales penales de nuestra Constitución permiten, no obstante, realizar una doble distinción, que se proyecta asimismo sobre dos campos de estudio distintos.

En primer lugar, hay que distinguir aquellas normas constitucionales que tutelan el derecho de libertad, eje sobre el que gira toda la normativa penal y, por ende, la procesal penal. En este conjunto de normas se contienen los derechos fundamentales de la persona humana, de carácter procesal penal, insistimos, proclamados por el legislador para lograr en definitiva una sentencia penal justa. Hoy no se puede admitir, como se ha dicho acertadamente, que se desarrolle un proceso y que se dicte la sentencia correspondiente, sin que hayan quedado asegurados y respetados previamente los derechos fundamentales de la persona humana. El primer campo de estudio sería, pues, el de los *derechos fundamentales procesales penales*.

En segundo lugar, nuestra Constitución vigente no se ha limitado solo a consagrar determinados derechos, sino que ha querido constitucionalizar normas procesales que, o bien ya existían en los textos legales ordinarios, pero que por su importan-

cia era necesario realzarlas, o bien no existían, pero que, como consecuencia del establecimiento de aquellas garantías, se hacía necesario tutelarlas. Podemos hablar, en el primer sentido, de constitucionalización estricta del proceso, es decir, del *derecho constitucional procesal*, del conjunto de normas constitucionales que establecen garantías formales de realización del mismo, como, por ejemplo, la norma que dispone la oralidad del proceso; y en el segundo, del *derecho procesal constitucional*, es decir, del conjunto de normas que regulan un proceso, el proceso constitucional, cuyo objeto permite la tutela por el Tribunal Constitucional de los derechos constitucionales previamente consagrados. Este segundo campo de estudio es, pues, más amplio, comprensivo de dos temas que a nuestro juicio son distintos, y que indiscutiblemente tienen un tratamiento y consecuencias completamente diversas.

Teniendo en cuenta esta distinción, se nos ha pedido que hablemos de la Constitución española de 1978 y su influencia en el derecho procesal penal. Ello implica que debemos dejar de lado, si hemos de cumplir acertadamente el encargo recibido, cosa que queremos hacer a toda costa, el derecho procesal constitucional, como queda dicho, el conjunto de normas procedimentales que regulan el proceso constitucional, o, como es el caso español, pues la Constitución encomienda al Tribunal Constitucional otras varias funciones, los procesos constitucionales.

Nuestras palabras deben versar, en consecuencia, sobre la normativa procesal penal aprobada después de la Constitución, o basada directamente en ella, que, de un lado, desarrolla en un plano o grado ordinario los derechos fundamentales de la persona humana reconocidos en la Constitución, y, de otro, eleva al máximo nivel determinados principios procesales penales, recogidos ya en la ley ordinaria o reconocidos por la jurisprudencia, sin olvidar mencionar siquiera sea de pasada aquellas reformas de carácter técnico que son consecuencia de otras más profundas, inspiradas también en la propia Constitución.

## III. EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, DE CARÁCTER PROCESAL PENAL, RECONOCIDOS POR LA CONSTITUCIÓN

La reforma cuyo objeto es el desarrollo —en relación con la legislación ordinaria— de los derechos fundamentales constitucionales, ha sido, en los casi seis años de vigencia de la Constitución, la más numerosa y quizá la más importante también. Sin ánimo clasificatorio, aunque sí exhaustivo, debemos referirnos a las siguientes leyes:

1º) El capítulo IV del título I de la Constitución regula las garantías de las libertades y derechos fundamentales. Su art. 53.2 dispone en su primer inciso que “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección 1ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad...”.

Pues bien, el proceso correspondiente aún no ha sido señalado en forma específica. Sin embargo, un día antes de la sanción real de la Constitución, se aprobó por el Parlamento la *ley 62 de 1978, de 26 de diciembre (Boletín Oficial del Estado, de 3 de enero de 1979)*, reguladora de la protección jurisdiccional de los derechos

fundamentales de la persona. La importancia de esta ley, que entró en vigor después que la Constitución, y, lo que es más notable, que fue redactada teniendo en cuenta las disposiciones constitucionales, estriba en que ha asumido provisionalmente, en tanto no se apruebe aquel proceso definitivo, la función de ser el medio legal para promover la tutela a que se refiere el inciso primero del art. 53.2, anteriormente leído.

La ley se refiere a la protección civil, administrativa y penal. Respecto a esta última, regula un proceso, desacostumbradamente rápido en mi país (de 45 a 60 días como máximo, generalmente cumplidos en la práctica), para el que son competentes los tribunales ordinarios penales, cuyo objeto, dos veces modificado posteriormente, por *real decreto legislativo 342 de 1979, de 20 de febrero (BOE del 27)*, y por la *ley orgánica 2 de 1979, de 3 de octubre (BOE del 5)*, es la tutela de las libertades fundamentales de expresión, reunión, asociación, libertad y secreto de la correspondencia, garantía de inviolabilidad del domicilio, etc., es decir, los reconocidos en los arts. 14 y 15 a 29 de la Constitución. Este proceso es requisito previo al posterior de amparo constitucional, lo que convierte a nuestro Tribunal Constitucional, en este caso, en un tribunal de instancia, efecto no deseable a nuestro juicio, que perjudica el desarrollo de sus funciones específicas.

2º) En desarrollo de otro precepto constitucional [el art. 55.2, el cual dispone que "una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas"], la *ley orgánica 11 de 1980, de 1º de diciembre (BOE del 2)*, ha establecido importantes preceptos procesales que afectan al sumario o primera fase, escrita, del proceso penal español por delitos graves, en este caso, por los denominados delitos de terrorismo, de los que conoce un órgano especial al que nos referiremos más adelante, la Audiencia Nacional.

En concreto, la ley orgánica permite la ampliación de la detención policial hasta 10 días, cuando el plazo para cualquier otro imputado es de 3 días como máximo (art. 17.2 de la Constitución), y el levantamiento de los derechos constitucionales de inviolabilidad de domicilio y de secreto postal.

La importancia de sus disposiciones reside no solo en arbitrar medidas cautelares diferentes de las existentes en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para imputados "normales", cuando el sospechoso lo es de haber cometido un delito de terrorismo, sino también en la propia constitucionalidad de la ley, puesto que la ordenación originaria de tales medidas no parte de un juez, sino del propio órgano gubernativo, de la propia policía, aunque luego deba aprobarla o negarla aquel. La Constitución, al atribuir el ejercicio de la potestad jurisdiccional exclusivamente a los órganos jurisdiccionales (art. 117.3), está exigiendo en todo caso que la ordenación de una medida propia del ejercicio de esa potestad, cual es la cautelar, no se haga por persona diferente de un juez, que es precisamente lo permitido en esta ley orgánica.

Sobre el ejercicio del derecho de defensa en este proceso tendremos ocasión de volver en unos minutos. Bástenos ahora decir que hito clave de esta ley respecto a la investigación sumarial, es la medida de incomunicación, de prohibición de comunicaciones entre el imputado presunto terrorista y su abogado, procurador, u otras personas.

3º) Casi dos años anterior a la Constitución es la creación de un tribunal, ciertamente no ordinario, específico para conocer, dentro de su competencia penal, de determinados delitos, especialmente graves por sus efectos materiales o, incluso, territoriales, e instaurado con el fin, según se dice en la Exposición de Motivos de su norma fundacional, de permitir un mejor conocimiento procesal de determinados delitos muy graves, para cuya investigación y enjuiciamiento resulta inadecuada una administración de justicia organizada en juzgados y tribunales de competencia territorial limitada. Ese órgano antes mencionado, que tiene en consecuencia competencia en todo el territorio español, es la Audiencia Nacional, que sustituyó, no solo en el nombre, al tristemente famoso Tribunal de Orden Público de la anterior etapa política.

Sin embargo, su existencia ha sido cuestionada, tras la aprobación de la Constitución, por el sector más progresivo de nuestra doctrina, con válidos argumentos, por entender aquel que dicho tribunal viola el principio del juez legal, es decir, el principio del juez ordinario predeterminado por la ley, consagrado en los arts. 24.2 y 117.6 de la Constitución, fundamentalmente por la falta de adecuación existente entre el lugar de comisión del delito y el tribunal competente, base del sistema competencial penal, base, en suma, de la atribución ordinaria de la competencia al juez ordinario predeterminado por la ley. También, en nuestra opinión, la existencia de la Audiencia Nacional y de las correspondientes normas procesales no desarrolla, sino que viola, ese derecho fundamental del juez legal.

Sin creación, a su vez, de proceso alguno, pues se aplican normas procesales existentes con anterioridad, el *real decreto-ley 1 de 1977, de 4 de enero (BOE del 5)*, que establece normas procesales administrativas y penales, concentra en cuanto a estas últimas, fundamentalmente, el enjuiciamiento de sospechosos de haber cometido graves delitos de falsificación monetaria, contra la economía privada o nacional, tráfico ilícito de drogas, etc. Este real decreto-ley ha sido modificado posteriormente en dos ocasiones tras la aprobación de la Constitución, por la *ley orgánica 2 de 1981, de 4 de mayo (BOE del 5)*, y por la *ley orgánica 12 de 1983, de 16 de noviembre (BOE del 26)*, modificaciones que han afectado al orden material de la competencia para el conocimiento de determinados delitos, si bien su importancia, relación e influencia respecto a la Constitución no estriba solo ahí, sino también en el sucesivo acomodo que las leyes posteriores a la Constitución, incluso esta, que no lo derogó, han realizado respecto a las disposiciones contenidas en ese real decreto-ley mencionado.

Este atribuye, además, a dicho órgano, el conocimiento de las solicitudes de extradición pasiva, así como, entre otros, el conocimiento de los procedimientos penales iniciados en el extranjero, la ejecución de sentencias dictadas por tribunales

extranjeros o el cumplimiento de pena de prisión impuesta por tribunales extranjeros, con base en los tratados internacionales correspondientes en vigor.

4º) Competencia ahora también de la Audiencia Nacional es el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo, cuyo último eslabón, en la prolija y confusa cadena legislativa que desde 1975 se viene produciendo, es el *real decreto-ley 3 de 1979, de 26 de enero (BOE del 1 de febrero)*, sobre protección de la seguridad ciudadana, cuyas disposiciones hay que complementar con la ley orgánica 11 de 1980, ya mencionada, que regula los supuestos previstos en el art. 55.2 de la Constitución.

Este real decreto-ley intenta ser, en palabras del legislador, la respuesta adecuada al fenómeno del terrorismo y a otras formas de delincuencia que alteran la seguridad ciudadana. "Con ello —sigue diciendo su Exposición de Motivos—, se evita la posible indefensión de la sociedad frente a la delincuencia hasta la adopción, en desarrollo de la Constitución, de los nuevos textos del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal". La ley complementa, pues, desde otro punto de vista, el desarrollo del art. 55.2 de la Constitución, como queda dicho.

La normativa procesal es, sin embargo, algo confusa, debido a la existencia de otra legislación que tiene idéntico objeto. Sus disposiciones más relevantes afectan a la competencia, a la posibilidad de decretar incondicionalmente la prisión provisional sin necesidad de que concurren los presupuestos generales exigidos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, por último, a restricciones del derecho de impugnación de resoluciones judiciales.

5º) El derecho a la publicidad del proceso, consagrado en los arts. 24.2 y 120.2 de la Constitución, ha sido también desarrollado por la *ley 53 de 1978, de 4 de diciembre (BOE del 8)*, aprobada pocos días antes que la Constitución, pero con base sin duda en su texto definitivo.

Con anterioridad a dicha ley, el derecho a la publicidad referido a la fase sumarial del proceso penal español, que estaba y sigue estando excluido en todo caso respecto a terceros, se hallaba muy limitado para el imputado, puesto que, con escasas excepciones, no podía tomar conocimiento de las actuaciones sumariales hasta su finalización, con base en la máxima, claramente expresada en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del derecho del Estado a recuperar la ventaja inicial del delincuente, quien preparó y cometió en secreto su acción delictiva.

La ley 35 de 1978 ha convertido la excepción en norma general, y hoy el imputado tiene derecho a examinar y tomar conocimiento de las diligencias sumariales. No obstante ello, la posibilidad de secreto se mantiene restrictivamente.

6º) El derecho de libertad personal del art. 17.1 de la Constitución, concretamente en lo que afecta a sus límites por incoacción de proceso penal contra determinada persona, ha sido asimismo desarrollado en su aspecto ordinario, pues la Constitución, en su art. 17.4 *in fine*, así lo exigía, por lo menos respecto al tema de la duración máxima de la prisión provisional, y, en relación con él, de los presupuestos necesarios para acordarla, regulados en los arts. 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Solo que, por la especial conflictividad del tema, lo ha sido en más de una ocasión.

En efecto, la prisión provisional tenía, con anterioridad a la Constitución, una duración máxima legalmente determinada equivalente a la de la pena señalada para el delito que la motivaba. Esta injusta situación —piénsese que el imputado podía sufrir la prisión provisional indefinidamente hasta la sentencia, y ser absuelto en ella— fue modificada por la *ley 16 de 1980, de 22 de abril (BOE del 26)*, que fijó como límite de duración de la prisión provisional la mitad del tiempo que presuntamente podía corresponder al delito imputado, reforma que no podíamos considerar justa, ya que en definitiva significó disminuir a la mitad el problema, pero no terminar con él. De ahí que por *ley orgánica 7 de 1983, de 23 de abril (BOE del 26)*, se volvió a modificar tal situación, fijándose ahora unos límites que varían entre 6 y 30 meses, según la penalidad señalada para el delito imputado, excepcionalmente hasta la mitad de la pena si la sentencia condenatoria hubiese sido recurrida.

Esta regulación, más satisfactoria y ajustada a la Constitución, no ha dejado de ser polémica a pesar de ello, puesto que el gobierno ha enviado ya al Parlamento una nueva regulación, todavía no aprobada, en la que se rebaja de nuevo el límite mínimo a 3 meses, pero se amplía el máximo a 4 años o a la mitad de la pena impuesta si se recurriera la sentencia.

El tema de la duración de la prisión provisional ha ido unido siempre al problema que plantea uno de los presupuestos exigidos para su adopción: el de la gravedad de la pena que tiene señalada el delito imputado, cuestión asimismo discutida y reformada sucesivamente por la legislación anteriormente mencionada. En efecto, si antes de la Constitución la prisión se adoptaba, concurriendo además otros presupuestos, cuando el delito tenía señalada pena de prisión o presidio mayores, o pena superior, en 1980 se rebajó a prisión o presidio menores, o pena superior, y en 1983 se volvió de nuevo a la pena de prisión o presidio mayores, hoy solo de prisión, o pena superior, aunque se pueda imponer excepcionalmente cuando la pena esperada sea de prisión menor, si bien solo hasta que el inculcado afiance su libertad provisional.

La sociedad española —comprendido dentro de ella el cuarto poder, la prensa, radio y televisión—, que entendió mal la interpretación y aplicación por los jueces del art. 503-2ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha reclamado con inusitada fuerza su derogación, logrando enfrentar a las más altas instituciones del Estado que tienen un interés directo en el tema, vale decir, el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Poder Judicial. La redacción del todavía vigente texto legal no permite que el juez de instrucción ordene la prisión provisional, sino la libertad provisional, cuando la pena presumible sea la de prisión menor, pero siempre que el imputado preste fianza, y siempre, además, que los antecedentes del mismo lo favorezcan, es decir, cuando, como se ha venido interpretando en la práctica, no sea reincidente o de conducta peligrosa. Fue esa redacción legal y no la judicatura la que provocó la salida en forma de alud de presos preventivos de la cárcel, combinada con la disminución de la gravedad de las penas efectuada por la reforma del Código Penal en 1983, y la saturación existente entonces de los centros penitenciarios. El gobierno pretende ahora reformar este punto limitando el arbitrio judicial

a la hora de decidirse por la libertad provisional, con o sin fianza, o la prisión provisional, cuando el delito tenga señalada pena de prisión menor, o inferior.

7º) El derecho de defensa, consagrado en varios preceptos constitucionales (arts. 17,3, 24.1 y 24.2), ha sido objeto asimismo de un importante desarrollo legislativo, no siempre acorde con lo ordenado en la propia norma fundamental.

La Constitución garantiza en esos preceptos, en efecto, no solo el derecho a la defensa técnica, la llevada a cabo por un profesional del Derecho, un abogado defensor, desde el mismo momento en que se produce el primer acto de imputación, es decir, en la mayor parte de los casos, desde la detención policial, y por toda la duración del proceso, sino también el derecho de autodefensa ejercido por el propio imputado.

En su desarrollo se promulgó primero la *ley orgánica 53 de 1978, de 4 de diciembre (BOE del 8)*, sobre la que ya dijimos unas palabras, pues modificó también el secreto del sumario. Toca ahora resaltar la reforma realizada en los arts. 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reguladores del derecho de defensa ejercido como consecuencia de actos judiciales de imputación en el primer caso, y, en el segundo, como consecuencia de la detención policial.

Esta ley orgánica garantizó la asistencia letrada ya desde el primer acto de imputación, como ordena la Constitución, a diferencia de la regulación anterior, que convertía la defensa técnica en obligatoria solo desde la notificación del auto de procesamiento, en la redacción originaria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, solo en fase de juicio oral, llegado el momento de calificar el imputado provisionalmente los hechos.

Sin embargo, la reforma resultó ser francamente exigua, porque se garantizó el derecho de presencia, en el interrogatorio policial, del defensor, pero no su derecho de intervención, es decir, quedó excluida la posibilidad de que el defensor técnico penal pudiera formular objeciones o preguntar durante la realización de dicho acto, con lo cual se convirtió en lo que la práctica denomina "convidado de piedra", aludiendo con ello gráficamente a la situación descrita con ingenio por TIRSO DE MOLINA en su comedia homónima.

La necesidad de ampliar ese derecho de presencia al de intervención, se puso de manifiesto de inmediato, razón por la que se aprobó la *ley orgánica 14 de 1983, de 12 de diciembre (BOE del 28)*, que no solamente realizó aquella ampliación, sino que además también desarrolló el contenido de la asistencia letrada al detenido, regulando certeramente a nuestro juicio toda la problemática, y superando con mucho a otros textos que se ocupan de esta materia, tanto internacionales, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como extranjeros, por ejemplo, la regulación contenida en los §§ 137 y siguientes de la *Strafprozessordnung* de la República Federal de Alemania.

El art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula ahora todas las posibilidades que desde el punto de vista del derecho de defensa se pueden estudiar, tanto si esta es ejercida por el defensor técnico, como si es el propio imputado quien se autodefende, lo cual presenta tan solo la dificultad, siempre ardua de resolver,

de la limitación que sufren estos derechos cuando la persona detenida está incomunicada, situación que es la normal cuando el imputado es sospechoso de haber cometido un delito de terrorismo, según dispone expresamente el art. 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, se consagran los derechos de información jurídica, de no declarar contra sí mismos, de guardar silencio, de obtener abogado defensor de oficio, de comunicación a familiares de la detención, de intérprete gratuito, de reconocimiento médico, etc., pudiendo realizar el defensor una amplia actividad en dicho acto, según detalla escrupulosamente la ley, limitándose en el caso mencionado el derecho de defensa, en cuanto a la comunicación y en cuanto a la libre elección del mismo.

8º) El último desarrollo hasta la fecha de un precepto constitucional de carácter procesal penal, se ha producido recientemente por la *ley orgánica 6 de 1984, de 24 de mayo (BOE del 26)*, reguladora del *habeas corpus*, derecho reconocido en el art. 17.4 de la Constitución.

El derecho de ser puesto en presencia del juez inmediatamente tras la detención, que no es totalmente original del derecho anglosajón, pues en la Edad Media ya se conoció en el Reino de Aragón el proceso de manifestación de personas, presenta varias posibilidades de aplicación, siendo precisamente la de menor eficacia la relativa al proceso penal.

En efecto, nuestro proceso penal es un proceso dividido en dos fases, la sumarial y la de juicio oral, cuyo conocimiento está atribuido legalmente a dos órganos jurisdiccionales distintos, aunque no siempre, pero en todo caso a un órgano jurisdiccional. Estando regulada por la ley, de un lado, la duración máxima de la detención, que la Constitución ha establecido en 72 horas como máximo, pero que la ley ordinaria limita a 24, y, de otro, siendo obligatorio que la policía ponga, inmediatamente termine sus investigaciones, cosa que debe hacer con la mayor diligencia, en cualquier caso con aquel límite temporal, al detenido a disposición judicial, la efectividad del derecho al *habeas corpus* en el proceso penal es mínima, aunque evidentemente siempre quedará abierta, no obstante, esta posibilidad, cuando la detención supere los límites temporales legales, o se haya realizado con manifiesta vulneración de la normativa vigente. Cosa distinta ocurriría si la fase de investigación previa al juicio oral no fuera de la competencia de ningún juez, como ocurre, por ejemplo, en la República Federal de Alemania.

Pero si se consideran las posibilidades de detención ilegal existentes, llevada a cabo por cualquier autoridad que no sea la judicial, o que no cumpla órdenes judiciales, la tutela del derecho constitucional de libertad, frente a la posible arbitrariedad de los agentes públicos, o incluso de los particulares, se ve plenamente garantizada al remediar la ley, eficaz y rápidamente, la detención ilegal o bajo condiciones ilegales, ampliando extraordinariamente la legitimación para la reclamación y regulando un procedimiento acelerado, cuyo fin es declarar la conformidad jurídica de la detención, pasando la persona detenida a disposición judicial, o, por contra, entrando en libertad inmediata.

#### IV. LA NORMATIVA PROCESAL PENAL POSTERIOR A LA CONSTITUCIÓN Y LAS REFORMAS TÉCNICAS

Independientemente de la legislación analizada, debemos recordar ahora cuatro modificaciones legales, de carácter directa o indirectamente procesal penal, que se han producido con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, pero que no tienen como fin directo desarrollar ninguna norma constitucional, sino que más bien son de carácter estrictamente ordinario o técnico, aunque, eso sí, encuentran su último basamento en la norma suprema.

1ª) Nuestras palabras iniciales en este punto van a referirse a la creación de un nuevo proceso penal ordinario, ordenada por la *ley orgánica 10 de 1980, de 11 de noviembre (BOE del 21)*, cuyo objeto es el enjuiciamiento de los delitos dolosos menos graves, y de los flagrantes.

Esta ley orgánica, que no hace sino añadir un proceso ordinario a los cuatro hasta entonces existentes, ha pretendido, sin lograrlo completamente en nuestra opinión, crear un procedimiento basado en el principio constitucional de la oralidad, para el conocimiento de los menos graves de los delitos dolosos, y de los cometidos flagrantemente, lo cual ha complicado a su vez la distribución ordinaria de la competencia material, cuya dificultad principal gira en torno al acta o escrito de acusación, que recuerda falsamente al procedimiento monitorio penal, con modificaciones sumariales importantes, y peligrosas, pues se aumentan desmesuradamente los poderes de la policía, confiriéndole carácter legal a lo que hasta ahora era práctica no muy acorde con la legislación, y, en todo caso, perniciosa.

La falta de medios técnicos de nuestra administración de justicia, el carácter no proporcionado respecto a ello de los plazos determinados en esta ley, y el enjuiciarse por medio de este proceso una buena parte de los delitos que vienen siendo cometidos hoy en España, han llevado al fracaso del mismo, cuya normativa no superará, con toda seguridad, la reforma procesal penal tantas veces anunciada, y cuya llegada todavía no empieza a entorse.

2ª) La *ley orgánica 2 de 1981, de 4 de mayo (BOE del 5)*, de reforma de determinados artículos del Código Penal y del Código de Justicia Militar, conocida bajo el nombre de Ley de Defensa de la Democracia, por haber sido aprobada como consecuencia del atentado sufrido por esta el día 23 de febrero de ese año, estableció en el art. 216 bis a), párrafo II del Código Penal, una medida cautelar de cierre del medio de difusión sospechoso de conspiración, proposición o provocación del delito de rebelión o del de terrorismo, ordenada en realidad por el Ministerio Fiscal, y no por el órgano jurisdiccional, pues aunque este debe acordarla en resolución judicial, no tiene otra alternativa ante la petición de aquél.

Estamos de nuevo ante una violación, sutilmente disimulada, del principio sentado en el art. 117.3 de la Constitución, puesto que, como sabemos, la ordenación de la medida cautelar debe corresponder en todo caso al juez. Pero, además, se viola también el art. 20.5 de la Ley Fundamental, porque en virtud de lo dispuesto en él, el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información,

solamente puede acordarse en virtud de resolución judicial. La reforma atribuye, además, el acuerdo final de cierre, mediando recurso, a la Audiencia Nacional.

Este precepto del Código Penal presenta, por otra parte, otros inconvenientes, como, por ejemplo, el haber ampliado desmesuradamente los bienes que pueden ser objeto del comiso.

3ª) La reforma urgente y parcial del Código Penal, realizada por la *ley orgánica 8 de 1983, de 25 de junio (BOE del 27)*, ha llevado a cabo también diversas reformas procesales, de contenido diverso, aunque no simplemente técnicas, de entre las que debemos resaltar la que regula los efectos procesales del perdón del ofendido, excluido ya totalmente en el delito de violación, limitado en los delitos de estupro, raptó y abusos deshonestos, y con problemas de interpretación respecto al delito de abandono de familia; la que regula la ejecución de las penas pecuniarias, pues ahora está previsto expresamente el procedimiento de apremio, infructuoso, como paso previo al arresto sustitutorio; la referente al tratamiento procesal de la causa de inimputabilidad de enajenación mental; la supresión de la ejecución de las penas de presidio y de interdicción civil (respecto a esta última, por la *ley 6 de 1984, de 31 de marzo, (BOE del 3 de abril)*, por haberse suprimido estas penas, etc.

4ª) Por último, es reforma de carácter técnico la realizada por la *ley 4 de 1984, de 9 de mayo (BOE del 13)*, en el art. 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo fin es permitir la destrucción, dentro de la fase sumarial ya, de determinados instrumentos, armas y efectos relacionados con el delito, v. gr. drogas, que debían ser almacenadas antes hasta que la sentencia firme de condena ordenara su destrucción. Ahora basta con dejar una pequeña muestra de los mismos, acompañada de la necesaria constancia documental en autos.

#### V. EL DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL PENAL

Hemos visto hasta ahora, todo lo brevemente que nos ha sido posible, el desarrollo, en el orden de legislación ordinaria, de los preceptos constitucionales de naturaleza procesal penal que así lo exigían, así como hemos mencionado también las reformas de carácter técnico, consecuencia a su vez de la legislación inspirada directamente en la Constitución.

Para completar nuestra exposición tan solo nos falta referirnos a los derechos y principios, de carácter eminentemente procesal penal, consagrados por la Constitución, cuya aplicabilidad directa viene encomendada a todos los juzgados y tribunales, y cuya última vigilancia queda en manos del Tribunal Constitucional, el cual, en sus más de cuatro años de funcionamiento, ha tenido ocasión de pronunciarse numerosas veces sobre ellos, pudiendo afirmarse, a nuestro juicio, que se está entrando ya en la fase de aquilatamiento de su propia jurisprudencia, valiente y decidida hasta donde las circunstancias lo van permitiendo.

Esos derechos o principios procesales penales recogidos directamente en la Constitución son fácilmente enumerables, pero difícilmente clasificables, porque condi-

cionan el proceso desde todos los puntos de apreciación posibles. Dejando ahora de lado aquellos ya reflejados en esta exposición, por haber implicado un desarrollo legislativo posterior, aunque haremos una breve mención de algunos de ellos, por motivos de claridad expositiva, hay que referirse a los principios básicos constitucionales del derecho procesal penal, que coinciden plenamente con los del derecho procesal en cualquiera de sus ramas.

La Constitución, en este sentido, garantiza y tutela una serie de derechos y principios fundamentales que podemos agrupar, en un intento meramente provisional, adaptado a los fines de estas palabras que tengo el placer de dirigirles, del siguiente modo:

1º) En cuanto a los principios relativos a la jurisdicción, la Constitución reconoce los principios de unidad y exclusividad de esta (arts. 117.3, 4 y 5); de independencia judicial (art. 117.1); de juez legal (arts. 24.2 y 117.6); y de juez técnico (art. 117.2), aunque prevé el Tribunal de Jurados o Escabinos, cuestión no resuelta en la norma suprema, en su art. 125, posibilidad esta que por diversos motivos, fundamentalmente económicos y sociológicos, se ve todavía desgraciadamente lejana.

2º) Relativo al derecho de acción procesal, consagra la Constitución el libre acceso a los tribunales de justicia (art. 24.1), incluso para las personas con medios económicos limitados (art. 119), lo cual es especialmente importante en nuestro sistema de enjuiciamiento criminal, en el que queda legitimada la acción popular (art. 125, inciso primero, de la Constitución, y arts. 101 y 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). La norma fundamental intenta garantizar todavía más la efectividad del derecho de acción, prohibiendo las dilaciones indebidas del proceso (art. 24.2).

3º) Los principios del proceso penal sobre los que debemos hacer hincapié son: el de igualdad (art. 14); el de contradicción, no mencionado expresamente por la Constitución, pero con claro apoyo en sus arts. 24.1 y 24.2; el de observancia de las garantías procesales debidas (art. 24.2); y el muy importante de la presunción de inocencia (art. 24.2), sobre el que el Tribunal Constitucional ha corregido la interpretación inexacta de ser aplicable solo ante la duda (*in dubio pro reo*), pues también lo es cuando no ha existido en el proceso una mínima actividad probatoria que fundamente la posible condena.

4º) Por último, la Constitución consagra también dos importantes principios relativos al procedimiento penal, el de oralidad (art. 120.2), y el de publicidad (art. 120.1 y 3).

## VI. CONCLUSIONES

En conclusión, pues, estamos ante la Constitución española que hasta la fecha con más precisión y detalle ha regulado principios, instituciones o derechos propios del Derecho Procesal Penal, articulando además válidamente el modo de hacerlos efectivos. Su influencia, en consecuencia, puede decirse que es máxima, lo cual, evidentemente, no puede decirse que sea propio del Derecho Procesal Penal, ni siquiera del Derecho Procesal.

Su importancia condiona de tal forma el estudio y práctica del proceso penal, que convierte al docente, investigador, magistrado y jurista práctico en general, en un constante analista de los problemas que plantea el tema de la constitucionalidad del proceso penal, cuyo abandono supondría indefectiblemente la esterilidad de su trabajo profesional.

Ciertamente, la Constitución no ha variado el sistema de enjuiciamiento criminal español, basado como es sabido en los principios del proceso penal acusatorio formal o mixto, de origen francés, pero le ha dotado de tales improntas que, de cumplirse en la práctica, extremo que hasta el momento así sucede generalmente, afianzará aquel sistema totalmente, eliminando interpretaciones que, en evidente perjuicio del imputado, se producían en su aplicación como consecuencia de lagunas legales o de falta de apoyo en un texto de más valor.

Los llamados a realizar las importantes reformas que se avecinan, ahora solamente anunciadas, nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley de Plantas de los Tribunales, nueva Ley del Jurado, etc., tienen en la Constitución española de 1978 suficientes materiales como para lograr el fin latente en aquella constitucionalización del proceso a que hacemos referencia al principio, que a todos interesa: la correcta aplicación de la norma constitucional para lograr también la democratización del proceso penal.

Muchas gracias!

## APÉNDICE LEGISLATIVO

Registramos como apéndice, para guía del lector, la legislación procesal penal de reforma, tras la aprobación de la Constitución española de 1978, cronológicamente ordenada, hasta agosto de 1984, citada a lo largo de esta conferencia:

1. *Real decreto-ley 1/1977, de 4 de enero (BOE del 5)*, creador de la Audiencia Nacional, modificado parcialmente por:
  - a) Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo (BOE del 5), y por
  - b) Ley Orgánica 12/1983, de 16 de noviembre (BOE del 26).
2. *Ley 53/1978, de 4 de diciembre (BOE del 8)*, modificadora de varios preceptos sumariales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
3. *Ley 62/1978, de 26 de diciembre (BOE del 3 de enero de 1979)*, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, modificada parcialmente por:
  - a) Real decreto legislativo 342/1979, de 20 de febrero (BOE del 27), y
  - b) Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre (BOE del 5).
4. *Real decreto-ley 3/1979, de 26 de enero (BOE del 1 de febrero)*, sobre protección de la seguridad ciudadana.
5. *Ley 16/1980, de 22 de abril (BOE del 26)*, modificadora de los arts. 503 a 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
6. *Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre (BOE del 21)*, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes.

7. Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre (BOE del 2), sobre los supuestos enumerados en el art. 55.2 de la Constitución.
8. Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo (BOE del 5), de reforma de determinados artículos del Código Penal y del Código de Justicia Militar (Ley de Defensa de la Democracia).
9. Ley Orgánica 7/1983, de 23 de abril (BOE del 26), de reforma de los arts. 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
10. Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio (BOE del 27), de reforma urgente y parcial del Código Penal.
11. Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre (BOE del 28), de asistencia letrada al detenido.
12. Ley 4/1984, de 9 de marzo (BOE del 13), modificadora del art. 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
13. Ley 6/1984, de 31 de marzo (BOE del 3 de abril), derogatoria, entre otras disposiciones, de la ejecución de la pena de interdicción civil.
14. Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo (BOE del 26), reguladora del procedimiento de *habeas corpus*.

## EL HOMICIDIO POR MOTIVO ABYECTO O FÚTIL, PRECIO O PROMESA REMUNERATORIA\*

Dr. ORLANDO LÓPEZ GÓMEZ

"Lady Macbeth.—¡Nunca verá el sol de mañana! En tu rostro, esposo mío, leo como en un libro abierto lo que esta noche va a pasar. Disimula prudente: Oculte tu semblante lo que tu alma anida. Den tu lengua, tus manos y tus ojos la bienvenida al Rey Duncan: Debes esconder el áspid entre las flores. Yo me encargo de lo demás: El trono es nuestro"<sup>1</sup>.

### I. CRITERIOS MESURADORES DEDUCIDOS DE LA CAUSA

Como antes habíamos visto, CARRARA, siguiendo a PLATÓN y a CARMIGNANI, estableció cuatro criterios para fundamentar la agravación del homicidio: la intensidad del dolo, el vínculo de consanguinidad, la valoración de medios especiales, y el deducido de la *causa*, móvil o fin del hecho, cuando determina una mayor cantidad de daño mediato en virtud de que modifica la cantidad política del hecho punible. Entre los casos contemplados por la causa especificó el *homicidio con fin de lucro*, el homicidio por orden o por cuenta de otro —asesinato—, el homicidio por sed de sangre y el homicidio por *venganza transversal*<sup>2</sup>.

PLATÓN había considerado que el homicidio podía agravarse por *su causa*, siendo "La primera y más grave la codicia", que es la que merece mayores suplicios; "La segunda causa es la *ambición*, que produce en el alma por ella dominada la envidia, pasión funesta en primer lugar al que la experimenta, y en seguida a los ciudadanos que más sobresalen en el Estado. La tercera causa de un gran número de homicidios la constituyen esos *temores cobardes e injustos*, que aparecen en el momento en que se cometen o se han cometido por algunas ciertas acciones, de que se quiere que nadie sea testigo, resultando de aquí que a falta de cualquier otro recurso, se deshacen por medio del asesinato de los que podrían revelarlos"<sup>3</sup>. Como se puede establecer de la lectura del numeral 4º del art. 324 que comentamos

\* El presente trabajo forma parte de la obra *El homicidio* de próxima publicación. El autor es abogado en ejercicio y catedrático de la Universidad del Cauca, en Popayán, Departamento del Cauca, Colombia.

<sup>1</sup> WILLIAM SHAKESPEARE, *Macbeth*, Barcelona, Ed. Ramón Sopena, 1973, pág. 149.

<sup>2</sup> CARRARA, *Programa*, §§ 1185 a 1205. Siguen este criterio NÚÑEZ, t. III, págs. 46 y ss.; LEVENE, págs. 181 y ss.

<sup>3</sup> PLATÓN, *Las leyes*, ed. cit., pág. 195.