

Alexandre H. Català i Bas es licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia en 1989, doctorándose por la misma Universidad en 1999 con la Tesis “La recepción de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal constitucional” (apto cum laudem por unanimidad).

En 1993 inicia su carrera universitaria como profesor ayudante en el Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política y de la Administración de la Universitat de València siendo desde 2002 Profesor Titular de dicho Departamento.

Es autor de dos monografías: “La libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional”. (Ediciones Revistas General de Derecho, 2000) y “La (In)tolerancia en el Estado de Derecho” (Ediciones Revista General de Derecho-Diputación de Castellón, 2002) y de un buen número de capítulos de libros y artículos científicos.

Ha sido investigador principal del proyecto I+D “Constitución Europea y Comunidades Autónomas. Especial referencia a la Comunidad Valenciana” (GV2004-B-154) y miembro de los siguientes: “Elecciones, actores políticos y comportamiento electoral en la Comunidad Valenciana (1995, 1999)”, “Elecciones, sistema de partidos y gobernabilidad de la Comunidad Valenciana (1976-2005)” (GV04-B-302), “La función consultiva en el ámbito europeo, estatal y autonómico. Especial referencia a la Comunidad Valenciana” (GV05/292), y “Estado de Derecho y nuevos modelos de lucha contra el terrorismo” (GV06/327) en cuyo marco se ha realizado gran parte del presente estudio.

Ha llevado a cabo estancias de investigación en varios centros españoles y extranjeros destacando las realizadas en la sede del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo.

En la actualidad imparte docencia en los programas de doctorado “La Europa de las libertades” (Universitat de València), “El Derecho y la Justicia” (Universidad Miguel Hernández, Elche) y “Problemas actuales del Derecho” (Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca, Sucre, Bolivia).



CORTES  
VALENCIANAS

El futuro ¿incierto? de las prerrogativas  
parlamentarias

14



## El futuro ¿incierto? de las prerrogativas parlamentarias

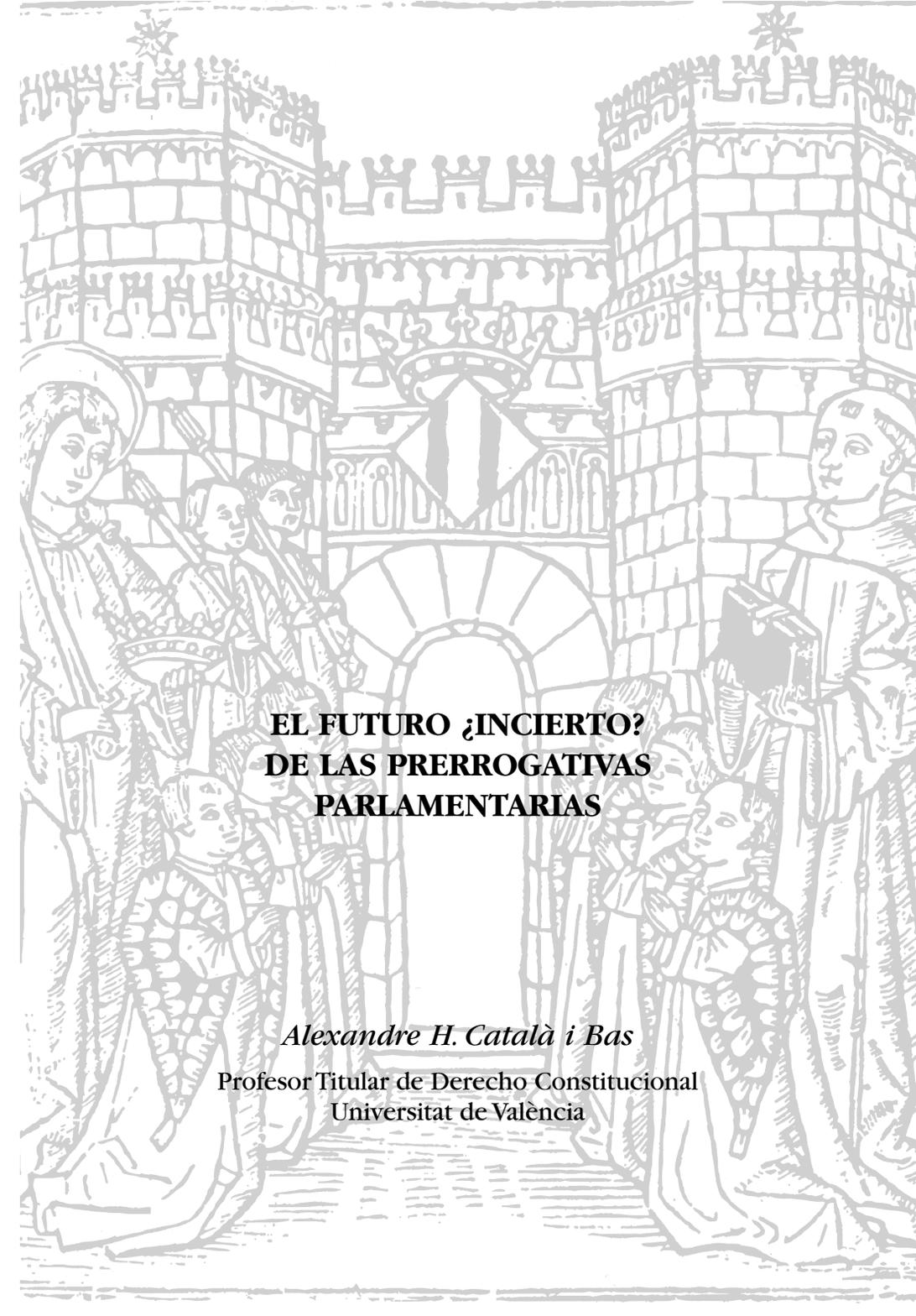
*Alexandre H. Català i Bas*

TEMAS

DE LAS

CORTES VALENCIANAS





**EL FUTURO ¿INCIERTO?  
DE LAS PRERROGATIVAS  
PARLAMENTARIAS**

*Alexandre H. Català i Bas*

Profesor Titular de Derecho Constitucional  
Universitat de València

© CORTS VALENCIANES  
© Autor: Alexandre H. Català i Bas  
ISBN-13: 978-84-89684-24-9  
ISBN-10: 84-89684-24-3  
Depósito Legal: V-5.322-2006  
Imprime: Rotodomenech, S. L.

*A Joan*



# ÍNDICE



<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	11
<b>PRÓLOGO</b> .....	15
<b>I. EL PRESENTE DE LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS.</b>	21
<b>II. LA INVIOLABILIDAD PARLAMENTARIA</b> .....	35
1. Regulación actual.....	37
2. Antecedentes históricos y referencias comparadas .....	38
a. Antecedentes históricos .....	38
b. Referencias comparadas .....	40
3. Naturaleza jurídica .....	42
4. Extensión .....	50
a. Ámbito temporal .....	50
b. Ámbito material.....	51
c. Ámbito funcional.....	59
5. La facultad sancionadora de la Cámara como límite de la inviolabilidad parlamentaria .....	73
6. Inviolabilidad parlamentaria y derecho a la tutela judicial efectiva.....	79
<b>III. INMUNIDAD PARLAMENTARIA</b> .....	81
1. Regulación actual .....	83
2. Antecedentes históricos y referencias comparadas.....	86
a. Antecedentes históricos.....	86
b. Referencias comparadas.....	90
3. Naturaleza jurídica .....	94
4. Extensión .....	95
a. Ámbito temporal .....	95
b. Ámbito material .....	102
b.1. La detención.....	103
b.2. La inculpación o procesamiento .....	108

b.3. El intento fallido de la L.O. 3/1985, de 29 de mayo de ampliar el ámbito material de la inmunidad parlamentaria a determinados procedimientos civiles. ....	114
b.4. El intento fallido de la Ley 2/1981, de 12 de febrero, del Parlamento vasco de exigir el suplicatorio para inculpar o procesar a un parlamentario vasco .....	122
c. Ámbito funcional .....	124
5. La autorización para proceder .....	127
a. Naturaleza jurídica .....	127
b. Momento de la petición del suplicatorio .....	130
c. Procedimiento .....	133
d. Criterios para resolver el suplicatorio .....	134
e. Requisitos del acuerdo. La motivación.....	145
f. Efectos de la decisión .....	153
f.1. Concesión del suplicatorio .....	153
f.2. La denegación del suplicatorio.....	156
6. La incidencia de la inmunidad parlamentaria en los derechos fundamentales .....	165
a. El derecho a la tutela judicial efectiva.....	166
b. El derecho a la igualdad .....	171
c. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas .....	173
<b>IV. EL AFORAMIENTO</b> .....	177
1. Concepto y objeto .....	179
2. Extensión .....	181
a. Ámbito temporal .....	181
b. Ámbito material .....	183
3. El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley .....	185
4. El Tribunal Supremo o el Tribunal Superior de Justicia como juez ordinario predeterminado por la ley para conocer de las causas contra diputados y senadores.....	188
5. Momento en el que el Tribunal Supremo asume, o en su caso, el Tribunal Superior de Justicia asumen la competencia para conocer del caso .....	190
6. La extensión de la competencia a imputados no aforados. ..	192
7. La necesidad o conveniencia de mantener la prerrogativa... ..	193

<b>V. EL FUTURO ¿INCIERTO? DE LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS.....</b>	201
1. ¿Tiene sentido mantener el actual régimen de las prerrogativas parlamentarias? El abuso de las prerrogativas .....	203
2. Contradicciones, lagunas y algunas propuestas de reforma. ...	211
a. Inviolabilidad parlamentaria .....	211
b. Inmunidad parlamentaria .....	212
c. Aforamiento .....	216
<b>VI. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	217



## AGRADECIMIENTOS



No creo en las obras individuales, al menos ésta no lo es. Las páginas que vienen a continuación son el fruto de un esfuerzo personal que no hubiese llegado a buen puerto de no contar con el auxilio inestimable de muchas personas. Por ello quiero dejar constancia de mi agradecimiento al profesor Vicente Garrido Mayol no solo por haber aceptado prologarla y por haber tenido ocasión de dialogar de forma enriquecedora sobre ella sino muy especialmente por su aliento y apoyo en toda ocasión que los he necesitado.

También a los profesores Enrique Álvarez Conde y Manuel Martínez Sospedra por sus visiones críticas sobre este trabajo que me han hecho reflexionar, cambiar en ocasiones y reafirmarme en mis ideas en otras.

Y, como siempre, a M.<sup>a</sup> Carmen.



# PRÓLOGO



El de las prerrogativas parlamentarias es un tema recurrente en derecho constitucional. Cada vez que se tiene que hacer uso de alguna de ellas para proteger a un diputado o a un senador aparecen nuevos estudios doctrinales, se producen debates políticos e incluso en los medios informativos se deja constancia de la polémica, enriquecida, a veces, con interesantes aportaciones.

No acaba de comprenderse, en el siglo XXI, que unos cuantos ciudadanos gocen de una protección que en algunos aspectos los inmuniza frente a quienes puedan sentirse agraviados por una acción de alguno de aquellos.

De todas las prerrogativas que tradicionalmente acompañan al parlamentario quizás sea la inmunidad, que impide su retención o detención salvo caso de flagrante delito, la más justificable: la composición de la Cámara, en ocasiones con mayorías gubernamentales ajustadas, no se podrá ver alterada por decisión policial o judicial, con la excepción indicada. Se evita, además, la resonancia, y consiguiente descrédito para el parlamentario que puede comportar una actuación arbitraria al respecto.

Por el contrario, el aforamiento especial revela una enorme desconfianza hacia los titulares de órganos judiciales unipersonales en favor de aquellos que han de decidir colegiadamente. La experiencia pone de manifiesto, sin embargo, que el parlamentario afectado por una resolución judicial que le sea desfavorable criticará al Tribunal con igual contundencia que si se tratase de un Juzgado.

Por último la inviolabilidad puede haberse convertido, en ocasiones, en una patente de corso para injuriar o calumniar sin miedo al reproche jurídico legalmente establecido para el resto de los mortales.

La inviolabilidad parlamentaria, posee un carácter absoluto que impide, por ejemplo, pedir responsabilidades *extra* Cámara a un diputado que justifique o enaltezca a los terroristas. Recordemos el caso Jon Salaberría, –analizado en profundidad en esta obra–, en el que fueron infructuosos los intentos del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de sancionarle por sus declaraciones realizadas en un Pleno del Parlamento vasco, justificando la actuación de la banda terrorista ETA. Y ello por muy encomiable, en palabras del propio Tribunal Supremo, que fuera su propósito, -el del Tribunal, se entiende-, pues para ello hace falta una reforma legislativa que limite la extensión material de la prerrogativa. Se pregunta el autor qué sentido tiene proteger al parlamentario que en el ejercicio de sus

funciones hace apología del terrorismo, del genocidio o del racismo. Si el resto de ciudadanos han de responder por estos actos por qué no una persona que utiliza la tribuna parlamentaria, tan idónea para producir el efecto altavoz, para difundir con total impunidad este tipo de mensajes.

Curiosamente, la protección que la inviolabilidad dispensa al parlamentario por los votos emitidos o por las opiniones o manifestaciones realizadas no está reconocida a otros muchos cargos públicos –Alcaldes, Concejales, miembros de determinadas Instituciones públicas–, que en el ejercicio de sus funciones también están sometidos a los mismos riesgos que aquellos.

Se ha dicho que las prerrogativas parlamentarias tienen como objetivo último garantizar la libertad e independencia de la institución parlamentaria; que nacen con una clara vocación instrumental y que en ningún caso pueden ser consideradas derechos o privilegios de los parlamentarios sino garantías de su función. Así lo ha reconocido la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

Pero en las democracias avanzadas, como la española, el Parlamento no es objeto de presiones o injerencias por parte de otras instituciones del Estado. Ni la Corona, ni el Gobierno, ni los jueces son un peligro para el libre ejercicio de las funciones parlamentarias. Si esto es así no se comprende que sigan persistiendo estas prerrogativas con el mismo contenido y alcance que tenían cuando nacieron allá por el siglo XVIII cuando, efectivamente, la labor de los parlamentarios y del Parlamento no era inmune a los desmanes del Soberano y de los jueces a su servicio. En un sistema en el que todos los poderes del Estado están sometidos a la ley y en el que el Poder Judicial es independiente e imparcial cabe cuestionarse que no se supriman, o en todo caso, se actualicen estas figuras dándoles un contenido más acorde con la realidad. Pero es que además, en España, –tal como han puesto de manifiesto numerosos autores, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo–, la regulación actual es confusa, contradictoria, dispersa y llena de lagunas.

Con este panorama sería lógico que se abordara una reforma en profundidad de la cuestión, tal como se demanda desde distintos sectores doctrinales y se recomienda en numerosas resoluciones judiciales. Sin embargo, en medios políticos no se piensa de igual forma. Las reformas que se han propuesto han ido encaminadas a reforzar la situación de privilegios de los parlamentarios. Ejemplo de lo que decimos lo constituyó la Ley Orgánica 3/1985, de 29 de mayo, con la que se intentó, sin éxito pues fue declarada inconstitucional (STC 9/1990), extender la inviolabilidad parlamentaria al ámbito civil; o la ley del Parlamento vasco 2/1981, que intentó, también sin éxito, –fue declarada inconstitucional por la STC 36/1991–, implantar la exigencia del suplicatorio para procesar a los diputados de dicho Parlamento; o, más recientemente, el artículo 57 de la propuesta de Reforma del Estatuto de Cataluña que pretendía lo mismo que la citada ley vasca y que finalmente desapareció del texto aprobado por las Cortes Generales.

El profesor Català i Bas analiza metódicamente la realidad de las prerrogativas parlamentarias desde una postura eminentemente crítica poniendo al descubierto las carencias de la regulación actual y realizando concretas propuestas de reforma. Aboga por la supresión del suplicatorio y por acabar con el carácter absoluto de la inviolabilidad y no se muestra muy convencido de las razones que justifican el aforamiento.

De la obra se desprende el convencimiento de que la situación actual ha de cambiar. Sin embargo, es de la opinión de que mientras no se suscite un debate en el seno de la sociedad sobre esta cuestión, –lo que considera difícil–, los parlamentarios no harán ningún esfuerzo por reformar algo que claramente les beneficia y les permite disfrutar de un status quo privilegiado.

Para mí ha sido un placer leer las páginas que prosiguen por la claridad con que el autor expone lo que es un tema clásico del derecho constitucional; por el detallado análisis de la problemática que encierra; y por las acertadas soluciones que propone. Todo lo cual no me ha sorprendido, en absoluto, conociendo, como conozco, la trayectoria académica, en su doble vertiente docente e investigadora, del Profesor Català i Bas. Por ello, también ha sido un honor la encomienda de prologar esta obra, solo justificada por la entrañable relación de compañerismo y amistad que nos une, por fortuna, desde hace ya varios años.

Valencia, octubre de 2006



# **I. EL PRESENTE DE LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS**



El Parlamento sigue siendo el eje vertebrador de la vida política de una democracia. Es en sede parlamentaria donde entran en contacto los partidos políticos más importantes, los que han obtenido representación y donde, en gran medida, mayoría y minoría hacen realidad la *concordia discors* propia de la democracia de tal suerte que lo que emana del Parlamento no es únicamente la voluntad del grupo parlamentario mayoritario sino el resultado de un tira y afloja, de un consenso a base de mutuas renunciaciones entre las principales fuerzas políticas parlamentarias. El parlamentarismo significa, en palabras de KELSEN, “formación de la voluntad decisiva mediante un órgano colegiado elegido por el pueblo en virtud de sufragio general e igual, o sea democrático, obrando a base del principio de la mayoría”<sup>1</sup>. Señalaba SCHMITT, que la *ratio* del Parlamento radica en un proceso de controversias entre contradicciones y opiniones, de lo que resultaría la auténtica voluntad estatal. Así pues, lo esencial del Parlamento es la deliberación pública de argumento y contraargumento, el debate público y la discusión pública”<sup>2</sup>, “el Parlamento no debe ser sólo un miembro del equilibrio, sino precisamente por ser el Poder legislativo, tiene que estar equilibrado en sí mismo. Todo esto se basa en un modo de pensar que crea la multiplicidad por doquier, a fin de instaurar, en un sistema de negociaciones, en lugar de una unidad absoluta, el equilibrio resultante de una dinámica inmanente”<sup>3</sup>. En definitiva el Parlamento como órgano deliberante y el parlamentarismo como *government by discussion*.

Por lo tanto, la formación de la voluntad en el órgano colegiado se ha de producir mediante el debate y la discusión pública en condiciones de equilibrio interno. Que la voluntad del Parlamento se genere sin obstáculos ni presiones externas, sin prácticas que la desvirtúen es una de las cuestiones centrales a la hora de estudiar este órgano pues su voluntad crea y deroga normas, da y quita la confianza al Ejecutivo y provee cargos tan esenciales en nuestro país como el Defensor del Pueblo o los miembros del Tribunal Constitucional. De su voluntad depende también proceder o no a reformar la Constitución, celebrar o no un tratado internacional e, incluso, declarar la guerra a una potencia enemiga.

<sup>1</sup> KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia*, Labor, 1934, p. 50.

<sup>2</sup> SCHMITT, C., *Sobre el parlamentarismo*, Tecnos, 1990, p. 43.

<sup>3</sup> SCHMITT, C., *Ibidem*, p. 52.

De ahí que surjan una serie de instituciones cuyo objetivo es velar para que esta voluntad se genere libremente. En este sentido SCHMITT advertirá que “todos los órganos y normas específicamente parlamentarios cobran sentido sólo por la discusión y la publicidad... [Esto] es válido para la reglamentación de la libertad de expresión y las inmunidades de los parlamentarios [que] devienen incomprensibles si no se cree en el principio de la discusión pública”<sup>4</sup>. De esta manera, por ejemplo, el artículo 66.2 CE otorga a las Cortes autonomía presupuestaria y el artículo 72 CE autonomía reglamentaria; el artículo 66.3 CE, por su parte, advierte que las Cortes son inviolables y el artículo 67.2 CE pone de manifiesto que Diputados y Senadores no están ligados por mandato imperativo. Como señala el profesor Pedro DE VEGA, “la mecánica de la discusión y el descubrimiento de la verdad contrastando opiniones ajenas, exige la libertad de quien discute. De ahí la justificación del mandato representativo en el parlamentarismo moderno. Si la esencia de la política parlamentaria es la deliberación, y habida cuenta que la deliberación no es posible bajo la forma del mandato imperativo, el mandato representativo constituye una exigencia ineludible del sistema”<sup>5</sup>. De entre estas figuras, merecen ser destacadas las que configuran el estatuto de los parlamentarios: la inviolabilidad, la inmunidad, el aforamiento y el derecho a percibir una asignación. Las tres primeras son objeto de fuertes controversias doctrinales que, sin embargo, no llegan a la opinión pública por lo que los debates sobre la necesidad de su perduración no dejan de ser meros ejercicios teóricos mientras no tengan su reflejo en la sociedad. El problema es que la clase política, como es obvio, y por puro sentimiento corporativo, no tiene ningún interés en suscitar dichos debates. Y es que como señala LÓPEZ GARRIDO, “a la hora de ver la relación entre Parlamento y opinión pública, una de las características primeras que habría que decir que tienen los Parlamentos en estos momentos es que la opinión pública no le llega una imagen definida de la institución”<sup>6</sup>.

Como señala el Tribunal Constitucional en su sentencia 22/1997, de 11 de febrero, estas prerrogativas aparecen unidas al derecho a ocupar cargos públicos reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución española:

“Ciertamente, esta garantía parlamentaria, como las otras dos que le preceden en el art. 71 CE, pueden ser reivindicadas a través de este proceso constitucional, en cuanto se incorporan sin mayor dificultad al contenido del derecho fundamental reconocido en el art. 23,2 CE; y así lo hemos hecho cada vez que en el amparo se nos han planteado supuestas constricciones o perturbaciones ilegítimas de los derechos y prerrogativas de los cargos representativos (SSTC 161/1988, f. j. 6º; 76/1989, f. j. 2º; 181/1989, f. j. 4º; 205/1990, f. j. 5º, entre otras)” (FJ 2)

<sup>4</sup> SCHMITT, C., *Ibidem*, pp. 5 y 6.

<sup>5</sup> DE VEGA GARCÍA, P., “La función legitimadora del Parlamento”, en PAU VALL, F., *Parlamento y opinión pública*, Tecnos, 1995, p. 233.

<sup>6</sup> LÓPEZ GARRIDO, D., “La función legislativa y la opinión pública” en PAU VALL, F. (Coord.), *Parlamento y opinión pública*, Tecnos, 1995, p. 115.

Este precepto garantiza, no sólo el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también que los que hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos sin perturbaciones ilegítimas y los desempeñen de conformidad con lo que la ley disponga ya que en otro caso la norma constitucional perdería toda eficacia si, respetado el acceso a la función o cargo público en condiciones de igualdad, su ejercicio pudiera resultar mediatizado o impedido sin remedio jurídico. Para garantizar lo anterior es por lo que se rodea la función parlamentaria de una serie de derechos y prerrogativas. La cuestión central es averiguar la necesidad de mantener algunas de estas prerrogativas en los estados democráticos actuales.

Las prerrogativas implican, como advierte BISCARETTI, excepciones al derecho en relación con las funciones públicas que el parlamentario ha de desarrollar<sup>7,8</sup>. Solo será legítima su existencia si existe una verdadera causa que las justifique y además, en el caso concreto, dicha causa ha de quedar probada de manera convincente pues como límite a una serie de derechos fundamentales tales como el derecho a la tutela judicial efectiva y, de acuerdo con la doctrina del TEDH con relación a los límites asumida por nuestro Tribunal Constitucional, estas instituciones han de responder a una necesidad social imperiosa y demostrarse esta necesidad de forma convincente<sup>9</sup>. Así lo ha puesto de manifiesto FERNÁNDEZ SEGADO al recordar que “la concurrencia entre las “normas de libertad” y las “normas limitadoras” entraña que unas y otras operen con el mismo grado de vinculariedad y actúen recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas que establecen límites al ejercicio de un derecho”<sup>10</sup>. Matiza esta afirmación FERNÁNDEZ-MIRANDA y CAMPOAMOR que parte del hecho de que las prerrogativas no son privilegios al servicio de intereses privados sino que trascienden los intereses particulares de sus beneficiarios para servir a un interés superior del ordenamiento jurídico. “Por tanto, no se trata de que su interpretación deba ser restrictiva, sino estrictamente ajustada a su fundamento constitucional”<sup>11</sup>

De ello cabe deducir que, de no existir una verdadera causa que justifique su existencia, no tienen cabida en las democracias actuales, se convierten en anacronismos y en privilegios, en el sentido peyorativo de la palabra.

<sup>7</sup> BISCARETTI, P., *Derecho Constitucional*, Tecnos, 1965, p. 379. En el mismo sentido PUNSET, R., “Inviolabilidad e inmunidad de los parlamentarios de las Comunidades Autónomas”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 3, 1984, p.123

<sup>8</sup> SILVELA, F., *La Inmunidad Parlamentaria*, en RGLJ, n.º 76, Madrid, 1890, p. 36.

<sup>9</sup> Vide, por todas, SsTEDH Handyside, de 7 de diciembre de 1976, y Silver de 25 de marzo de 1983, y SsTC 62/1982, de 15 de octubre 171/1990, de 12 de noviembre, 136/1999, de 20 de julio.

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., “Las prerrogativas parlamentarias en la jurisprudencia constitucional”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 38, 1996, p. 13.

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA y CAMPOAMOR, A., “Del intento de ampliar el ámbito material de la inmunidad parlamentaria a determinados procedimientos civiles”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 12, 1984, p. 19.

De entrada podemos afirmar que la mayoría de los parlamentos de los Estados democráticos gozan de prerrogativas similares. Dicho lo cual hay que advertir que, en nuestra opinión, ello no tiene valor alguno a la hora de defender su pervivencia. Indudablemente, los parlamentarios, por un sentimiento corporativo, intentarán, de no existir un clamor popular en contrario, otorgarse dichas prerrogativas, e incluso, si pueden, ampliar su radio de actuación, como sucedió en el caso español con el intento fallido de ampliar la inmunidad mediante la modificación del artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de Protección civil del honor la intimidad y la propia imagen<sup>12</sup>, cuando no de abusar de dichas prerrogativas. Hay que tener presente que el Poder tiende a rodearse de seguridad y, si puede, de impunidad, de escapar a su responsabilidad, incluso en los Estados democráticos. Una muestra de debilidad democrática es la de abusar el Poder de su situación de superioridad e intentar no responder de sus actos, por lo que, de perdurar dichas instituciones sin que sean necesarias o, de ser necesarias, abusar de ellas, nos encontraríamos con la triste paradoja de que los padres de la patria, los artífices de las leyes, mantienen una serie de privilegios justamente para escapar a sus consecuencias.

El Derecho evoluciona con la propia sociedad en su afán por regular las situaciones que se producen en la realidad, de tal suerte que se crean nuevas figuras o instituciones para dar respuesta a nuevas situaciones y desaparecen instituciones existentes cuando desaparecen las situaciones que hicieron necesaria su instauración. De igual manera, hay instituciones que si bien nacen para dar respuesta a una determinada realidad, evolucionan a medida que dicha realidad lo hace adaptándose a los cambios. Como bien señala el profesor DE VEGA, “el Parlamento es el órgano representativo por excelencia, donde se encarna auténticamente la legitimidad democrática. La cuestión no estriba, por lo tanto, en decretar su crisis, o en señalar sus disfuncionalidades, con relación al modelo ideal de Parlamento que se forjó en la pasada centuria, sino en plantear con corrección los problemas que, conforme a la estructura de la sociedad actual, se presentan ahora a la institución parlamentaria”<sup>13</sup>. Es desde esta perspectiva desde la que tenemos que analizar, especialmente, las figuras de la inmunidad y de la inviolabilidad. Estas respondían en un primer momento a la necesidad de colocar a los miembros del Parlamento fuera del alcance del monarca. Como señala Ángel MANUEL ABELLÁN, el origen moderno de las garantías parlamentarias tuvo lugar en el Estado liberal y constitucional que emergió de la Francia revolucionaria de 1789 por lo que la comprensión cabal de las garantías parlamentarias requiere situarlas en el conflicto ideológico, político y jurídico entre los representantes revolucionarios y los poderes constituidos del Antiguo Régimen. El parlamento revolucionario, como órgano de soberanía que era, en trance de crear una nueva legalidad y enfrentado a los viejos poderes ejecutivo y judicial que emanaban directamente del Rey, debía mantener su independencia

<sup>12</sup> Al respecto vide la crítica a tal intento en FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOANMOR, A., *Ibidem*, pp. 9 y ss., y MANUEL ABELLÁN, A., *El Estatuto de los parlamentarios y derechos fundamentales*, Tecnos, 1992, pp. 80 y ss.

<sup>13</sup> DE VEGA GARCÍA, P., “La función legitimadora...”, op. cit., p. 238.

respecto a esos históricos poderes por lo que, en definitiva, la inviolabilidad e inmunidad se justificaban en el antagonismo histórico entre el Estado Liberal y el Antiguo Régimen.<sup>14</sup> Ahora bien, como advierte el propio autor, en los contemporáneos Estados constitucionales y democráticos ha desaparecido el antiguo conflicto de legitimidades entre Corona y Parlamento. Estos no son ya órganos antagónicos que luchan por el poder por lo que estas instituciones no pueden hoy día fundamentarse doctrinalmente en proteger a los parlamentarios de persecuciones arbitrarias del ejecutivo o de los tribunales<sup>15</sup>. Hay que, por lo tanto, en esa dinámica evolutiva y de adaptación, indagar si, desaparecida la primigenia situación que justificaba su nacimiento, existen hoy causas que exijan su perduración en cuyo caso será necesario analizar si el régimen jurídico que regula estas figuras es el adecuado o ha de sufrir modificaciones al objeto de adecuarse a las nuevas exigencias a fin de que no se utilicen dichas garantías de forma fraudulenta, *fraus omnia vitiat*.

El parlamentario no ha de olvidar en ningún momento que es un ciudadano como cualquier otro y que sólo por el cargo que desempeña puede gozar de aquellas prerrogativas sobre las que, sin ningún género de dudas, quede demostrado que su objeto es asegurar su normal desempeño de tal suerte que su ausencia sería causa de grave quebranto en el ejercicio regular de sus funciones.

El mantenimiento, supresión o reforma de estas figuras ha suscitado y suscita una importante controversia doctrinal, especialmente la figura de la inmunidad. Las posturas van desde las que defienden su supresión, consecuencia de la desaparición de las circunstancias históricas que alumbraron su nacimiento y de su nula necesidad actual<sup>16</sup> a las que defienden su vigencia pero a la par de una reforma de su regulación<sup>17</sup>. Entre las opiniones más recientes podemos destacar, por encontradas, a BLANCO VALDÉS, crítico con su mantenimiento, para quien las prerrogativas permiten a los parlamentarios “no sólo protegerse de las consecuencias indeseadas de una acción política basada en el respeto a las reglas del juego limpio que deben que deben caracterizar el funcionamiento de los sistemas democráticos (*buena política*), sino también desarrollar una actuación de juego sucio, ventajista e irresponsable (*mala política*) que los hombres públicos que no están protegidos por los referidos privilegios no pueden acometer sin grave riesgo

<sup>14</sup> MANUEL ABELLÁN, A., *El Estatuto de los parlamentarios...*, op. cit., p. 17.

<sup>15</sup> MANUEL ABELLÁN, A., *Ibidem*, pp. 26 y 27.

<sup>16</sup> Vide en este sentido Kelsen, H., con relación a la inmunidad, en *Esencia...* op. cit. p. 67, Mortati, C., especialmente con relación a la inmunidad, en *Instituzioni di Diritto Pubblico*, Tomo I, Padova-Cedam, 1975, p. 494. En nuestra doctrina puede verse, también con relación a la inmunidad, Carro Martínez, A., “La inmunidad parlamentaria”, *Revista de Derecho político*, núm. 9, 1981, p. 108. Fernández-Viagas Bartolomé, P., *El juez natural de los parlamentarios*, Cívitas, 2000, p. 17 y ss.

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ –MIRANDA CAMPOAMOR, A., “La inmunidad parlamentaria en la actualidad”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 215, 1977, pp. 207 y ss. y Lucas Murillo de la Cueva, P., “Las garantías de los miembros del Parlamento Vasco”, *Revista de Estudios Políticos*, núms. 46-47, 1981, pp. 247-248.

para su libertad y/o su propiedad”<sup>18</sup> y a MARTÍNEZ SOSPEDRA, defensor de su mantenimiento, que llega, incluso, a afirmar, opinión que en absoluto compartimos, que “en la mala prensa de que gozan las prerrogativas parlamentarias afloran los prejuicios antiparlamentarios propios de una cultura política autoritaria”<sup>19</sup>. Ya adelantamos que nos sentimos más próximos a la primera de estas posturas y con SOLE TURA y APARICIO PÉREZ somos de la opinión de que “nos hallamos ante unas categorías que, al menos en materia de inmunidades, responden más a criterios exacerbados de autodefensa corporativa que a necesidades reales de prevención de la independencia de los parlamentarios”<sup>20</sup>.

Desgraciadamente estamos asistiendo en Europa a un rebrote de intolerancia, de racismo y xenofobia. Vuelven a surgir los fantasmas que se creyeron superados tras la II Guerra Mundial. Las pasadas elecciones presidenciales francesas, disputadas por el líder ultraderechista Le Pen, o las elecciones legislativas holandesas donde la Lista Fortuyn fue la segunda más votada, son claro ejemplo de ello. Similares fenómenos acontecen en Dinamarca, Austria, Bélgica, Italia, etc. A ello hay que sumar el rebrote de los fundamentalismos religiosos y el apoyo a grupos terroristas, de gravísimas consecuencias. Hace años que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como tendremos ocasión de ver, lucha contra estos fenómenos que amenazan la convivencia pacífica de nuestras democracias. En toda Europa surgen partidos o movimientos de nulas convicciones democráticas. Como señala COHEN-

14

28

<sup>18</sup> BLANCO VALDÉS, R. “Privilegios parlamentarios y proceso de comunicación pública (políticos, política y derechos en España)” en VVAA, *Constitución, Estado de las autonomías y Justicia Constitucional (Libro homenaje al profesor Gumersindo Trujillo)*, Tirant lo Blanch, 2005, p. 533. Advierte el autor que con ello no quiere decir que la *mala política* se origine en la existencia de privilegios parlamentarios sino que éstos pueden facilitar, estimular e incentivar una actuación política que de no existir estaría más dificultada, menos estimulada o incentivada.

<sup>19</sup> MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *Privilegio discutido. La inmunidad parlamentaria en derecho español*, Cuadernos del Senado, Serie Minor, n.º 4, 2004, p. 447.

<sup>20</sup> SOLE TURA, J. y APARICIO PÉREZ, M. A., *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Tecnos, 1984, p. 67. En este sentido puede leerse en el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía sobre la “Proposición de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía”, marzo 2006: “El mantenimiento de las prerrogativas de inviolabilidad e inmunidad en el Derecho comparado resulta evidente, si bien debe apuntarse la existencia de una fuerte corriente doctrinal que propugna la revisión de estas dos instituciones. En efecto, esta tendencia ha sido justificada ante la crisis provocada por determinados abusos cometidos al amparo de dichas prerrogativas y las lesiones injustificadas de bienes jurídicos y derechos fundamentales en el Estado Constitucional; ante la evidencia de que con la evolución histórica dichas prerrogativas no tienen la misma significación que pudieron tener en los siglos XVIII y XIX, al desenvolverse ahora en Estados democráticos consolidados, donde resulta innegable la afirmación de la supremacía del Parlamento y la independencia del Poder Judicial.

Esta percepción y las exigencias que derivan del principio de igualdad ante la ley han llevado a muchos expertos en Derecho Constitucional a plantear la necesidad de introducir limitaciones, aprovechando la experiencia de las últimas décadas. Ejemplo de esa tendencia restrictiva es lo previsto en el artículo 46 de la Ley Fundamental de Bonn, donde preservando lo esencial de dichas prerrogativas se precisa que la norma no se aplica a las injurias calumniosas.

JONATHAN “hay límites a la intolerancia, (...) la sociedad democrática, ha de ser absolutamente salvaguardada pues es la condición *sine qua non* del respeto de los derechos humanos, sin exclusión ni discriminación”<sup>21</sup>. Es una realidad que los parlamentos europeos, y los de nuestro país no son una excepción, ven sus escaños ocupados por personas pertenecientes a este tipo de formaciones políticas. Este nuevo panorama ha de ser tenido muy en cuenta a la hora de abordar el estudio de las prerrogativas y su funcionalidad actual. Si éstas nacieron para alcanzar la libertad sería un contrasentido que ahora se utilizaran con el fin contrario.

A pesar de las diferencias entre inmunidad e inviolabilidad, ambas persiguen un mismo objetivo cual es la protección de la libre formación de la voluntad de las Cámaras. Estas dos prerrogativas, junto al aforamiento, las incompatibilidades, y la retribución constituyen un particular status parlamentario. Con el término status se hace referencia a la condición que tiene atribuida el parlamentario en cuanto integrante del Congreso de los Diputados o del Senado con la finalidad de asegurar su independencia individual y la del órgano del que forma parte. De entrada, hay que descartar, por lo tanto, que las prerrogativas parlamentarias sean derechos subjetivos de los parlamentarios. Las prerrogativas se otorgan no al individuo como tal sino por la función que desempeña. De ahí deriva su carácter irrenunciable. Es decir, las prerrogativas no son disponibles por los parlamentarios pues su objetivo no es el de primar o favorecer a una persona<sup>22</sup> sino introducir una serie de diferenciaciones legales susceptibles de generar ventajas en la medida que ello sea necesario para poder ejercer libremente su función. Como advierte BISCARETTI, estas excepciones al derecho común son concedidas a los parlamentarios no ya en su interés personal (puesto que tendríamos entonces meros privilegios como los reconocidos a los componentes de algunas clases del Ancien Régime), sino en relación con las funciones públicas que deben desarrollar, y tal carácter específico se comprueba también por el hecho de que no son renunciables y atribuyen a sus beneficiarios no derechos públicos subjetivos, sino simples intereses legítimos<sup>23</sup>. De permitir que las prerrogativas se convirtieran en meros privilegios estaríamos contribuyendo a crear el riesgo que, como advierte el profesor DE VEGA, conlleva la democracia representativa de “convertir a los representantes del pueblo soberano en los soberanos representantes del pueblo”<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> COHEN-JONATHAN, G., “Observations a la STEDH Lihiedeux e Isorni de 23 de septiembre de 1998. L’apologie de Pétain devant la Cour européenne des droits de l’homme”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’homme*, n.º. 38, 1999, p. 370.

<sup>22</sup> Circunstancia que sería inconcebible pues como advierte MARTÍNEZ SOSPEDRA, las diferenciaciones legales que se introducen no pueden caracterizarse “de “acción positiva”, es decir, de tratamiento privilegiado compensatorio”, MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *La inmunidad parlamentaria en Derecho español*, CEU San Pablo, 1996, p. 14.

<sup>23</sup> BISCARETTI, P., *Derecho Constitucional*, op. cit., p. 379.

<sup>24</sup> DE VEGA GARCÍA, P., “La función legitimadora...”, op. cit., p. 238.

Abordar el estudio de estas instituciones tiene un insoslayable handicap que pesa como una losa y que se pondrá de manifiesto a lo largo de este trabajo: la normativa actual es dispersa, confusa y llena de lagunas e incoherencias. Como advierten GIMENO SENDRA, CONDE-PUMPIDO y GARBERI LLOBREGAT “no es pacífica la interpretación de la normativa vigente en aspectos de tanta trascendencia en esta materia como la extensión temporal de la condición de Diputado o Senador, el momento desde que se hace efectiva la competencia de la Segunda del Tribunal Supremo o la determinación del momento procesal oportuno para dirigir a la Cámara el suplicatorio, entre otros. La dificultad se derivan de la necesidad de ajustar a las exigencias de la Constitución actual las disposiciones contenidas en normas procedentes de otras épocas históricas, dando lugar a una inseguridad no deseable, como ha destacado en ocasiones el propio Tribunal Supremo”<sup>25</sup>. De forma clarificadora lo señala el Tribunal Supremo en su Auto de 15 de diciembre de 1993 en relación a la inmunidad en los siguientes términos:

“PRIMERO.– Uno de los temas sobre los que existe una mayor disparidad de criterios, respecto a las correspondientes soluciones jurídicas, es el que afecta a lo que podría denominarse derecho penal parlamentario. Se discute cuándo es el momento procesal adecuado para solicitar el suplicatorio, la naturaleza misma de éste, los límites a la decisión que puedan adoptar las Cámaras, el efecto de la autorización para proceder, si los delitos que aparezcan como indiciarios en el suplicatorio son o no los únicos que pueden ser objeto de enjuiciamiento, cuándo cesa la competencia de la Sala para conocer de las causas contra personas aforadas, si, iniciado un procesamiento, debe terminarse por esta Sala aunque el inculpado haya perdido la condición de parlamentario, si debe distinguir entre aquellas situaciones en las que el suplicatorio se concedió de aquéllas en que no llegó a producirse la correspondiente autorización, si deben tomarse en consideración los supuestos de situaciones transitorias, etc.

Sin duda *demasiadas incertidumbres e imprecisiones respecto de un tema que ofrece la mayor trascendencia para salvaguardar y garantizar el ejercicio libre de tan importante tarea en todo Estado de Derecho democrático por referirse a los Diputados y Senadores* que, como representantes del Pueblo Español, forman las Cortes Generales y ejercen la potestad legislativa del Estado, además del resto de las funciones que les encomienda el artículo 66 de la Constitución”<sup>26</sup>

Efectivamente, en la actualidad la cuestión de las prerrogativas se encuentra dispersa en una serie de normas que responden cada una de ellas a situaciones

<sup>25</sup> GIMENO SENDRA V., CONDE-PUMPIDO TOURON, C., y GARBERI LLOBREGAT, J., *Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal con formularios y jurisprudencia*, Vol. 6, Bosch. 2000, pp. 4 y 5.

<sup>26</sup> Vide en el mismo sentido ATS de 3 de febrero de 1993.

históricas distintas: artículo 71 de la Constitución española de 1978, artículos 10 y ss, del Reglamento del Congreso de 1982, artículos 20 y ss. del Reglamento del Senado de 3 de mayo de 1994, la Ley de 9 de febrero de 1912, los artículos 118 bis y 750 a 756 de la LECrim de 1882, artículo 108.8 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, artículos 57 y 73 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, artículo 2 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado y los correspondientes Estatutos de Autonomía, reglamentos de los parlamentos autonómicos y otras normas autonómicas. Es absurdo que normas preconstitucionales, del siglo XIX y de comienzos del siglo XX, regulen el estatuto de los diputados y senadores de un Parlamento del siglo XXI. Pero es que, como tendremos ocasión de ver, las normas post-constitucionales también entran en contradicción entre sí. Se exige pues una reforma de la legislación vigente que clarifique la situación. En palabra de GIMENO SENDA, CONDE PUMPIDO y GARBERI LLOBREGAT, “la insatisfacción generalizada que produce esta situación aconseja la reforma de la regulación legal, reforma que, probablemente, sería conveniente extender a todo el proceso penal”<sup>27</sup>.

A estas figuras se les ha denominado con diferentes términos: “privilegios”, “garantías” o “prerrogativas”. La doctrina ha criticado unos y ha defendido la utilización de otros. El más denostado ha sido, como es obvio, el de privilegios. Detrás de esta discusión terminológica subyace la crítica o defensa de estas instituciones, la necesidad o no de su existencia en un Estado de Derecho. Para MARTÍNEZ SOSPEDRA, “es adecuado llamar “privilegios” a tales institutos y a la red de interrelaciones que entre ellos se establecen, porque, a la postre, se trata de un conjunto de reglas de Derecho cuyo destinatario inmediato y directo –a veces exclusivo– son los parlamentarios, de una legislación que sólo a ellos tiene por destinatario, y que, por ello, puede calificarse sin dificultad como una verdadera *lex privata* de estos. Tampoco es erróneo definirlos como “garantías”, porque efectivamente tienen una finalidad tutelar del oficio de miembro del Parlamento y del libre ejercicio de las facultades que a dicho oficio corresponden, son institutos diseñados e implantados precisamente para ello. Finalmente aún es menos inadecuado denominarles “prerrogativas” porque buena parte de ellos se definen por una atribución de facultades que el ordenamiento establece con carácter finalista, para la obtención de determinados bienes o la garantía de determinados intereses, de tal modo que es su *telos* el que viene a establecer el parámetro a los efectos de la valoración de sus concreciones normativas y sus concretos supuestos de aplicación”. Para este autor, existe una tendencia “a huir de la calificación de “privilegios e inmunidades”, cuyo aroma de sociedad jerárquica es evidente”<sup>28</sup>, o como diría PÉREZ SERRANO de “malsano carácter de favorecimiento injusto”<sup>29</sup>. Es la presión de ese medio ambiente hostil,

<sup>27</sup> GIMENO SENDRA V., CONDE-PUMPIDO TOURON, C., y GARBERI LLOBREGAT, J., *Los procesos penales...*, op. cit., p. 5.

<sup>28</sup> MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *La inmunidad...*, op. cit., pp. 12 y ss.

<sup>29</sup> PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de Derecho Político*, Cívitas, 1984, p. 771.

generador de prejuicios como es natural, lo que da sentido a la disputa terminológica, y lo que explica la tendencia mayoritaria de la doctrina a tratar a la inmunidad como “prerrogativa”, en tanto en cuanto el uso de dicho término expresa el ligamen entre el *status* peculiar de una parte, y el ejercicio de funciones públicas orientadas al interés general por la otra<sup>30</sup>. Como señala FERNÁNDEZ-MIRANDA y CAMPOAMOR ya nuestros diputados del siglo XIX se preocuparon de establecer la diferencia entre el privilegio y la prerrogativa señalando que aquél se otorgaba en beneficio de la persona y ésta en beneficio de la función<sup>31</sup>. En la misma idea abunda algún sector de nuestra doctrina; así FABREGAS, definió el privilegio como una excepción gratuita y graciosa de las disposiciones de una ley, y la prerrogativa como una situación o atribución especial reconocida como necesaria para el ejercicio de una función<sup>32</sup>. En esta línea se pronuncia CARRO MARTÍNEZ cuando afirma que las palabras inmunidad, prerrogativa y privilegio tienen su matiz diferenciador que cabe destacar. “Los privilegios son derechos o facultades discriminatorias y por encima de la norma general. En el caso de la inmunidad, se trata de una singularidad favorecedora del Parlamento y de los parlamentarios. Su esencia es personal, subjetiva y marginal a la Ley común. Las prerrogativas son una especie de poderes o potestades inherentes al Estado, y especialmente en el caso que nos ocupa se trata de potestades propias del Parlamento y los parlamentarios en cuanto instituciones del Estado y para mejor ejercicio de su función. Las prerrogativas son algo objetivo y anexo a la función del órgano o persona que las detenta. Son complemento y parte del Derecho común; nunca lo contradice ni excepciona. Las inmunidades, por su parte, son derechos singulares que dispensan o excepcionan los principios fundamentales del sistema jurídico”<sup>33</sup>. LUCAS MURILLO prefiere hablar de garantías dada su irrenunciabilidad y su naturaleza instrumental. Para este autor, esta denominación “no se confunde con expresiones tradicionales que pueden tener otro significado y, además, por su carácter técnico, expresa adecuadamente tanto el objetivo protector de las instituciones que se examinan cuanto su naturaleza funcional o instrumental”<sup>34</sup>.

El Tribunal Constitucional no ha sido muy preciso terminológicamente hablando. Así, por ejemplo, en la STC 9/1990, de 18 de enero conceptúa a la inmunidad y a la inviolabilidad como dos prerrogativas, pero luego se refiere a la inviolabilidad como “privilegio de naturaleza sustantiva”, pero en la sentencia 206/1992, de 27 de noviembre, clarifica la cuestión, advirtiendo que las prerro-

<sup>30</sup> TRAVERSA, S., voz *Inmunitá Parlamentare*, en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XX D.A. Giuffré, 1970, p. 178

<sup>31</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA y CAMPOAMOR, A., “La inmunidad parlamentaria en la actualidad”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 215, 1977, p. 211.

<sup>32</sup> FABREGAS DEL PILAR, J.M., *Derecho político*, Reus, 1922, p. 135.

<sup>33</sup> CARRO MARTÍNEZ, A., “La inmunidad parlamentaria”, *Revista de Derecho Político*, núm. 9, 1981, p. 89

<sup>34</sup> LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., “Las garantías...”, op. cit., p.243.

gativas no pueden ser calificadas en ningún caso de privilegios: pues persiguen una finalidad legítima de interés general como es, en último término, garantizar la libertad e independencia de la institución parlamentaria:

“Desde luego, siempre ha habido acuerdo en que la inmunidad, al igual que otras prerrogativas parlamentarias, pero con más razón ésta, no es un “privilegio”, es decir, un derecho particular de determinados ciudadanos, que se vieran, así, favorecidos respecto del resto de los mismos”(FJ 3).

En definitiva, no puede aceptarse, en absoluto, que estemos frente a privilegios, sino ante una serie de atribuciones por razón de la función que se desempeña, por lo que son irrenunciables de tal suerte que, aunque parezca un contrasentido, el parlamentario no puede renunciar a la inviolabilidad para que se le abra un procedimiento por lo dicho en el ejercicio de sus funciones o a su inmunidad y someterse a un procedimiento penal en contra del parecer de la Cámara que ha denegado el suplicatorio.



## II. LA INVIOLABILIDAD PARLAMENTARIA



## 1. Regulación actual

La inviolabilidad parlamentaria supone la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por los votos emitidos y opiniones vertidas en el ejercicio de sus funciones. Aparece recogida en el artículo 71.1 de la Constitución en los siguientes términos:

“Los Diputados y Senadores gozaran de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.”

El Reglamento del Congreso, por su parte, señala en su artículo 10 que:

“Los Diputados gozarán de inviolabilidad, aun después de haber cesado en su mandato, por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.”

y el Reglamento el Senado en su artículo 21 recoge esta prerrogativa en los siguientes términos:

“los Senadores gozaran, aun después de haber cesado en su mandato, de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en actos parlamentarios y por los votos emitidos en el ejercicio de su cargo.”

Esta prerrogativa está recogida de forma similar en los Estatutos de Autonomía de las distintas Comunidades Autónomas. Así, el artículo 23 del Estatuto de la Comunitat Valenciana (redacción dada por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana) señala:

“Los miembros de Les Corts gozarán, aun después de haber cesado en su mandato, de inviolabilidad por las opiniones manifestadas y por los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones”.

el artículo 57 del Estatuto de Cataluña (Redacción dada por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma de la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Catalunya):

“Los miembros del Parlamento de Cataluña serán inviolables por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo”,

el artículo 11 del Estatuto de la Comunidad de Madrid (Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero):

“Los Diputados gozarán, aun después de haber cesado en su mandato, de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”,

o el artículo 26 del Estatuto de Autonomía del País Vasco (Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre):

“Los miembros del Parlamento Vasco serán inviolables por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo”<sup>35</sup>.

Su objeto, de acuerdo con la STC 51/1985, de 10 de abril es la preservación de un ámbito cualificado de libertad en la crítica y en la decisión sin el cual el ejercicio de las funciones parlamentarias podría resultar mediatizado y frustrado, por ello el proceso de libre formación de voluntad del órgano.

## 2. Antecedentes históricos y referencias comparadas

### a. Antecedentes históricos

Si bien nos encontramos en el Reino Unido con la *freedom of speech* que tenía por objeto defender la libertad de expresión y el derecho de reunión de los mandatarios medievales, constantemente expuestos, como señala Eloy GARCÍA, a la acción de un monarca deseoso de hacer retornar al Parlamento a su primitiva condición de órgano de consulta jerárquicamente subordinado a su persona<sup>36</sup>, el origen moderno de las prerrogativas parlamentarias, como advierte FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, tuvo lugar en el Estado liberal y constitucional que emergió de la Francia revolucionaria de 1789, y fue el modelo general extendido al continente. Pone de relieve este autor, contestando a los autores que intentan trazar una línea

<sup>35</sup> Vide igualmente:

Artículo 101.3 del Estatuto de Autonomía de Andalucía (Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre reformada por Ley Orgánica de 2007), artículo 18 del Estatuto de Autonomía de Aragón (Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto), artículo 26 del Estatuto de Autonomía de Asturias (Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre), artículo 10 del Estatuto de Autonomía de Canarias (Ley Orgánica 10/1982 de 10 de agosto), artículo 11 del Estatuto de Autonomía de Cantabria (Ley Orgánica 8/1981 de 30 de diciembre): artículo 10 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto): artículo 12 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León (Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero), artículo 24 del Estatuto de Autonomía de Extremadura (Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero): artículo 11 del Estatuto de Autonomía de Galicia (Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril), artículo 23 del Estatuto de Autonomía de Illes Balears (Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero), artículo 17 del Estatuto de Autonomía de La Rioja (Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio), artículo 13 del Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto), artículo 25 del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia (Ley Orgánica 4/1982, de 9 de Junio):

<sup>36</sup> GARCÍA, E., *Inmunidad parlamentaria y Estado de partidos*, Tecnos, 1989, p.23.

directa entre los precedentes, algunos de ellos de nuestro país, medievales y la institución actual que “el estado de conciencia medieval hace impensable la existencia, y ni siquiera la pretensión de una libertad de expresión capaz de generar una absoluta irresponsabilidad jurídica”<sup>37</sup> En concreto, la inviolabilidad aparece formulada positivamente, como irresponsabilidad total y perpetua, en el Decreto de la Asamblea Nacional francesa de 20 de junio de 1789 que declaraba que:

“La persona de cada diputado es inviolable. No se puede perseguir ni arrestar a un diputado por sus opiniones o discursos en los Estados Generales. Quienes hicieren esto o colaboren serán infames y traidores a la nación y culpables de crimen capital”.

Con posterioridad, se recogería en la Constitución de 3 de septiembre de 1791 en los siguientes términos:

“Los representantes de la Nación son inviolables: no podrán ser perseguidos, acusados ni juzgados en ningún tiempo por lo que hubieren dicho, escrito o hecho en el ejercicio de sus funciones de representantes”.

Esta concepción extensiva de la prerrogativa (“dicho, escrito o hecho”), será reconducida en la Constitución de 1793 que fijará los límites de la institución configurándola con el sentido que tiene en la actualidad, es decir, con la finalidad de proteger las opiniones vertidas, aunque no se dice que sean en el ejercicio de sus funciones parlamentarias sino a las que son realizadas “en el seno del cuerpo legislativo:

“Los diputados no pueden ser perseguidos, acusados ni juzgados por las opiniones enunciadas en el seno del cuerpo legislativo”

En nuestro sistema de forma un tanto confusa se introducen las prerrogativas en el Decreto de 24 de septiembre de 1810<sup>38</sup>. El artículo 128 de la Constitución de 1812 fijará la prerrogativa en los siguientes términos:

“Los diputados serán inviolables por sus opiniones, y en ningún tiempo ni caso, por ninguna autoridad, podrán ser reconvenidos por ellas”

La Constitución de 1837 recoge la prerrogativa en su artículo 41, configurándola como hoy la conocemos: con el carácter de absoluta y reconduciendo las opiniones y votos del parlamentario a los realizados en *el ejercicio de su cargo*:

<sup>37</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., “Origen histórico de la inviolabilidad e inmunidades parlamentaria”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 10, 1986, p. 185.

<sup>38</sup> “Las personas de los diputados son inviolables y no se puede intentar por ninguna autoridad ni persona particular cosa alguna contra los diputados, sino, en los términos que se establezcan en el Reglamento que va a formarse”. Reglamento dictado el 24 de noviembre de 1810 que perfilaba algo más las garantías y que sometía a los diputados por causas civiles y criminales al fuero especial de las Cortes constituidas en Tribunal.

“Los Senadores y los Diputados son inviolables por sus opiniones y votos en el ejercicio de su encargo”<sup>39</sup>

Por su importancia, se hace obligado hacer referencia a la Constitución de 1931 que recoge la prerrogativa en su artículo 55 en los siguientes términos:

“Los diputados son inviolables por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo”

## b. Referencias comparadas

La prerrogativa de la inviolabilidad se recoge en las Constituciones de los Estados de la Unión Europea en términos no totalmente coincidentes. La variante se encuentra en que algunas constituciones configuran la inviolabilidad de forma absoluta mientras que otras introducen límites.

El artículo 46 de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania de 1949, recoge la prerrogativa en estos términos:

“Los diputados no podrán en ningún momento ser perseguidos judicial o administrativamente ni de ninguna otra manera fuera de la Dieta Federal por su voto o manifestaciones en el seno de ésta o de alguna de sus comisiones, si bien no se aplicará esta norma a las injurias calumniosas.”

14

40

Al respecto señalar, en primer lugar, que no se hace referencia expresa a las funciones parlamentarias sino a los votos o manifestaciones realizadas en el seno de la Dieta o de la Cámara, y, en segundo lugar, que no se configura con carácter absoluto sino que quedan fuera del ámbito de protección de la prerrogativa las *injurias calumniosas*.

La Constitución francesa de 1958 la recoge en su artículo 26 en los siguientes términos:

“Ningún miembro del Parlamento podrá ser procesado, sujeto a investigación, detenido, preso o juzgado a causa de las opiniones o votos que haya emitido en el ejercicio de sus funciones”.

En este caso cabe advertir que la configuración de la prerrogativa es similar a la española. En primer lugar, se hace referencia a las funciones parlamentarias y, en segundo lugar, se configura con carácter absoluto.

La Constitución griega de 1975 recoge la prerrogativa en el artículo 61, de forma un tanto confusa, en los siguientes términos:

<sup>39</sup> Vide artículo 40 de la Constitución de 1945, artículo 43 de la Constitución no promulgada de 1856, artículo 57 de la Constitución de 1869, Artículo 68 del Proyecto Constitución Federal de la República Española de 1873, Artículo 46 de la Constitución de 1876.

“1. Los diputados no podrán ser perseguidos ni interrogados de forma alguna por las opiniones o votos emitidos en el ejercicio de sus funciones parlamentarias.

2. Los diputados sólo podrán ser perseguidos por difamación calumniosa según la ley, previa autorización de la Cámara, siendo competente el Tribunal de Apelación para el enjuiciamiento del caso. Se considerará la autorización denegada si la cámara no se hubiere pronunciado sobre ella en los cuarenta días siguientes a la recepción del suplicatorio por el Presidente de ella. En caso de negativa a conceder la autorización o de expiración del plazo en cuestión, no podrá el acto inculcado ser objeto de nueva demanda”

Este artículo sería digno de un comentario con detalle, aquí solo señalar: 1. Se hace referencia a las funciones parlamentarias, 2. La prerrogativa no se configura con carácter absoluto sino que, al igual que en la Ley Fundamental de Bonn, quedan fuera las difamaciones calumniosas.

A tenor del artículo 68 de la Constitución italiana de 1947:

“No podrán los miembros del Parlamento ser encausados por las opiniones expresadas ni por los votos emitidos e el desempeño de sus funciones”

Se recoge, por lo tanto, de manera similar al caso español: por una parte se hace referencia a las funciones parlamentarias y, por otra, se configura con carácter absoluto.

La Ley Fundamental del Reino de los Países Bajos de 1983, recoge la prerrogativa en su artículo 71 en los siguientes términos:

“No podrán los miembros de los Estados Generales, (...), ser perseguidos o interrogados ante los tribunales por lo que hayan dicho o comunicado por escrito en las reuniones de los Estados generales o de sus comisiones”.

Al respecto señalar que, por una parte, no hace referencia las funciones parlamentarias sino a las reuniones de los Estados Generales o de sus comisiones, acercándose a la dicción de la Ley Fundamental de Bonn, y, por otra, se configura con el carácter de absoluta.

Por su parte, el artículo 160 de la Constitución portuguesa señala al respecto:

“Los diputados no responderán civil, criminal ni disciplinariamente por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de sus funciones”

Advertir simplemente que se hace referencia a las funciones y configurándose de forma absoluta; incluso podríamos decir de la forma más absoluta posible al prohibir también sanciones disciplinarias.

En cambio, en Finlandia, el artículo 13 de la Ley orgánica del Parlamento de 13 de enero de 1912, permite procesar a un parlamentario, previa autorización de la Cámara, por las opiniones expresadas en el Parlamento:

“Ningún diputado podrá ser acusado ni privado de su libertad por las opiniones expresadas en el Parlamento o por su actitud durante las deliberaciones, a menos que el Parlamento lo autorice por acuerdo favorable de cinco sextos, por lo menos, de los votos emitidos”

Y en sentido similar se manifiesta el artículo 8 de la Ley sueca de 24 de noviembre de 1994, que combina un tanto confusamente elementos de la inviolabilidad y de la inmunidad, al señalar que:

“Nadie podrá entablar acción judicial contra quien ejerza o haya ejercido el mandato de diputado, ni privarle de su libertad o impedirle desplazarse dentro del Reino, por razón de sus palabras o actos en el desempeño de su mandato, a menos que el Parlamento lo haya autorizado mediante acuerdo al que haya dado su conformidad cinco sextos, como mínimo de los votantes”.

Obligado es, por último, la referencia a las prerrogativas de los parlamentarios europeos. En el caso de la Eurocámara la cuestión de un régimen propio no se planteó hasta la elección por sufragio universal puesto que, hasta entonces, el Parlamento Europeo se nutría de delegaciones de los parlamentarios nacionales. La elección por sufragio universal al desvincular al Europarlamento de los Parlamentos nacionales planteaba la cuestión de las prerrogativas de sus miembros. Para cubrir tal carencia se adoptó el 8 de abril de 1965, el Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de las Comunidades Europeas al que se remite el artículo 5 del Reglamento del Parlamento europeo. El artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de las Comunidades Europeas de 8 de abril de 1985, limitándola sólo a las opiniones y votos de los parlamentarios realizados en el *ejercicio de sus funciones* recoge la institución en los siguientes términos:

“Los miembros del Parlamento europeo no podrán ser buscados, detenidos ni procesados por las opiniones o los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones.”

### 3. Naturaleza jurídica

Esta cuestión ha suscitado enormes debates en la doctrina<sup>40</sup>. La cuestión puede ser vista desde el punto de vista penal o procesal.

Centrándonos en el primero de ellos, advierte GÓMEZ BENÍTEZ que “el planteamiento de fondo gira sobre la necesidad de construir la inviolabilidad

<sup>40</sup> Un resumen exhaustivo de las distintas posturas doctrinales lo encontramos en GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., “La inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 64, 1982, pp. 51 y ss.

manteniendo la antijuridicidad del hecho, de forma que se posibilite fundamentadamente la legítima defensa y la participación punible de terceros –no afectados por la prerrogativa– en el hecho criminal. Frente a ello se defiende aquella otra construcción jurídica que parte de la inexistencia de hecho antijurídico, es decir, de su calificación como causa de justificación, y no faltan quienes lo hacen introduciéndose en el terreno de la inimputabilidad. Además de estas opiniones, que le atribuyen carácter material, existe otra tendencia que le atribuye carácter exclusivamente procesal<sup>41</sup>.

En nuestra doctrina QUINTANO, RIPOLLÉS y ONECA se inclinan por considerar que nos encontramos con una causa personal de exclusión de la pena, de lo que se deriva que la acción es antijurídica pero se excluye su punibilidad. En opinión de GÓMEZ BENÍTEZ<sup>42</sup>, ésta es la postura mayoritaria en la doctrina. “Toda causa personal de exclusión de la pena supone –a diferencia de lo que ocurre con las causas de justificación– una afectación exclusiva del elemento “punibilidad” que queda excluido manteniéndose la acción por tanto, como típica, antijurídica y culpable. A sensu contrario, puede decirse que de no existir dicha excusa o causa personal de exclusión de pena, el hecho sería punible<sup>43</sup>.

El delito es siempre entendido como conducta punible pero no, en absoluto, como conducta penada de tal suerte que existen una serie de supuestos en que la consecuencia jurídica del delito no es aplicable, es decir queda excluida. En esos supuestos estamos ante una causa de exención o exclusión de la pena. Causas que de acuerdo con el Código Penal, pueden ser genéricas (que afectan a todas las modalidades delictivas) y que están recogidas en el artículo 130 CP<sup>44</sup> y específicas (con relevancia solamente para determinados delitos). De considerar la inviolabilidad parlamentaria como causa de exclusión de la pena, habría que incardinarla entre las específicas. Ello no obstante, encontramos objeciones a esta postura. Como advierte GÓMEZ BENÍTEZ, se trata de una excusa absolutoria de naturaleza funcional-personal que, en cualquier caso, comprende todos los votos y manifestaciones que, en el ejercicio de la función parlamentaria, se hayan realizado. La exención debería afectar, por tanto, a cualquier voto o manifestación que se incluya dentro de la conducta descrita como merecedora de la exención de la pena, es decir, dentro de la actuación parlamentaria, pero la exclusión, por ejemplo, de las calumnias del ámbito protector de la inviolabilidad, tal como hace la Ley Fundamental de Bonn, viene a quebrar la genérica pretensión de las

<sup>41</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “La inviolabilidad...”, op. cit., pp. 52 y 53. Vide, asimismo, PIZZORUSSO, Alessandro, “Las inmunidades parlamentarias. Un enfoque comparatista”, *Revista de las Cortes Generales*, n.º. 2, 1984, pp. 40 y ss.

<sup>42</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “La inviolabilidad...”, op. cit., p. 52.

<sup>43</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Ibidem*, p. 55.

<sup>44</sup> Muerte del reo, cumplimiento de la condena, derecho de gracia, perdón del ofendido, y prescripción.

excusas absolutorias o causas (personales) de exclusión de la pena. Su exclusión, en pura coherencia con la naturaleza jurídica que se atribuye a la inviolabilidad, está justificada<sup>45</sup>.

La vigencia de la ley penal está marcada por límites personales, espaciales y temporales; la inviolabilidad es uno de los primeros, de ahí que pueda ser considerada como una causa personal de exclusión de la pena. Excluye la responsabilidad criminal por las opiniones vertidas durante el desempeño del cargo que las origina, aún después de que se haya cesado en él<sup>46</sup>.

Otros autores como RODRÍGUEZ DEVESA, JIMÉNEZ DE ASÚA, GÓMEZ BENÍTEZ o LUCAS MURILLO la consideran una causa de justificación que supone la exclusión de lo injusto. La realización del tipo comporta la producción de un hecho, en principio, jurídicamente desvalorizado, este desvalor puede quedar excluido cuando concorra una causa de justificación. La conducta típica resulta, en última instancia, conforme a Derecho, es decir justificada<sup>47</sup>. La justificación se distingue de la inculpabilidad ya que inculpable es el hecho que no puede reprocharse jurídicamente a su autor, aun cuando haya de conceptuarse como desvalorizado. Justificado está, por el contrario, solamente el hecho que, en una valoración global, ha de ser conceptuado como jurídicamente correcto, de tal suerte que el hecho antijurídico realizado inculpablemente puede representar una agresión ilegítima frente a la que cabe la legítima defensa, mientras que si el hecho está justificado, es decir, si no es antijurídico, bajo ningún concepto puede ser considerado agresión ilegítima. Además el que coopera en la realización de un hecho inculpable o induce a otro a que lo ejecute, puede resultar responsable del mismo, mientras que la cooperación o la inducción a la realización de un hecho justificado no puede, en ningún caso generar responsabilidad alguna.

Cuando alguien ejercita un derecho o actúa conforme a Derecho surge para los demás miembros de la comunidad una ineludible obligación de respeto. Que una determinada conducta –un hecho típico– se halle justificada, desde el momento en que implica que se tiene derecho a llevarla a cabo, ha de comportar a su vez, necesariamente, la obligación de soportarla. En definitiva, quien actúa amparado por una causa de justificación, actúa en un régimen de preeminencia: los afectados por su actuación justificada no se le pueden oponer.

Ello supone que el hecho típico, portador de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídicamente protegido, pasa a ser conforme a Derecho si se realiza al

<sup>45</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., "La inviolabilidad...", op. cit., p. 55.

<sup>46</sup> Vide al respecto, COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN T. S., *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 235; ORTS BERENGUER E., GONZÁLEZ CUSSAC J. L., *Compendio de Derecho penal : parte general y parte especial*, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 87 y 204, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., "La inviolabilidad...", op. cit., p. 52.

<sup>47</sup> COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 457, a quienes seguimos.

amparo de una causa de justificación. El único elemento que puede transmutar el hecho típico en un hecho justificado es la presencia de un bien o interés que a los ojos del ordenamiento, hay de prevalecer sobre el lesionado o puesto en peligro. En el caso de la inviolabilidad ese interés preponderante ante el que decaen, en principio, el honor, la intimidad, el orden público, etc. es, como sabemos, la libre formación de la voluntad del Parlamento que es el órgano que representa al pueblo soberano.

JIMÉNEZ DE ASÚA, fundamenta dicha exclusión en el estado de necesidad, planteamiento que es criticado por GÓMEZ BENÍTEZ con razón pues, en todo caso, “existe un vago concepto de “necesidad” evidentemente existente, que no tiene por qué equipararse al “estado de necesidad”, categoría jurídico penal sometida a una determinada tipicidad”<sup>48</sup>. Efectivamente si analizamos el artículo 8.7 del anterior Código Penal, a cuyo tenor, están exentos de responsabilidad criminal:

“El que impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurran los requisitos siguientes: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.

El estado de necesidad supone una situación en la que existe, para un determinado bien, el peligro de un quebranto grave que solamente puede ser evitado mediante el sacrificio de bienes jurídicos ajenos. Esta causa de justificación exige la situación de necesidad, el interés preponderante lo que supone que el mal causado ha de ser inferior al que se intenta causar, que la acción este justificada, es decir objetivamente idónea para salvar el bien mayor, que no esté provocada intencionadamente por el sujeto y que el perjudicado, de existir, no tenga por su oficio o cargo obligación de sacrificarse. Dificilmente podemos incardinar la inviolabilidad en esta causa de justificación.

Se inclina GÓMEZ BENÍTEZ, habida cuenta que la propia Constitución en su artículo 71.1. se refiere a la inviolabilidad parlamentaria siempre y cuando las opiniones manifestadas se produzcan “en el ejercicio de sus funciones”, reconducir la prerrogativa a la causa recogida en el número 11 del anterior Código Penal que señala que estarán exentos de responsabilidad penal:

“El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “La inviolabilidad...”, op. cit., p. 64.

<sup>49</sup> En el mismo sentido se expresa ABELLÁN, J.M., *El estatuto...*, op. cit., pp. 39 y 40.

Esta postura parece encontrar su apoyo en la sentencia Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1981 que afirma que la inviolabilidad funciona “como principio eliminatorio de la antijuridicidad”<sup>50</sup>

Ahora bien, la cosa dista de estar clara. El término “legítimo” significa que ha de discurrir por los cauces legales y que los medios utilizados han de ser jurídicamente idóneos pues, en caso contrario, estaríamos en una hipótesis de exceso y, por lo tanto, de un ejercicio ilegítimo<sup>51</sup>. El desempeño de cargos públicos conlleva, en ocasiones, la realización de una serie de funciones en cuyo desarrollo pueden lesionarse derechos ajenos. Toda actividad que implique el ejercicio legítimo de un cargo ha de estimarse conforme a Derecho. En consecuencia, la realización de un tipo penal en el desarrollo del referido ejercicio legítimo queda justificada. Pero para que aquí suceda, el ejercicio del cargo ha de ser “legítimo”. Ello exige, entre otras cosas, un examen conforme al deber, por lo que sólo podrá apreciarse ejercicio legítimo del cargo sin concurrir tal examen y la decisión se mueve en el marco legítimo de los límites concedidos al arbitrio de quien lo desempeña.

Por lo tanto, la causa de justificación desaparece cuando se lleva a cabo un uso ilegítimo, una extralimitación de la misma, cosa que no sucede en nuestro caso con la inviolabilidad cuyo carácter absoluto niega la posibilidad de una extralimitación, circunstancia que sí se da, por ejemplo en la Ley Fundamental de Bonn al no proteger las declaraciones calumniosas.

<sup>50</sup> Advertir, no obstante, que la sentencia no se centra en el análisis de la inviolabilidad sino en la inmunidad. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación, interpuesto por el M.º Fiscal, contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional en causa seguida por delitos de asesinato y terrorismo. La parte dispositiva de la sentencia de la Audiencia Nacional entre otros pronunciamientos, ordena «la suspensión del curso de la causa» para uno de los procesados por ser miembro del Parlamento Vasco con el objeto de subsanar la falta de autorización del expresado Parlamento. La sentencia que es impugnada casacionalmente por el Fiscal, en tres motivos, primero y segundo por quebrantamiento de forma, –falta de claridad y no resolución de todos los puntos objeto de acusación, respectivamente– y el tercero por infracción legal –aplicación indebida de los arts. 71-2 de la Constitución y 257, 258, 406, 512 y 516 bis del C. P.

El Tribunal Supremo casa la sentencia y ordena devolver las actuaciones a la mencionada Audiencia Nacional para que reponiéndolas al estado de dictar sentencia, pronuncie otra con arreglo a Derecho en la que se subsanen los extremos contenidos en la sentencia dictada.

<sup>51</sup> Así, por ejemplo, con relación al cumplimiento del deber la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 19 de junio de 1989) viene exigiendo, entre otros requisitos: 1. Que el comportamiento sea necesario y racionalmente imprescindible para el cumplimiento de la misión que han de desempeñar. 2. En caso de exceso en el uso de la fuerza, cuando hay una total falta de necesidad para su utilización, la extralimitación manifiesta impide la aplicación de la exención en forma tanto completa como incompleta. Se viene exigiendo como requisitos esenciales para la vigencia de la eximente, que los agentes se hayan encontrado dentro o en el desempeño de las funciones propias de su cargo, que la fuerza o violencia empleada sea proporcional a la función a realizar, o en otros términos, que sea racionalmente imprescindible, que no exista extralimitación de los representantes del orden y, por último que concurra un determinado grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte de la víctima.

Para GÓMEZ BENÍTEZ, “no se trata aquí de la existencia de una inminente producción de un mal que genera la colisión de bienes jurídicos. Muy al contrario, la necesidad en el cumplimiento del deber o en el ejercicio de un derecho o cargo adquiere una configuración abstracta, de forma que la inexistencia de necesidad del acto para el ejercicio de la función imposibilita la estimación de la eximente; a esta conclusión se llega sin entrar en el carácter absoluto o no de dicha necesidad e interesando, por tanto, sólo la constatación de “estarse moviendo en el ámbito de lo necesario”<sup>52</sup>.

La consideración de la inviolabilidad como causa de justificación permite castigar el abuso o exceso en el ejercicio del derecho o cargo, hace posible la legítima defensa (admitida en los ataques al honor) ante dicho exceso y castigar, también, la participación punible. De ahí deduce como consecuencia que “la inviolabilidad parlamentaria supone un “plus” con respecto a la libertad de expresión que debe reconocerse a los ciudadanos, plus que viene referido a determinados delitos de expresión que conculcan bienes jurídicos protegidos de los que son depositarios determinadas instituciones o personas. Pero dicho “plus” de libertad estará siempre sujeto a la “necesidad” de tales acciones para el cumplimiento de la función. Por ello resulta difícil comprender que las manifestaciones calumniosas, por ejemplo, puedan ser “necesarias” en el sentido antes asumido, para dicho ejercicio de la función parlamentaria”. En definitiva, ello supone que es posible “construir una prerrogativa parlamentaria que no excluya determinados delitos de expresión (recuérdese la normativa alemana sino que los enmarque en el contexto de una función o cargo, cuyas actuaciones llevan implícitas el ejercicio de un derecho”<sup>53</sup>. PORTERO GARCÍA y FERNÁNDEZ-VIAGAS encuentran serias objeciones a tal configuración. Advierte el segundo que si se admite que la causa de justificación es la señalada en el número 11 del artículo 8, ello exige aplicar a la inviolabilidad los requisitos que el Tribunal Supremo ha venido exigiendo para la apreciación de tal circunstancia y que no son otros que, de acuerdo con la STS de 24 de febrero de 1983: 1. Necesidad del acto. 2. Proporción de los medios empleados 3. No favorecer las extralimitaciones o abusos provenientes del sujeto activo. Para estos autores dicha circunstancia eximente sólo es de aplicación cuando el ejercicio del derecho o cargo hubiere sido ejercitado dentro de sus límites legales.

El problema radica en que la prerrogativa sólo comienza a tener sentido precisamente en el momento en el que el parlamentario supera los límites de lo razonable en el ejercicio del derecho. Efectivamente, “cuando las opiniones vertidas se encuentran dentro de lo que razonablemente puede considerarse como ejercicio de la función parlamentaria, es evidente que su conducta es perfectamente jurídica y justificada por el legítimo derecho a utilizar el mandato parlamentario. Por el contrario, en los casos de exceso en la función, en el que el derecho ha

<sup>52</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “La inviolabilidad...”, op. cit. p. 66

<sup>53</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Ibidem*, p. 67.

sido utilizado más allá de sus límites legales, sería imposible aplicar dicha causa de justificación, construida precisamente para eximir las conductas conforme al ordenamiento jurídico y no las que lo violan<sup>54</sup>.

Ello no obstante, la solución aportada por FERNÁNDEZ-VIAGA tampoco parece satisfactoria. Afirma que lo que ha de analizarse es la índole del derecho que ejercita el parlamentario cuando expresa una opinión en la Cámara y así, “podría sostenerse, dados los términos del artículo 71, que la Constitución ha querido configurar un plus de libertad de expresión, prácticamente en términos absolutos, para los parlamentarios, cuando se refieren a materias relacionadas con intereses públicos. El parlamentario podría así “amenazar”, “coaccionar” o hacer “apología delictiva” sin ir en contra del ordenamiento jurídico, en definitiva, sin hacer anti-jurídica su conducta, siempre que razones superiores de participación y expresión política exigiesen que la Cámara, a la hora de formar su voluntad, tuviese en cuenta manifestaciones guiadas por una voluntad de servicio a los intereses públicos. El parlamentario estaría ejercitando, así, su derecho a la libertad de expresión de una manera diversa a la del resto de los ciudadanos. Si éstos deben, en todas sus manifestaciones, respetar el derecho de los demás, y, en particular, los límites que el texto constitucional establece, el parlamentario, en el ámbito estricto de la Cámara, ve cómo su cuota de libertad de expresión se amplía considerablemente hasta hacerse casi absoluta cuando su actuación se viere presidida por consideraciones de índole política”<sup>55</sup>.

14

48

El propio autor reconoce que este planteamiento no puede aplicarse en nuestra sociedad pues sólo es aceptable “en sociedades en convulsión, en comunidades donde la Institución Parlamentaria debe reflejar los extremados matices de opinión que se reflejan en la vida social”<sup>56</sup>. Efectivamente, en una sociedad no radicalizada, democráticamente estable no puede fundamentarse esta prerrogativa en tales consideraciones. Por ello termina señalando que la configuración de la inviolabilidad como causa de justificación penal, aceptable sobre todo en los comienzos del parlamentarismo, se ve sucedida por otra posición que la considera exclusivamente como causa de exclusión de la punibilidad”<sup>57</sup>.

La solución pasa por abandonar el carácter absoluto de la prerrogativa tal como está configurada en nuestro ordenamiento y configurarla de forma semejante a como lo está, por ejemplo, en la Ley Fundamental de Bonn. De entrada, repugna que la inviolabilidad pueda ser considerada una causa de exclusión de la pena pues ello supone reconocer que el parlamentario es un delincuente, en palabras

<sup>54</sup> PORTERO GARCÍA, L., *Inviolabilidad e inmunidad parlamentaria*, Universidad de Málaga, 1979, p. 59. FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *La inviolabilidad e inmunidad de los Diputados y Senadores. La crisis de los “privilegios” parlamentarios*, Cívitas, 1990, p. 32..

<sup>55</sup> FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *Ibidem*, 33 y 34.

<sup>56</sup> FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *Ibidem*, p. 33.

<sup>57</sup> FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *Ibidem*, p. 34.

de Eloy GARCÍA “un fugitivo del Derecho”<sup>58</sup> que puede actuar impunemente. Más acorde con la realidad es considerarla una causa de justificación que, de entrada, salva el escollo de considerar el hecho un delito. Ello supone que el hecho aunque cumpliera el tipo penal no sería injusto si está justificado. Para que mereciera tal consideración tendría que ser realizado en el ejercicio del cargo, ser absolutamente necesario o, en otra palabras, racionalmente imprescindible, para el fin para el que se instituyó la inviolabilidad, que la lesión del derecho fundamental o al interés general fuese proporcionada al fin pretendido y que, éste, en definitiva, fuera objetivamente preponderante sobre el bien o derecho lesionado. En este sentido, abusar de la prerrogativa no estaría protegido por ésta<sup>59</sup>: insultar, vejar, hacer apología del genocidio o del terrorismo, incitar a asesinar a alguien, etc. no merecerían el amparo de la inviolabilidad pero si otras actuaciones como, por ejemplo, revelar un secreto oficial en una Comisión de investigación. En este caso, a pesar de cumplir con un tipo, visto el interés preponderante, la acción podría estar justificada y, por lo tanto, ser legítima.

Desde la perspectiva del Derecho procesal, la cuestión parece clara. Como señala MONTERO AROCA, la inviolabilidad supone una exención de la jurisdicción<sup>60</sup>. El Tribunal Constitucional, por su parte, la configura como una causa de exclusión de la jurisdicción ya que no solo exime de responsabilidad sino que se trata de “un privilegio frente a la mera incoación de todo procedimiento”. Es un privilegio que “incide negativamente en el ámbito del derecho a la tutela judicial” pues “impide la apertura de cualquier clase de proceso o procedimiento que tenga por objeto exigir responsabilidad a los Diputados o Senadores por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones<sup>61</sup>. En definitiva, y como se señala en la STC 30/1997, de 24 de febrero:

“la prerrogativa constitucional determina la carencia absoluta de jurisdicción del órgano ante quien aquel proceso se plantea. El interés legítimo del parlamentario en la tutela de un valor constitucional se materializa así en la inviolabilidad de sus opiniones y, por consiguiente, en la exclusión de la jurisdicción respecto a ella.” (FJ 6).

En el mismo sentido se manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de diciembre de 2004 (Caso Jon Salaberria) al afirmar que la inviolabilidad no es sólo una prescripción que exime de responsabilidad, sino incluso:

“un privilegio frente a la mera incoación de todo procedimiento (incluso civil), un verdadero límite a la jurisdicción que tiene carácter absoluto. La

<sup>58</sup> GARCÍA, E., *Inmunidad...*, op. cit., p. 78.

<sup>59</sup> En este sentido LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., “Las garantías...”, op. cit., p.250.

<sup>60</sup> MONTERO AROCA, J. , “Los privilegios en el Proceso Penal”, *Revista del Poder Judicial*, n.º. 39, 1995, p. 259.

<sup>61</sup> Vide SsTC 36/1981, de 12 de noviembre, 243/1988, de 19 de diciembre y 30/1997, de 24 de febrero.

jurisdicción queda excluida frente a las opiniones emitidas por un parlamentario y por tanto ni siquiera se puede entrar a examinar el contenido de esas opiniones al objeto de discernir si merecen o no la tutela de ese privilegio” (FJ Único)

De igual manera opina el Tribunal Europeo de Derechos Humanos quien en el caso A. c. Reino Unido de 17 de diciembre de 2002 y Cordova c. Italia de 30 de enero de 2003 advirtió que la inviolabilidad parlamentaria no puede considerarse *a priori* como una restricción desproporcionada del artículo 6.1. que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva. En la primera de ellas y respecto de la *freedom of speech* señalará que:

“la creación de excepciones a dicha inmunidad, cuya aplicación dependería de factores individuales a cada caso concreto, socavaría gravemente los fines legítimos perseguidos” (parf. 88).

Así pues, como señala VIANA BALLESTER, para el TEDH “la inviolabilidad parlamentaria es un límite absoluto legítimo del derecho de acceso a los Tribunales que no acepta, sin menoscabo de su contenido, ninguna excepción”<sup>62</sup>

#### 4. Extensión

La redacción de los artículos 71 CE, 10 RC y 21 RS presenta pequeñas diferencias que son necesarias aclarar para la comprensión de la prerrogativa y que inciden en tres puntos fundamentales de la prerrogativa: ámbito temporal, ámbito material y ámbito funcional. Por una parte, tanto el Reglamento del Congreso como del Senado, de forma expresa hacen referencia al ámbito temporal en que la inviolabilidad despliega sus efectos (“aun después de haber cesado en su mandato”) frente a la omisión de este extremo en el artículo 71.1 CE. Por otra parte, Constitución y Reglamento del Congreso hablan de “opiniones” mientras que el Reglamento del Senado habla de “opiniones” y “votos”. Por último, Constitución y Reglamento del Congreso hablan de que la prerrogativa protege al miembro de la Cámara “en el ejercicio de sus funciones”, mientras que el Reglamento del Senado habla de opiniones manifestadas “en actos parlamentarios” y de votos emitidos “en el ejercicio de su cargo”.

##### a. Ámbito temporal

En cuanto a la cuestión de la duración temporal de la inviolabilidad, la redacción del artículo 10 del Reglamento del Congreso y del artículo 21 del Reglamento del Senado muestran que los parlamentarios estaban especialmente interesados en remarcar el carácter perpetuo de la prerrogativa con el fin de cerrar la puerta a

<sup>62</sup> VIANA BALLESTER, C., “La inviolabilidad parlamentaria: a caballo entre la consolidación y la reforma”, en VVAA, *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Tirant lo Blanch, 2005, p. 820-821.

interpretaciones tendentes a acotar temporalmente la prerrogativa en el sentido de que terminado su mandato se vieran obligados a responder por dichas opiniones. Por lo tanto, la inviolabilidad tiene carácter perpetuo. Los parlamentarios están protegidos para siempre pues, como se han encargado de remarcarlo de forma expresa ambos reglamentos, la inviolabilidad extiende sus efectos “aun después de haber cesado en su mandato”. Así lo reconoce el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 51/1985, de 10 de abril:

“Esta garantía de los parlamentarios no decae por la extinción del mandato (arts. 10 y 21, respectivamente, Rgto. del Congreso de los Diputados y Rgto. del Senado)” (FJ 6).

En relación a los senadores designados por las Comunidades Autónomas, en la medida en que unen su mandato a la duración de la legislatura autonómica, se plantea la duda de si disuelto el Senado estos senadores siguen ostentando tal condición y, por lo tanto, siguen disfrutando de las prerrogativas parlamentarias. A esta cuestión haremos referencia a la hora de abordar el estudio de la inmunidad parlamentaria.

#### b. **Ámbito material**

A pesar de que el artículo 71 CE habla de opiniones, la primera cuestión que ha de quedar clara es que también los votos quedan amparados por la prerrogativa. La referencia a los votos emitidos por los parlamentarios no aparece tampoco en el Reglamento del Congreso pero sí en el del Senado y en los Estatutos de Autonomías y Reglamentos de las cámaras autonómicas. La cuestión no plantea ninguna duda en la doctrina. Advierte FERNÁNDEZ-VIAGAS, en relación con la falta de referencia constitucional a los votos emitidos que “resultaría completamente absurdo derivar consecuencias de ello”<sup>63</sup>. El parlamentario no puede ser perseguido ni por las opiniones expresadas ni por los votos emitidos. Como señala Ángel MANUEL ABELLÁN “una interpretación finalista de estas normas debe comprender también exentos de responsabilidad los votos emitidos por los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones”<sup>64</sup> y en este sentido es necesario traer a colación el caso Atutxa (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 20 de mayo de 2.003) que tiene su origen en la no disolución del grupo parlamentario Batasuna en el Parlamento vasco ordenada por el Tribunal Supremo en su Auto de 24 de abril de 2003. La Mesa del Parlamento Vasco votó rechazando la propuesta de resolución general de la Presidencia de la Cámara que expresaba que “los parlamentarios integrados en un Grupo Parlamentario pasaran a formar parte del Grupo Mixto cuando el Partido Político en cuyas candidaturas fueron elegidos sea disuelto o suspendido por sentencia o resolución judicial firme”. El TSJPV falló que dicha votación estaba amparada por la inviolabilidad

<sup>63</sup> FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *La inviolabilidad...*, op. cit., p. 23.

<sup>64</sup> ABELLÁN MANUEL, A., *El Estatuto de los parlamentarios...*, op. cit., p. 36.

parlamentaria. Sin embargo, la sentencia fue anulada por el Tribunal Supremo como luego tendremos ocasión de ver.

Sentado que los votos de los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones se sitúan bajo la égida de la inviolabilidad, nos centramos en analizar el concepto de “opinión”. En principio por opinión cabe entender, como señala la Real Academia Española, juicio o dictamen. El concepto hay que entenderlo de forma amplia. De ahí, entendemos, cabe deducir:

Primero. El carácter absoluto con el que está adornada la libertad de expresión del parlamentario en el ejercicio de sus funciones hace que se incluya cualquier manifestación de este derecho, sea ésta realizada a través de la palabra oral o escrita, pero también a través del gesto de cara o manos, de pataleos o aplausos, de dibujos o caricaturas, etc. y cualquiera que sea el medio utilizado: expresión oral, por medio de escritos y/o documentos oficiales, pero también a través de octavillas, panfletos, pancartas, carteles, símbolos, etc.<sup>65</sup>. En el concepto de opinión hay que considerar incluidos además de las intervenciones directas en los Plenos o en Comisiones, los ruegos por escrito, las enmiendas, las preguntas, las interpelaciones y todas aquellas actuaciones dirigidas a la lícita formación de la voluntad de la Cámara,

Segundo. Una interpretación finalista de la institución exige incluir en el concepto de opinión, las informaciones. Tanto el TEDH como el Tribunal Constitucional han distinguido las opiniones de las informaciones<sup>66</sup>, en función del contenido de aquello que se pretende comunicar. Mientras que las opiniones hacen referencia a ideas y juicios de valor, por lo que no están sometidas al principio de veracidad, las informaciones hacen referencia a hechos por lo que es de aplicación el anterior principio. Entendemos, pues, que las manifestaciones amparadas por la inviolabilidad no son solo las opiniones en sentido estricto sino también las informaciones.

En definitiva, la inviolabilidad despliega sus efectos con ocasión no de cualquier acto del parlamentario sino solo en relación con el ejercicio de su libertad de expresión. Así lo afirma el Tribunal Constitucional en su sentencia 51/1985, de 10 de abril:

“parece evidente que la garantía no ampara cualesquiera actuaciones de los parlamentarios y si sólo sus declaraciones de juicio o de voluntad (“opiniones”, según el art. 71.1 CE)”,

y no todo ejercicio de la libertad de expresión del parlamentario sino sólo el que se lleva a cabo en el ejercicio de sus funciones.

<sup>65</sup> Lo hemos visto en los parlamentos españoles: pancartas, esposas, sacos de cal.... Todo ello amparado por la prerrogativa.

<sup>66</sup> STEDH Lingens de 8 de julio de 1986, y STC 143/1991, de 1 de julio.

El Tribunal Constitucional advierte que esta figura persigue asegurar que los parlamentarios puedan hacer uso de su libertad de expresión sin restricciones con el fin de asegurar la libre formación de la voluntad de la Cámara. Por lo tanto, la libertad de expresión del parlamentario en el ejercicio de sus funciones tiene carácter absoluto.

Este derecho goza de una especial consideración en un sistema democrático pues contribuye de forma necesaria a configurar la opinión pública, institución básica en todo sistema democrático. Como señala MUÑOZ MACHADO que “no sólo no es pensable la democracia sin que exista la posibilidad de que los ciudadanos estén informados, sino que es imposible el pluralismo si esta información no es plena y libre”<sup>67</sup>.

Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional han destacado la trascendencia de este derecho en una democracia<sup>68</sup>. El primero en su ya lejana sentencia *Handyside* de 7 de diciembre de 1976 lo afirmará en los siguientes términos:

“La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. Al amparo del artículo 10.2 es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas inofensivas, sino también para aquellas que chocan inquietan u ofenden al Estado o a una parte de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática” (Párf. 49)<sup>69</sup>.

Nuestro Tribunal Constitucional atribuirá a este derecho una dimensión institucional al calificarlo como “garantía de una institución fundamental como es la opinión pública”<sup>70</sup>. Así, en la STC 12/1982 de 31 de marzo, con referencia expresa a la STEDH *Handyside*, se decanta de forma meridiana en favor de la tesis de la doble naturaleza como derecho subjetivo y como garantía de la opinión pública, al afirmar tras señalar que nos encontramos ante un derecho de libertad, que:

<sup>67</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, 1987, p. 153.

<sup>68</sup> Al respecto vide CATALÁ i BAS, A. H., *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional*. Ediciones Revista General de Derecho, 2001.

<sup>69</sup> Vide por todas SsTEDH *Sunday Times* de 26 de abril de 1979, *Lingens* de 8 de julio de 1986, *Müller* de 24 de mayo de 1988, *Oberchlick* de 23 de mayo de 1991 y *Observer et Guardian* de 26 de noviembre de 1991. La ComEDH, con tintes bíblicos la calificaba en el Informe sobre el caso *Vogt* de 30 de noviembre de 1993 de “pieza angular” del sistema democrático.

<sup>70</sup> Recogiendo de manera expresamente la tesis expuesta por FÉRNANDEZ VIAGAS en su voto particular a la sentencia 6/1981 de 16 de marzo:

“El legislador constituyente reconoce a la libertad de expresión y específicamente, a la libertad de prensa, un aspecto institucional, además de su aspecto subjetivo; aspecto institucional que tiende a realizar, en el plano de la información, el pluralismo político que el artículo 1 proclama como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico”.

“... en otro plano significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental que es la opinión pública libre indisociablemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático” (FJ 3)<sup>71</sup>.

Ello no obstante, como advierte el TEDH en su sentencia Lings de 8 de julio ese carácter esencial no supone vaciar de contenido los derechos u otros bienes que entren en conflicto con él<sup>72</sup>. En este sentido señala MUÑOZ MACHADO que no nos encontramos ante una libertad supraconstitucional: “no hay ningún derecho constitucional que tenga características tan excelsas y absolutas. La libertad de comunicar y difundir informaciones y noticias tampoco”<sup>73</sup>. La libertad de expresión no es un derecho absoluto sino que su ejercicio está sometido a una serie de límites que, en todo caso, deberán ser interpretados y aplicados de forma restrictiva lo que exige que se pruebe su necesidad de forma convincente. Para ello, ha de llevarse a cabo un “escrupuloso examen” de los hechos<sup>74</sup>. Y es que, efectivamente, poner grandes obstáculos al ejercicio de este derecho a partir de una interpretación amplia de los límites especialmente cuando este derecho se ejerce en relación a la *res publica* tiene graves efectos disuasorios en la opinión pública que, en la práctica, se traducen en la imposición de una autocensura y en la no participación en los debates sobre cuestiones públicas por miedo a sufrir una sanción. Así lo pondrán de manifiesto el TEDH en su sentencia Barthold de 25 de marzo de 1985<sup>75</sup> y el Tribunal Constitucional en su sentencia 190/1996, de 25 de noviembre<sup>76</sup>.

La inviolabilidad supone extraer una serie de manifestaciones a este régimen general y configurar la libertad de expresión del parlamentario en el ejercicio de su cargo como un derecho absoluto. La cuestión es si ello es necesario en la actualidad. Los representantes políticos, al igual que los profesionales de

<sup>71</sup> En sentido similar las SsTC 105/1983 de 23 de diciembre, 13/1985, de 31 de marzo, 51/1985, de 10 de marzo y 104/1986, de 17 de julio. Al respecto vide GALLEGO ANABITARTE, A., *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Cívitas, 1994, especialmente Cap. VIII “la garantía institucional de la opinión pública”, pp. 170 y ss. y BAÑÓN LEÓN, J.M. “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, pp. 170 y ss.

<sup>72</sup> En el mismo sentido vide, por todas, SsTEDH Oberchlick de 23 de mayo de 1991 y Oberchlick de 1 de julio de 1997.

<sup>73</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Libertad de prensa...* op. cit., p. 12.

<sup>74</sup> STEDH Sunday Times de 26 de noviembre de 1991. En el mismo sentido vide también y por todas SsTEDH Handyside de 7 de diciembre de 1976, Lings de 8 de julio de 1986, Barthold de 25 de marzo de 1985, Autronic AG de 22 de mayo de 1990, Inforamationsverein Lentia y otros de 24 de noviembre de 1993 y Jersild de 3 de septiembre de 1994, Vogt de 26 de septiembre de 1995 y Wörm de 29 de agosto de 1997.

<sup>75</sup> Vide igualmente SsTEDH Lings de 8 de julio de 1986 y News Vergas, S.R.L. y Cia de 11 de enero de 2000.

<sup>76</sup> Vide igualmente SsTC 136/1999, de 20 de julio y 110/2000 de 5 de mayo.

la información, gozan de unos amplios márgenes a la hora de hacer uso de la libertad de expresión<sup>77</sup>. Si bien es cierto que los primeros han de soportar fuertes críticas en el ejercicio de su función, tal como puso de relieve el TEDH en su sentencia Lingens de 8 de julio de 1986 al afirmar que los límites de la crítica permitida son más amplios pues se exponen inevitablemente a una fiscalización atenta de sus actos y gestos tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos, no lo es menos, como advierte el propio TEDH en la sentencia Castells de 23 de abril de 1992, que la libertad de expresión adquiere una importancia particular cuando es ejercida por un representante político en la medida en que es necesario que la opinión pública conozca lo que piensan sus representantes, por lo que las injerencias en este derecho han de ser objeto de un control riguroso<sup>78</sup>. Por otro lado, ambos tribunales señalarán que la libertad de expresión ampara también las ideas e informaciones desfavorables que inquietan, chocan u ofenden al Estado o a una parte de la población pues así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática<sup>79</sup>, permitiéndose una cierta dosis de exageración e, incluso, de provocación<sup>80</sup>.

En un sistema democrático como el nuestro cabe poner en tela de juicio el carácter absoluto de la inviolabilidad, salvo, claro está, se dude de la independencia e imparcialidad del Poder Judicial. En nuestro Código Penal, artículos 206 y 209, las calumnias y las injurias hechas con publicidad merecen una punibilidad mayor sobre la base de que la publicidad supone un mayor quebranto para el honor del ofendido. Qué mayor publicidad que una injuria o calumnia proferida por un parlamentario en el ejercicio de sus funciones, es decir, en un pleno o comisión, con todos los medios de comunicación presentes. Como señala PÉREZ SERRANO, “el parlamentario puede, cuando olvida las moderaciones éticas y de obligada corrección, ofender, ultrajar a personas e instituciones, denostar a autoridades y particulares, imputar delitos, utilizar falsedades, y sin embargo, el agraviado, que tendría expedido el camino de los Tribunales en otro caso, ha de resignarse pacientemente, sin que se le admita ni aun el derecho a rectificación justiciera y proporcionada. Todo ello con la inmensa agravante de la publicidad clamorosa que la imputación alcanza al ser difundida por el tornavoz insuperable de la tribuna

<sup>77</sup> Vide por todas SsTEDH Sunday Times de 26 de abril de 1976 y Sunday Times de 26 de noviembre de 1991 y SsTC 6/1981, de 16 de marzo, 30/1982, de 1 de junio, 13/1985, de 31 de enero, 165/1987, de 27 de octubre, 51/1989, de 22 de febrero y 176/1995, de 11 de diciembre.

<sup>78</sup> Vide igualmente STEDH Piermont de 27 de abril de 1995.

<sup>79</sup> Vide por todas STEDH Handyside de 15 de diciembre de 1976, Otto-Preminger-Institut de 20 de septiembre de 1994, Prager et Oberschlick de 26 de abril de 1995, y De Haes et Gijssels de 24 de febrero de 1997, y STC 62/1982, de 15 de noviembre.

<sup>80</sup> SsTEDH Prager et Oberschlick de 26 de abril de 1995, De Haes et Gijssels de 24 de febrero de 1997 y SsTC 165/1987, de 27 de octubre, 107/1988, de 8 de junio, 51/1989, de 22 de febrero, 171/1990, de 12 de noviembre y 110/2000 de 5 de mayo.

parlamentaria y de los diarios<sup>81</sup>. Y no digamos de una cuestión especialmente grave y trascendente en el momento actual: los mensajes de los intolerantes. ¿Merecen el amparo de la inviolabilidad el mensaje racista o de apoyo al terrorismo como método político? El carácter absoluto de la inviolabilidad impide, por ejemplo, que entren en juego los artículos 510 y 578 del Código Penal.

Los órganos de Estrasburgo se han mostrado especialmente inflexibles cuando se trata de la difusión de los mensajes de los intolerantes tales como nazis, violentos, racistas o integristas<sup>82</sup>. El Tribunal Constitucional, en cambio, no se ha mostrado tan tajante y permite la propagación de cualquier idea, incluso del nacionalsocialismo o la negación del Holocausto, de tal suerte que para ser prohibido, el mensaje expresamente ha de incitar a la violencia o al racismo, lo que no se entiende muy bien con relación al nacionalsocialista que *per se* es racista y violento<sup>83</sup>, aunque

<sup>81</sup> PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de derecho político*, Cívitas, 1984, p.780.

<sup>82</sup> Vide Decisiones de la Comisión sobre los casos J. Glimmerveen y J. Hagenbeek c. Holanda de 11 de octubre de 1979, X. c. Alemania de 16 de julio de 1982, X. c. Italia de 21 de mayo de 1976, T. c. Bélgica de 14 de julio de 1983, H., W., P. y K c. Austria de 12 de octubre de 1989, Otto E.F.A. Remer c. Alemania de 6 de septiembre de 1995, Honsik c. Austria de 18 de octubre de 1995, Nationaldemokratische Partei Deutschlands, Bezirksverband München-Oberbayern c. Alemania de 29 de noviembre de 1995, Pierre Marais c. France de 24 de junio de 1996; y sentencias del Tribunal Ibrahim Aksoy de 10 de octubre de 2000, Lehideux e Isorni de 23 de septiembre de 1998, Partido Comunista Unido de Turquía de 30 de enero de 1998, Partido Socialista Turco de 25 de mayo de 1998, Partido de la Prosperidad de 31 de julio de 2001.

<sup>83</sup> La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la cuestión se presenta ambigua y confusa. De entrada en su STC 20/1990, de 1 marzo (caso de los mundiales de fútbol y el Rey) advierte la libertad de expresión ha de reconocerse con tal amplitud que incluso queden bajo su protección aquellas ideologías que no comparten los valores y bienes defendidos por la Constitución pues se permite “la libre exposición de los mismos en los términos que impone una democracia avanzada” (FJ 5). Así lo ratificará en la STC 176/1995, de 11 de diciembre (caso cómic racista) y en la STC 214/1991, de 11 de noviembre (caso Violeta Friedman) el Alto Tribunal declarará que la negación del Holocausto judío, por muy reprochable que sea no supone un ejercicio ilícito de la libertad de expresión en la medida en que las ideas por muy equivocadas que sean no dejan de ser opiniones subjetivas sobre un hecho histórico y como tales han de ser amparadas:

“Pues bien, del examen de la totalidad de declaraciones del demandado publicadas es indudable que las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprochables o tergiversadas que sean – y ciertamente los son al negar la evidencia de la Historia- quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 16 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 20.1 CE), pues con independencia de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos” (FJ 8).

El artículo 607.2 del Código Penal de 1995 ayudará a resolver de forma definitiva cualquier incógnita. En sintonía con el Derecho penal de los países de nuestro entorno como Francia, Alemania, Bélgica, Austria o Holanda, este precepto sanciona “la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos [de genocidio] o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos”. Este

si que es tajante en denegar el amparo en relación con los mensajes de los que apoyan o justifican el terrorismo<sup>84</sup>

En definitiva, tal como se establece en la STEDH Sürek (1) de 8 de julio de 1999, el hecho de que la libertad de expresión ampare las informaciones o ideas que molestan, chocan o inquietan no supone que se amparen las que inciten a la violencia o al odio.

Si esto es así, ¿cómo puede defenderse que el parlamentario que lance dichos mensajes desde un hemiciclo no responda de estos actos? Se trata de asegurar la libre formación de la voluntad de la Cámara, no de otorgar una patente de corso al parlamentario para que insulte o lance soflamas racistas con total impunidad. En la lucha contra la intolerancia no puede admitirse ningún tipo de titubeo, pues como bien señala PECES-BARBA, “cualquier titubeo, cualquier debilidad, la interpretan como un triunfo”<sup>85</sup>. El mensaje de los intolerantes, como advierte el TEDH es susceptible de provocar sentimientos de humillación, vejación, dolor o miedo entre las víctimas de los mensajes, sentimiento que, sin duda, se verá aumentado cuando su autor es ni más ni menos que uno de los dirigentes del país. ¿En qué ayuda a la libre formación de la voluntad de la Cámara la no punición de declaraciones de este tipo?, salvo que aceptemos que dentro de la libertad de expresión vale todo y que el artículo 607.2 Código Penal, sobre el que está planteada una cuestión de inconstitucional por la Audiencia Provincial de Barcelona, sea efectivamente inconstitucional.

Mantener la postura del carácter absoluto de la inviolabilidad es, en la práctica, una válvula de escape para este tipo de mensajes, es poner en bandeja de plata el mejor foro de los existentes, el Parlamento, para que los intolerantes puedan difundir con total impunidad sus mensajes, más en la actual sociedad de la información en el que se produce como señala BLANCO VALDÉS, un *efecto dominó*, “por virtud del cual, la inviolabilidad parlamentaria funciona en muchas ocasiones como un

precepto obligará al Tribunal Constitucional a pronunciarse de forma terminante sobre la cuestión de la difusión o defensa del nacionalsocialismo pues la Audiencia Provincial de Barcelona planteó una cuestión de inconstitucionalidad con relación al mismo a raíz de un asunto que tenía su origen en la condena de un conocido activista neonazi como autor de los delitos contemplados en los artículos 607.2 y 510.1 del Código Penal por la venta en su librería de publicaciones, pósters, etc. de carácter nazi. Como señala MARTÍNEZ SOSPEDRA, “el artículo 607 del Código Penal no es un producto casual, constituye la respuesta del legislador a una carencia existente en nuestro ordenamiento de antiguo”, lo que había llevado a convertir a España en uno de los centros más activos de producción y difusión de propaganda nacionalsocialista de Europa Occidental. “En tanto soslayara con cuidado la provocación o la apología directa del genocidio la confección y difusión de propaganda nazi era en España una actividad lícita en cuanto no prohibida ni castigada por la ley. MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., “Aplastar la serpiente en el huevo. Acerca de la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 607.2 del CP”, *Revista General de Derecho*, 2000, núm. 664-665, p. 101.

<sup>84</sup> STC 136/1999, de 20 de julio (Caso Mesa Nacional H.B.).

<sup>85</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “El respeto en el ámbito vasco”, *El País*, 11 de junio de 2001, p. 13.

blindaje para decir lo que se quiera y para que lo dicho por los parlamentarios sea inmediatamente reproducido *urbi et orbe*<sup>86</sup>. La inviolabilidad no está pensada para este fin. En este sentido afirma GÓMEZ SÁNCHEZ “que la inviolabilidad ampare cualquier manifestación del parlamentario, aunque nada tenga que ver con la formación de la voluntad de la cámara, en aras de una también mal entendida libertad del Parlamento, no es admisible ni en un Estado de Derecho, ni consecuentemente, en un sistema democrático”<sup>87</sup>. No le falta razón a esta autora cuando ve una contradicción entre la irresponsabilidad absoluta del parlamentario por sus manifestaciones y el hecho de que pueda ser objeto de una sanción disciplinaria por las mismas. Vistos los artículos 103 y 104 del Reglamento del Congreso y 101 del Reglamento del Senado, se deduce que “la propia Cámara, buscando el mejor desarrollo de la labor parlamentaria, limita la libertad de expresión del parlamentario, sin que deba ver en ello necesariamente un atentado a dicha libertad ni un peligro para el normal desenvolvimiento de la función parlamentaria”. De ahí la pregunta “¿cómo se podría entender, pues, que esa misma limitación no es viable en el resto de los órdenes?”. En definitiva, “no parece coherente aceptar que un mismo hecho, “proferir palabras o verter conceptos ofensivos” contra determinadas personas o instituciones pueda ser sancionado por la cámara y excluido, por el contrario, de la exigencia de responsabilidad en el orden penal, civil, etc. (...), con esta regulación lo que realmente se demuestra es que la propia Cámara considera que el proceder no forma parte de la función parlamentaria y no es, por lo tanto, necesario para el normal desenvolvimiento de su labor”<sup>88</sup>.

14

58

No han faltado intentos por parte de los tribunales de acabar con ese carácter absoluto de la prerrogativa. Así podemos citar el Auto del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2003 en el que el Tribunal tras advertir, con unos argumentos poco convincentes, que ésta puede cubrir tipos delictivos como las calumnias, las injurias o el descubrimiento y revelación de secretos cuando la víctima o el ofendido sea otro parlamentario que pueda defenderse directa y personalmente en el debate, o cuando sin ser parlamentario, por tener relación directa con el ejercicio de sus funciones públicas, pueda ser defendido a través del Gobierno o de algún otro miembro del Parlamento añade que, en relación con las víctimas o los ofendidos que no se encuentren en dicha situación:

“la prerrogativa señalada no puede invocarse en la medida que constituye una derogación del derecho común y dejaría de estar justificado en este caso cercenar el derecho a la tutela judicial efectiva del afectado, que

<sup>86</sup> BLANCO VALDÉS, R. “Privilegios parlamentarios...”, op. cit., p. 553.

<sup>87</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Sobre las garantías parlamentarias”, *Revista de Derecho político*, núm. 23, 1986, p. 83. En el mismo sentido se manifiestan LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., “Sobre las inmunidades parlamentarias”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 69, 1990, p. 196, FERNÁNDEZ SEGADO, F., “Las prerrogativas parlamentarias...”, op. cit. p. 16, y MANUEL ABELLÁN, A., *El estatuto de los parlamentarios...*, op. cit., p.42.

<sup>88</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Sobre las garantías...”, op. cit., pp. 81 y 82.

por ello quedaría en una situación de indefensión patente sin fundamento suficiente”.

Se nos antoja harto discutible esta distinción *ratione personae* a la hora de que entre en funcionamiento la prerrogativa que para nada puede deducirse del artículo 71 CE. A ello hay que añadir la ambigüedad a la hora de definir la primera categoría de individuos: “ofendidos o víctimas que tengan una relación directa con el ejercicio de sus funciones públicas pueda ser defendido a través del gobierno o de algún otro miembro del Parlamento”. Además, se introduce una distinción sin sentido en cuanto a las consecuencias a sufrir por el parlamentario infractor. En el caso de que la víctima u ofendido sea parlamentario o persona que ejerza una función pública que le permita ser defendido por el Gobierno u otro parlamentario aunque no se dice expresamente parece que las consecuencias no pasarían de una sanción disciplinaria *intra* Cámara mientras que en el otro caso daría lugar a una de carácter civil o penal. Queda sin aclarar tampoco por qué medio el Gobierno o ese otro miembro del Parlamento defendería a la víctima u ofendido.

No es de extrañar que esta doctrina tan discutible fuera abandonada posteriormente en el ATS de 29 de abril de 2003 que dejó las cosas como estaban al afirmar que aparte de la potestad disciplinaria del Presidente de la Cámara:

“no es admisible ninguna posibilidad de restringir el alcance de la inviolabilidad por las opiniones y expresiones realizadas en el ejercicio de las funciones parlamentarias” (FJ 2).

### c. Ámbito funcional

Una excepción tan absoluta al régimen general ha de ser delimitada funcionalmente con precisión. No todo ejercicio de la libertad de expresión del parlamentario está protegido por esta prerrogativa. La Constitución española habla en su artículo 71.1 de las opiniones de los parlamentarios manifestadas en el “ejercicio de sus funciones”, dicción que se repite en el artículo 10 del Reglamento del Congreso. Por su parte, el Reglamento del Senado en su artículo 21 ampara las opiniones manifestadas en “actos parlamentarios” y los votos emitidos en el “ejercicio de su cargo”. En diversos Reglamentos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas se utiliza la expresión “actos parlamentarios”. De ahí cabe deducir, tal como señala ALBA NAVARRO, que “la protección no proviene del autor del acto, sino de la propia naturaleza parlamentaria del mismo”<sup>89</sup>. Efectivamente, la prerrogativa protege al parlamentario en tanto que parlamentario, su razón de ser no es proteger tanto a la persona como a la función que desempeña. Por ello, la libertad de expresión que se protege es la que ejerce con ocasión de sus funciones parlamentarias, las cuales solo se desempeñan en actos parlamentarios, ya sean en sede

<sup>89</sup> ALBA NAVARRO, M., *Prerrogativas parlamentarias y jurisprudencia constitucional*, Centros de Estudios Constitucionales, 1996, p. 9.

parlamentaria, que será lo normal, ya sea en otros lugares. Para FERNÁNDEZ-VIAGAS, por “actos parlamentarios”, se hace referencia “a las opiniones manifestadas en el ejercicio de los instrumentos (orales y escritos), previstos por los Reglamentos de las Cámaras para dar cauce al ejercicio de las funciones propias del parlamentario. Es decir, los diputados serían inviolables por opiniones manifestadas en el ejercicio de actos propios de los parlamentarios”<sup>90</sup>. El Tribunal Constitucional no deja dudas al respecto al afirmar en su sentencia 51/1985, de 10 de abril que:

“En cuanto a la concreción funcional del ámbito de la prerrogativa, sin embargo, podrían presentarse, de principio, algunas dudas y, en especial, la relativa a si la inviolabilidad cubre toda la actuación de “relevancia política” del parlamentario o si, más estrictamente, la protección dispensada por esta garantía no alcanza sino a la conducta de su titular en tanto que miembro del órgano colegiado, cesando, por lo tanto, cuando el sujeto desplegase ya su conducta –incluso con trascendencia “política”– al margen de las funciones parlamentarias.

Con alguna excepción muy singular, la comprensión más estricta de la prerrogativa es unánimemente compartida por la doctrina española, siendo también la dominante en la literatura extranjera. En el Derecho español, por las razones y con las precisiones que a continuación se apuntan, ésta parece ser, ciertamente, la interpretación más correcta.

El nexo entre inviolabilidad y ejercicio de funciones propias a la condición de parlamentario está claramente expuesto por el propio art. 71.1 CE. A no ser que la expresión “funciones” que recoge esta norma se entendiera en un sentido inespecífico (de corte sociológico y no jurídico), las mismas debieran identificarse en las que son propias del Diputado o Senador en tanto que sujetos portadores del órgano parlamentario, cuya autonomía, en definitiva, es la protegida a través de esta garantía individual. El Diputado o Senador ejercitaría, pues, sus funciones sólo en la medida en que participase en actos parlamentarios y en el seno de cualesquiera de las articulaciones orgánicas de las Cortes Generales. Que esto es así lo confirman los Reglamentos de las Cámaras, y específicamente el Reglamento del Senado (el del Congreso –art. 10– se limita a reiterar, por lo que aquí importa, la fórmula constitucional). Así, el art. 21 Rgto. del Senado señala ya que la inviolabilidad garantizará sólo “las opiniones manifestadas en actos parlamentarios” y los “votos emitidos en el ejercicio de su cargo”. (FJ 6)

En el mismo sentido, PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, define el acto parlamentario como “la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizado por el Parlamento, por una de sus Cámaras o por los órganos de éstas en el ejer-

<sup>90</sup> FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *La inviolabilidad...*, op. cit., p. 53.

cicio de una potestad constitucional o reglamentaria<sup>791</sup>. Siguiendo al mismo autor que distingue entre “acto parlamentario” y “acto del parlamentario” definiendo a este último como “la actividad individual del diputado o senador considerado *uti singuli*”<sup>792</sup>, lo amparado es, en definitiva, el acto del parlamentario consistente en ejercer su libertad de expresión en el seno de un acto parlamentario.

Llegado este punto, y habida cuenta que, tal como señala el Tribunal Constitucional en la propia sentencia 51/1985, las prerrogativas parlamentarias son “sustracciones al Derecho común conectadas a una función”, y sólo en tanto esta función jurídica se ejerza, pueden considerarse vigentes por lo que han de ser interpretadas estrictamente para no devenir privilegios que puedan lesionar derechos fundamentales de terceros, se hace necesario clarificar si merecen la protección de la inviolabilidad una serie de actuaciones de los parlamentarios.

La vida pública de un parlamentario mucho más allá de la vida parlamentaria: participación en actos públicos como mítines o manifestaciones, en programas radiofónicos o televisivos, en páginas web, en ruedas de prensa, etc.. Se hace necesario, por lo tanto, distinguir la actuación del parlamentario en el ejercicio de sus funciones de otras actuaciones públicas. Por ello, en primer lugar, no merecen tal consideración los actos realizados por el parlamentario como “político”, tal como afirma la sentencia anterior:

“El interés, a cuyo servicio se encuentra establecida la inviolabilidad es el de la protección de la libre discusión y decisión parlamentarias (en este sentido, S 81/1975 de 27 marzo, de la Corte Constitucional italiana), deca- yendo tal protección cuando los actos hayan sido realizados por su autor en calidad de ciudadano (de “político” incluso), fuera del ejercicio de competencias y funciones que le pudieran corresponder como parlamentario. Así, las funciones relevantes para el art. 71.1 CE no son indiferenciadamente todas las realizadas por quien sea parlamentario, sino aquellas imputables a quien, siéndolo, actúa jurídicamente como tal.” (FJ 7).

Esta sentencia tiene su origen en la publicación de un artículo con el título *Insultante impunidad* por parte del senador de H.B. Miguel Castells en el que imputaba al Gobierno su connivencia con grupos violentos de extrema derecha autores de graves atentados en el País Vasco, lo que le mereció ser condenado por injurias al Gobierno. En este caso, la prerrogativa no pudo desplegar sus efectos pues dichas declaraciones no se hicieron como parlamentario en un acto parlamentario sino como político en un medio de comunicación<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, N., “Los actos parlamentarios”, *Revista de Derecho Político*, núm. 9, 1981, pág. 76.

<sup>92</sup> PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, N., *Ibidem*, p. 71.

<sup>93</sup> Advertir que llevado el caso ante el TEDH, este amparó al demandante en su sentencia de 22 de abril de 1992 por el hecho de que el Tribunal Supremo rechazara la práctica de una serie de pruebas propuestas por el Senador encaminadas a probar la realidad de sus afirmaciones. Vide párrafo 48 de la sentencia.

Y en el mismo sentido puede traerse a colación la sentencia del Tribunal de Estrasburgo Cordova c. Italia, de 30 de enero de 2003 en el que el TEDH amparó al demandante víctima de unas declaraciones de un diputado italiano realizadas en un acto electoral por vulneración del derecho de acceso a los tribunales toda vez que los tribunales italianos inadmitieron la demanda por considerar que entraba en juego la prerrogativa.

Tampoco entra en juego esta prerrogativa en caso de declaraciones a la prensa, o publicación de artículos de opinión tal como se desprende de la STC 51/1985 y del ATC 526/1986, salvo, en el primer caso, que se limitara a reproducir lo dicho en el ejercicio de sus funciones, sin añadidos o comentarios extra. La imposibilidad de extender los efectos de la inviolabilidad a las ruedas de prensa abarca incluso a las que se realicen en los pasillos de la Cámara para opinar sobre algo sucedido en el Pleno o en alguna de las Comisiones. FERNÁNDEZ-VIAGAS mantiene, aunque de forma confusa, que, como excepción, las ruedas de prensa de los Grupos Parlamentarios están bajo el paraguas protector de la inviolabilidad<sup>94</sup>. Ello no obstante, cabe disentir de dicha afirmación. Entendemos que, desde la interpretación estricta que, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, ha de ser aplicada a la inviolabilidad, las ruedas de prensa de los Grupos Parlamentarios no están amparadas por la prerrogativa. Otra cosa es que lo dicho en las reuniones de los Grupos Parlamentarios, convocadas reglamentariamente, goce de dicha prerrogativa. Como señala ÁLVAREZ CONDE, los Grupos Parlamentarios pueden admitir tanto “la consideración de órganos de gobierno de las Cámaras, pues son los que en definitiva determinan la composición de los órganos directivos de éstas y participan directamente en su funcionamiento a través de la Junta de Portavoces, como la de órganos de trabajo de las mismas, ya que son los que canalizan los trabajos parlamentarios tanto en las Comisiones como en el Pleno de las Cámaras”<sup>95</sup>. Teniendo en cuenta esto, es defendible que lo dicho en el seno de las reuniones de los Grupos Parlamentarios, lugar en el que se elabora, en gran medida, la voluntad parlamentaria gocen de esta prerrogativa, pues “si admitimos que el dato fundamental para apreciar si un acto merece o no la protección de la “inviolabilidad” es el haber contribuido a poner en marcha el proceso de formación de voluntad política de la Cámara, deberíamos llegar a la conclusión de que la gran mayoría de las Resoluciones de las Asambleas Legislativas se inician y encuentran su origen en las discusiones y trabajos que se

<sup>94</sup> FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *La inviolabilidad...*, op. cit. pp. 56-57.: “es posible que, cuando las ruedas de prensa convocadas por un Grupo Parlamentario se realizan a través de los órganos administrativos de la Cámara, estas merecen ser considerada como tales reuniones parlamentarias y las opiniones que en ella se expresan requieren la protección que ofrece el instituto de la inviolabilidad”. Aunque de la lectura de conjunto parece desprenderse que a lo que se refiere este autor no es tanto a las ruedas de prensa como lo dicho en las reuniones de los Grupos Parlamentarios. Sin embargo, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Valencia, de 13 de noviembre de 2002 y la posterior del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 416/03, de 23 de junio llevan a la conclusión contraria.

<sup>95</sup> ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional. Volumen II*. Tecnos, edición 2000, p. 115.

verifican en el seno de los Grupos. Excluir de la inviolabilidad las opiniones que se producen en dichas reuniones sería como dejar al margen lo que constituye, hoy por hoy, la esencia de la vida parlamentaria<sup>96</sup>.

En la propia STC 51/1985 se contiene una extensión de la inviolabilidad más allá de la sede parlamentaria: “los actos ‘exteriores’ a la vida de la Cámara que no sean sino reproducción literal de un acto parlamentario”. Con esta expresión, el Alto Tribunal está haciendo referencia a la reproducción exterior de los actos, normalmente en los medios de comunicación. Señala FERNÁNDEZ VIAGAS que la prerrogativa entra en juego “tanto en el supuesto de que la reproducción de lo dicho o hecho en la Cámara lo realice el órgano periodístico como cuando la hubiese realizado el propio diputado<sup>97</sup>. MONTERO AROCA afirma en este sentido que la inviolabilidad ha de cubrir tanto “la reproducción literal de las palabras escritas y dichas en un acto parlamentario, como “la síntesis no desvirtuadora del contenido del acto de esa naturaleza<sup>98</sup>. Se nos plantean ciertas dudas sobre la extensión de la prerrogativa a éste último punto, cuando sea el propio parlamentario quien reproduce lo dicho. Puede ser aquí aplicable los principios que rigen con relación al reportaje neutral. Así, de entrada y en todo caso la prerrogativa solo extendería sus efectos a la reproducción de lo dicho por el parlamentario en la Cámara, sin otros comentarios o añadidos que, en todo caso, de hacerse, no estarían amparados por la prerrogativa<sup>99</sup>.

Necesario es aquí traer a colación, por lo ilustrativo, otro intento, fallido, de acabar con el carácter absoluto de la inviolabilidad. Me refiero al caso Jon Salaberria que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco STSJ de 5 de septiembre de 2003 y a la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2004. Los hechos podemos sintetizarlos como sigue: durante el transcurso de un Pleno del Parlamento vasco en el que se debatía una Proposición no de ley respecto a la supresión del delito de insumisión intervino el diputado del grupo Batasuna Jon Salaberria. En la primera de sus intervenciones señaló: “no

<sup>96</sup> FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *La inviolabilidad...*, op. cit., p. 58. En sentido afirmativo vide también TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho constitucional español*, Vol. 1, Madrid, 1985, p. 133. En sentido negativo, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “sobre las garantías...”, op. cit. pp. 85 y 86.

<sup>97</sup> FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *La inviolabilidad...*, op. cit., p. 54. Vide en este sentido ATC 147/1982, de 22 de abril en la que la prerrogativa entra en juego en relación con la publicación en una revista de una pregunta hecha al Gobierno por un senador. Vide igualmente ATSJCV de 21 de julio de 1994.

<sup>98</sup> MONTERO AROCA, J., “Los privilegios...op. cit., p. 39.

<sup>99</sup> Nos encontramos ante un reportaje neutral, de acuerdo con CODERCH, “cuando alguien, normalmente un medio de información, se limita a reproducir fiel y exactamente lo dicho por otro, y lo hace sin añadir información de hecho de origen propio que distorsione lo que se cita”. CODERCH, S., *¿Qué es difamar? Libelo contra la ley del libelo*, Cívitas, 1987, p. 29. Vide igualmente MUÑOZ MACHADO, S., *Libertad de prensa...* op. cit. pp. 85-86. Al respecto vide SsTEDH Jersild de 23 de septiembre de 1994 y Thoma de 29 de marzo de 2001 y SsTC 159/1986, de 12 de diciembre (caso Egin) y 136/1999, de 30 de julio (caso de vídeo electoral de H.B.)

tememos ninguna duda de que el País Vasco es un país militarizado. Las fuerzas armadas españolas y francesas ocupan físicamente 40.000.000 m2 en el País Vasco". "Durante los 20 últimos años, las fuerzas españolas y francesas han detenido a 16.000 personas. Han sido torturados más de 5.000 ciudadanos vascos. Han matado a 7 ciudadanos en las comisarías. Han sido encarcelados 4.000 ciudadanos. Han matado a 16 presos en las cárceles. "Hay 3.000 refugiados. Se llevaron a cabo más de 280 agresiones armadas directas contra ciudadanos vascos". "ha quedado de manifiesto que los Estados español y francés han hecho una apuesta de guerra, cada vez más clara, contra este pequeño país". "la solución a la militarización del País Vasco es el derecho a la autodeterminación. Sin duda alguna". En la segunda de sus intervenciones, por su parte, señaló que: "Vds. Han utilizado argumentos, yo creo que bastante poco válidos" para no entrar en el debate, para volver a hacer política de cara a la galería, solidarizarse con los insumisos, hablar de sociedad desmilitarizada, etc., etc.. Pero Vds. No quieren afrontar el problema, desvirtúan la realidad y, por lo tanto, así no hay manera de solucionar las cosas". "bien, pero insisto, desvirtuando la naturaleza del conflicto no hay manera de buscar soluciones, y Vds. Saben perfectamente, perfectamente, que la lucha de ETA no responde a la voluntad de imponer ideas. Lo saben perfectamente, perfectamente". "la lucha armada de ETA responde a la defensa de derechos legítimos que tiene el pueblo vasco".

A raíz de estas declaraciones, recordemos que hechas en el Pleno, el Ministerio Fiscal interpuso una querrela al entender que los hechos constituían un delito tipificado en el artículo 578 del Código Penal alegando que las declaraciones del Diputado quedaban fuera de la cobertura de la inviolabilidad parlamentaria dichas declaraciones ya que entrañaron "una valoración positiva de las acciones de la banda terrorista" e implicaron "una identificación con sus fines y con sus actos", lo que excede, según el Ministerio Fiscal, de una mera opinión. Además, los métodos de la banda terrorista ETA son intrínsecamente antijurídicos "y en consecuencia, no opinables" por lo que no puede afirmarse que las declaraciones fueran opiniones realizadas en el ejercicio de su actividad parlamentaria.

La sentencia del TSJ País Vasco de 5 de septiembre de 2003 recoge prácticamente en su totalidad dichos argumentos y condena al acusado a una pena de un año de prisión fijada en el artículo 578 del Código penal y a la accesoria de inhabilitación absoluta por siete años.

Analiza el Tribunal si en este caso entra en juego la prerrogativa de la inviolabilidad llegando a una conclusión negativa en base a unos argumentos que no podemos compartir pues supone una redefinición de la prerrogativa en un sentido restrictivo que va más allá de la letra y del espíritu del artículo 71 de la Constitución y de los correspondientes preceptos de los diferentes Estatutos de Autonomía que recogen esta figura. Para el TSJ La inviolabilidad "no da lugar a la exención –absoluta y automática– de las responsabilidades penales", ni su noción "tolera que cualesquiera de las manifestaciones de voluntad o de conocimiento, vertidas en episodios parlamentarios se sustraigan a control alguno". El Tribunal

hace depender de dos condiciones el hecho de que la prerrogativa despliegue sus efectos: primera, que la intervención parlamentaria ha de gozar de “causalidad eficiente bastante para cooperar a formar la voluntad de la Cámara, ante lo valioso e insustituible de su aportación al éxito del razonamiento que se desenvuelve”. Segunda, “que las manifestaciones emanadas de quienes la invocan, constituyan verdaderas opiniones, es decir, pareceres o juicios cuyo poder de convicción, –sumado a su cualidad central de decidir– procure una ilustración indispensable para formar óptimamente la voluntad del órgano. Cuando, en vez de emitirse una opinión se despliega un razonamiento comprometido con temas frágilmente conexos o extraños al eje del debate, y además, de anuncia el propósito de alentar su constitución, se está en presencia de declaraciones diferentes de lo que el concepto de opinión es y significa”.

En cuanto a la primera condición, para el Tribunal solo gozan del beneficio de esta prerrogativa, las declaraciones que, a la luz de un equilibrado juicio de razón, constituyan “un componente indispensable para vigorizar la exteriorización de la voluntad de la Asamblea Legislativa que, gracias a su ayuda dialéctica gana en autoridad moral y fuerza persuasiva”, de tal manera que la inviolabilidad parlamentaria “no cubre las afirmaciones de pasada que, con independencia de los esclarecimientos e informaciones que puedan contener, huelgan a la hora de perfeccionar aquella voluntad”. El Tribunal encuadra las manifestaciones del diputado de Batasuna en este tipo de declaraciones advirtiendo que “carecían de relieve y destaque precisos para que el proceso del debate y su objetivo se supeditaran a la calidad de un discurso que directa y decisivamente, condicionase el sentido de lo resuelto sobre el problema principal”.

Este razonamiento es inasumible a la vista de la actual configuración de la inviolabilidad. La segunda condición impuesta por el TSJ del País Vasco para que la inviolabilidad despliegue sus efectos es que las declaraciones “constituyan verdaderas opiniones” y no un mero “razonamiento comprometido con temas frágilmente conexos o extraños al eje del debate”. La diferenciación entre la primera condición y esta segunda se nos presenta confusa. La primera exige que la declaración sea “valiosa e insustituible al éxito del razonamiento que se desenvuelve”, constituyendo “un componente indispensable para vigorizar la exteriorización de la voluntad de la Asamblea Legislativa” y la segunda que la declaración “procure una ilustración indispensable para formar óptimamente la voluntad del órgano”. Parece que el Tribunal está haciendo referencia a la misma cosa: que la declaración sea indispensable para la formación de la voluntad parlamentaria, siendo, en todo caso, esta segunda condición mera matización de la primera; matización consistente en que la prerrogativa no entraría en juego si la declaración en cuestión no está conectada o lo está débilmente con el eje del debate (si no está conectada con el tema del debate no puede ser valiosa e indispensable para la formación de la voluntad de la Cámara).

A la luz de lo anterior podemos afirmar que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco redefine la extensión funcional de la prerrogativa de la inviola-

bilidad parlamentaria en unos términos que no hace el Tribunal Constitucional español aplicándola solo a las declaraciones realizadas por los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones que fueran opiniones valiosas e indispensables para la formación de la voluntad de la Cámara y conectadas con el tema del debate. Este planteamiento introduce incertidumbres y a buen seguro, se convertiría, de prosperar, en una auténtica mordaza para los parlamentarios y, por lo tanto, afectar muy negativamente, al debate parlamentario y, en definitiva, a la formación libre de la voluntad parlamentaria, que es el objetivo de la prerrogativa<sup>100</sup>.

La sentencia fue objeto de recurso de casación ante el Tribunal Supremo que en la suya de 21 de diciembre de 2004 la casa y anula. El Tribunal no entra a examinar la gravedad de las expresiones del diputado Jon Salaberria toda vez que considera, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional fijada principalmente en la sentencia 30/1997, de 24 de febrero, que éstas están protegidas por la inviolabilidad parlamentaria que goza de un carácter absoluto *extra* Cámara. El Tribunal Supremo considera que la interpretación que hace el Tribunal Superior de Justicia en el sentido de distinguir las expresiones directamente conectadas con el debate y las que no poseen vinculación material con las cuestiones es una “interpretación teleológica razonable y encomiable” pero aun admitiéndose lo anterior, en todo caso la sanción que frenase dicho abuso debería provenir “del Parlamento mismo y en última instancia recibir el veredicto difuso de aprobación o desaprobación que los ciudadanos pueden expresar en las urnas”.

14

66

La sentencia del Tribunal Supremo cierra toda posibilidad de introducir distinciones entre las opiniones vertidas por los parlamentarios en el ejercicio de sus cargos o funciones. Por ello causa extrañeza y confusión la reciente sentencia de este tribunal de 10 de noviembre de 2006, y la analizada, que viene a concluir que no todas las deliberaciones y votos realizados por los parlamentarios en dicho ejercicio quedan amparados bajo la égida de la prerrogativa.

Veámoslo con cierto detenimiento. El Auto de la Sala especial del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2003, despachó ejecución de la Sentencia de fecha 27 de marzo de 2003 acordando que se procediera “a la disolución de los grupos parlamentarios provinciales, forales y municipales que figuren bajo la denominación de BATASUNA”. Para este Tribunal, Auto de 20 de mayo de 2003, la disolución de los grupos políticos parlamentarios, forales, provinciales o municipales, “es una consecuencia directa, fiel y obligada, de la desaparición de la vida jurídica de los partidos políticos cuya ilegalidad y disolución fue acordada en sentencia, bajo cuyas siglas acudieron a los procesos electorales los que en tales Grupos se integran, y, lo que importa más aún, cuya realidad organizativa previa se erige en único factor vertebrador”.

<sup>100</sup> Al respecto vide CATALÁ i BAS, A., “La inviolabilidad a la luz de la sentencia del TSJ del País Vasco de 5 de septiembre de 2003 (caso del Diputado de H.B. Jon Salaberria)”, *Corts, Anuario de Derecho Parlamentario*, n.º 14, 2003, pp. 135 y ss.

Sin embargo, la cuestión es que la Ley Orgánica de Partidos Políticos no contempla de forma expresa que la ilegalización de un partido político conlleve la disolución de los correspondientes grupos políticos parlamentarios, forales, provinciales o municipales ni tampoco se alude a esta consecuencia en la sentencia de 27 de marzo de 2003 por más que ahora el Tribunal Supremo en estos autos señale que es consecuencia directa de la ilegalización de Herri Batasuna. Intenta justificar el Tribunal Supremo esta medida de forma un tanto confusa afirmando que “los Partidos Políticos y los Grupos Parlamentarios no son realidades jurídicamente separadas sino, contrariamente, en íntima comunicación” Esta afirmación contradice la jurisprudencia constitucional que afirma, STC 36/1990, de 1 de marzo, que ambos son entidades distintas. Que sean entidades diferentes hace que, como se desprende de la STC 64/2002, de 11 de marzo, el derecho de constitución de un grupo parlamentario corresponda no a los partidos políticos sino exclusivamente a quienes ostentan el correspondiente escaño.

A este respecto cabe recordar que la Fiscalía General del Estado en su escrito de 28 de noviembre de 2002 señalaba que la LOPP “al regular en su artículo 10 la medida de suspensión judicial de los partidos políticos no los hace extensibles a los Grupos Parlamentarios, sin duda por cuanto el legislador reconoce que estamos en presencia de dos realidades jurídicas diferentes”. Por su parte, los Autos del Juzgado de instrucción n.º 5, de 26 de agosto de 2002 y de 6 de septiembre de 2002 si bien dejan claro que una resolución judicial es obligatoria, advierten que han de ser son las propias Cámaras en el ejercicio de su potestad de autonormación y organización propia de la autonomía parlamentaria las que han de determinar la forma de ejecución de las sentencia que establece el cese de actividades.

Como recuerda el ATC 52/1994, de 16 de febrero, el principio de autonomía parlamentaria, constitucional y, en este caso, estatutariamente garantizado, “dota a la Asamblea legislativa de una esfera de decisión propia que únicamente puede ser sometida a la fiscalización de este Tribunal en la medida en que por un acto de la Cámara se apliquen de manera desigual las normas que rigen su vida interior (art. 23.2 CE), o cuando del mismo resulte una lesión de la función representativa constitucionalmente encomendada a los parlamentarios que pueda repercutir en el derecho a la participación política de sus representados (art. 23.2 CE en relación con su pfo. 1º)”. Autonomía que, por lo que aquí importa, alcanza, como se advierte en la STC 64/2002, de 11 de marzo, al marco normativo configurador de la constitución de los Grupos Parlamentarios: “Se trata, pues, de una materia en la que la Cámara, a falta de una regulación constitucional, y de los límites que cabría inferir del respeto al principio representativo y al pluralismo político de los que los Parlamentos son expresión y reflejo (STC 44/1995, FJ 3) tiene en ejercicio de su potestad de autonormación y organización una amplia disponibilidad para regularla como normación originaria”.

Efectivamente, la disolución de un grupo parlamentario forma parte del propio ámbito autoorganizativo y autonomía de funcionamiento de la Cámara por lo que

es necesaria una decisión propia de los órganos parlamentarios correspondientes, acorde con el Reglamento interno. No estando recogida tal posibilidad en el Reglamento del Parlamento vasco, la cuestión es si una Resolución de la Presidencia de la Cámara puede suplir tal omisión<sup>101</sup>. A la vista de la jurisprudencia constitucional, STC 44/1995, entendemos que no pues las Resoluciones han de limitarse a suplir o interpretar el Reglamento, no pudiendo manifiestamente innovar o contradecir sus contenidos y ello por vulnerar el artículo 23 CE. En el presente caso introducir una causa de disolución de un grupo parlamentario innova de forma manifiesta el Reglamento y tal medida sería susceptible de recurso de amparo por vulneración del derecho de los parlamentarios a ejercer su cargo toda vez que, como dirá el Tribunal Constitucional, “no es jurídicamente lícito proceder a una modificación del Reglamento, sustrayendo esa decisión al Pleno de la Cámara y obviando, además, el requisito de la mayoría absoluta que, para su reforma, establecen la Constitución, los Estatutos de Autonomía y normas de desarrollo directo de los mismos”.

En la sentencia de 10 de noviembre de 2006, el Tribunal Supremo llega a afirmar que la disolución del grupo parlamentario es un acto de ejecución de una sentencia firme. “En suma se trataba del cumplimiento de una ley emanada de las Cortes Generales del Estado”, aunque matiza lo anterior al añadir que “ciertamente, consistía en la ejecución de una decisión judicial pero las resoluciones judiciales al aplicar la ley, no hacen más que reconocer y hacer valer el ordenamiento jurídico al caso singular enjuiciado”. Plantea serias dudas este razonamiento. Una vez más, hay que recordar que la LOPP no prevé la disolución de los grupos parlamentarios en caso de ilegalización del partido político correspondiente por lo que, en puridad, no puede ser calificada de “cumplimiento de la ley”. Es más somos de la opinión de que no puede preverla pues ello iría en contra de la autonomía parlamentaria. El Tribunal al derivar tal consecuencia de la ley pone en peligro el principio de corrección funcional que consiste en evitar interferir en el ámbito de las funciones asignadas por la Constitución a los diferentes poderes del estado con el objeto de mantener la separación y el equilibrio entre ellos dejando maltrecha aquella autonomía. Solo a través de una reforma de los Reglamentos de las cámaras parlamentarias puede introducirse tal consecuencia pues se tratan, de acuerdo con la STC 101/1983, de normas primarias directamente vinculadas a la Constitución. Como señala SANTAOLALLA, entre las leyes y los reglamentos “no existe relación jerárquica. Tanto las leyes como estos Reglamentos dimanaban directamente de la Constitución y sólo se sujetan a lo en ellos dispuesto. Ni los Reglamentos tienen

<sup>101</sup> Artículo 24.2 Reglamento del Parlamento vasco: Corresponde al Presidente cumplir y hacer cumplir el Reglamento, interpretándolo en los casos de duda y supliéndolo en los de omisión.

Cuando en el ejercicio de esta función supletoria se propusiera dictar una resolución de carácter general, deberá mediar el parecer favorable de la Mesa y de la junta de Portavoces.

\* Se muestra conforme con el contenido de la sentencia VIRGALA FORURIA, E., “La STS de 27 de marzo de 2003 de ilegalización de Batasuna: El Estado de Derecho penetra en Euskadi”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 12-13, 2003-2004, pp. 622 y ss.

como norma superior a las leyes ni, viceversa, éstas a aquellos. Entre una y otra categorías normativas no hay relación jerárquica, sino sólo división horizontal, por las distintas materias que constituyen su objeto<sup>102</sup>.

La no disolución por parte del Parlamento Vasco del grupo parlamentario BIZKAIA ETA GIPUZKOAKO SOZIALISTA ABERTZALEAK (ABGSA) o grupos que le sucedieron ordenada por el Tribunal Supremo en su auto de fecha 24 de abril de 2.003 comportó el procesamiento por delito desobediencia del art. 410 del Código Penal del Presidente del Parlamento Vasco, D. Juan María Atutxa, así como del Vicepresidente Primero y de la Secretaria Segunda de la Mesa del Parlamento Vasco.

Considera el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en su sentencia de 20 de mayo de 2003 que carece de jurisdicción para valorar si hubo o no conducta delictiva, una vez acreditado que los imputados actuaron gozando del privilegio de la inviolabilidad parlamentaria.

El TSJPV recuerda el artículo 26 punto 6 del Estatuto de Autonomía del País Vasco (Ley Orgánica 3/1.979, de 18 de diciembre) a cuyo tenor: “Los miembros del Parlamento Vasco serán inviolables por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo”<sup>103</sup>. De su hermenéutica, dirá el Tribunal:

“hemos de deducir dos extremos. De un lado, que el privilegio se prolonga aún y luego de terminado el mandato, siempre y cuando se trate de opiniones, actuaciones y votos que se emitieron en el ejercicio del cargo. Y que el privilegio incluye expresamente los votos emitidos en el ejercicio del cargo de parlamentario”. (FJ 4).

Se trata de una intervención de los tres imputados, no como simples ciudadanos, sino en su condición de miembros de la mesa del Parlamento Vasco y uno de ellos, además, Presidente de tal Parlamento, actuación que se desarrolla toda ella en el ejercicio de las funciones propias de tal condición parlamentaria y manifestada con ocasión de dirigirse a tal Parlamento un Tribunal que, en ejecución de una sentencia dictada en un proceso en el que el Parlamento no es parte, le requiere de una conducta, siendo que los integrantes mayoritarios de la Mesa, los imputados, consideran que ello supone una intromisión en el llamado “ius in officium” parlamentario, en cuanto que afecta a la propia autonomía del Parlamento, para incidir en lo que se ha llamado “interna corporis acta” del propio Parlamento.

En este caso, concluye el TSJPV, la imputación versa sobre lo deliberado y votado en la Mesa del Parlamento en relación con los autos del Tribunal Supremo y por ello concurren los elementos subjetivos, funcional y teleológico que imponen aplicar tal instituto, pues se trata de actos de parlamentarios, realizados en el seno

<sup>102</sup> SANTAOLALLA, F., *Derecho Parlamentario español*, Espasa, 1990, p. 33.

<sup>103</sup> Vide igualmente artículo 13 del Reglamento del Parlamento Vasco: “los Parlamentarios gozarán, aún después de haber cesado en su mandato, de inviolabilidad por las opiniones, actuaciones y votos emitidos en el ejercicio de su cargo”.

de un órgano parlamentario, motivados en una razón precisamente “parlamentaria”, pretendiéndose preservar, con tal conducta, la autonomía parlamentaria y por tanto, relacionada íntimamente con la finalidad para la que se fija el instituto y de hecho, sólo se ha imputado a los miembros de la Mesa que votaron de una determinada forma coincidente.

El Tribunal Supremo, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que establece que la inmunidad parlamentaria ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, considera que el artículo 26.6 del Estatuto de Autonomía del País Vasco que dispone que “los miembros del Parlamento Vasco serán inviolables por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo” ha de ser interpretado a la luz del artículo 25 del propio Estatuto a cuyo tenor: “El Parlamento Vasco ejerce la potestad legislativa, aprueba sus presupuestos e impulsa y controla la acción del Gobierno Vasco...”, de tal suerte que “materialmente la función del cargo es la actividad parlamentaria” y “para determinar lo que debe comprenderse por tal actividad parlamentaria hay que acudir al artículo 25 del Estatuto”. “Es decir, la actividad parlamentaria está referida al objeto principal de la Cámara, la producción legislativa y otros cometidos políticos, de igual importancia, como la aprobación de los presupuestos y el control de la acción del Gobierno”. Por lo tanto, para el Tribunal “aparece claro que solamente los actos parlamentarios estrictamente considerados pueden sostener, a su vez, un acto inviolable, inmune a toda revisión jurisdiccional, por afectar materialmente al contenido de la función política del Parlamento que ha quedado estatutariamente perfilada como la producción legislativa, la aprobación de los presupuestos generales y el control del Gobierno Vasco”, quedando fuera de la prerrogativa aquellos “otros actos, de naturaleza organizativa que se encuentran instrumentalizados al servicio del acto parlamentario, en sentido político, nos referimos a los actos internos correspondientes a la Mesa o a la Presidencia”.

14

70

Para el Tribunal Supremo ha lugar a distinguir entre dos clases de actos parlamentarios: “los de naturaleza política, destinados a cumplir con los objetivos que el Estatuto confía a la Cámara legislativa, y los de orden interno, de naturaleza más bien administrativa, que son aquellos que tienen como finalidad instrumental organizar internamente la Cámara (calendario de actuaciones, tramitación de escritos y labores legislativas, coordinar los trabajos de sus distintos órganos, etc.).

Sentado lo anterior, el Tribunal incardina el acto litigioso entre los segundos al ser “un acto de instrumentalidad parlamentaria, por su contenido y finalidad, pero no un acto de producción legislativa, ni de control del Gobierno”, Se trata, en definitiva, “de un acuerdo que no puede estar abarcado por la inviolabilidad parlamentaria”.

Esta sentencia parece contradecir la dictada el 21 de diciembre de 2004 por el propio Tribunal en el caso Jon Saladería citada y analizada anteriormente. En ésta, recordemos, el Tribunal Supremo enmienda la plana al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y afirma de forma taxativa que no ha lugar, como hacía

este último, a distinguir entre opiniones valiosas y no valiosas para la formación de la voluntad de la Cámara o opiniones directamente conectadas con el objeto del debate de las no conectadas con éste sino que toda opinión vertida en el ejercicio del cargo merece el amparo de la prerrogativa. Ahora vuelve a enmendarle la plana al Tribunal Superior de Justicia que, curándose en salud y de acuerdo con el espíritu y la letra de la sentencia de 2004, había concluido que todo voto y deliberación previa en el ejercicio de las funciones parlamentarias está amparado por la prerrogativa, al afirmar, ahora sí, que ha lugar a distinguir entre tipos de deliberación y votos según la función parlamentaria haya sido sustantiva, por afectar a la función legislativa, de control o presupuestaria, o instrumental por ser de orden interno y de naturaleza más bien administrativa.

Ni de la Constitución ni de los Estatutos de Autonomía ni de los Reglamentos parlamentarios de Congreso, Senado y Parlamentos autonómicos cabe deducir tal conclusión. Ninguna de estas normas, entendemos, abre el mínimo resquicio a la posibilidad de distinguir entre unas funciones parlamentarias y otras o entre un ejercicio del cargo y otro a la hora de que la inviolabilidad despliegue sus efectos, como tampoco lo hace a la hora de distinguir entre unas opiniones y otras vertidas todas ellas con dicha ocasión.

El Tribunal Supremo intenta apoyar su postura en jurisprudencia del Tribunal Constitucional referida no a la inviolabilidad sino a la inmunidad parlamentaria. Así hace referencia a las STC 90/1985 y 23/1990. La primera está referida a la denegación de un suplicatorio, la segunda a la negativa de la Mesa de las Cortes Valencianas de admitir a trámite una enmienda a la totalidad a un proyecto de ley. Ninguna de las dos tiene nada que ver con lo aquí tratado. Lo que sí podemos afirmar es que ambos casos, y en la medida que tales actos pueden ser susceptibles de vulnerar derechos fundamentales, son susceptibles de control por el Tribunal Constitucional, pero de ninguna de las maneras cabe deducir una responsabilidad civil o penal contra los miembros de la Cámara o de la Mesa por dichos actos como ahora pretende el Tribunal Supremo. En base a que este tipo de actos son controlables vía recurso de amparo, concluye que “si los actos internos son controlables, en la vía de amparo por el Tribunal Constitucional, es porque no puede predicarse de los mismos ninguna prerrogativa de inviolabilidad, que, a modo de “privilegio” lo imposibilitaría, y si no pueden considerarse actos “inviolables”, decae la objeción de falta de jurisdicción apreciada por el Tribunal de instancia”. Confunde el Tribunal Supremo los términos del debate. La inviolabilidad parlamentaria no ampara actos parlamentarios sino a los parlamentarios en el ejercicio de dichos actos y han querido nuestra Constitución y los Estatutos de Autonomía que no respondan de dichos actos, lo cual no quiere decir que los actos en sí no sean controlables jurisdiccionalmente. Los actos parlamentarios no son inviolables, quienes son inviolables son los parlamentarios que los realizan. El Tribunal Constitucional puede controlar la denegación de un suplicatorio y concluir que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva forzando a la cámara a concederlo y posibilitando así que

se inicie un procedimiento pero de ello no se extrae que pueda solicitarse ningún tipo de responsabilidad a quienes votaron en contra de dicha concesión.

En definitiva, el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo una interpretación estricta de la expresión "funciones parlamentarias" dejando fuera la actividad política del parlamentario pero dentro de las funciones parlamentarias no ha realizado ninguna distinción entre sustantivas y instrumentales a la hora de fijar la extensión material de la prerrogativa sino que cualquier opinión o voto realizado en el ejercicio de cualquier función parlamentaria queda amparado por ésta.

Por último, hay que hacer referencia al Auto del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2002 que, cuanto menos, merece ser calificado de confuso al intentar aplicar por analogía la prerrogativa a casos en los que se ha ejercido la libertad de expresión sin conexión alguna con las funciones parlamentarias. El origen de este auto se encuentra en la querrela presentada por calumnias e injurias graves por el Presidente de la Generalitat Valenciana Eduardo Zaplana contra el Presidente de la Comunidad de Extremadura Juan Carlos Rodríguez Ibarra que en una entrevista en Canal Sur declaró que el primero, por una parte, se había financiado ilegalmente y, por otra, constituía una pieza clave de GESCARTERA. El Tribunal Supremo archivó las diligencias por entender que no se habían producido los tipos penales: las acusaciones eran genéricas y vagas y se trataba de un debate político en los que, tal como señala el TEDH y el Tribunal Constitucional, libertad de expresión e información tienen una importancia capital. Hasta ahí nada que objetar. Pero remata el Tribunal Supremo su argumentación afirmando que:

“en el ámbito político debe tenerse en cuenta, en buena medida y con *criterio analógico*, el *criterio de la inviolabilidad* que la Constitución establece respecto de los Diputados y Senadores en cuanto a las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones (art. 71 CE)”.

La utilización de la prerrogativa de la inviolabilidad como criterio analógico a tener en cuenta en gran medida nos parece totalmente equivocado y fuera de lugar, desconocedor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la inviolabilidad (caso Castells) y de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la analogía. La analogía, de acuerdo con DÍEZ PICAZO y GULLÓN, “consiste en aplicar a un caso dado, que no aparece contemplado de manera directa y especial por ninguna norma jurídica, una norma prevista para el supuesto de hecho distinto, pero con el cual el caso dado guarda semejanza. Dicho de un modo sumario y rápido, la analogía consiste en aplicar al hecho no regulado normativamente la norma establecida para el hecho análogo o similar”<sup>104</sup>. Yerra el Tribunal Supremo al aplicar de forma analógica el régimen jurídico aplicable a las declaraciones realizadas por los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones, en cuyo caso, entra en juego la inviolabilidad como prerrogativa para garantizar, en último extremo, la libertad

<sup>104</sup> DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho civil*, Vol I/I, Tecnos, 1995, pp. 104 y 105.

e independencia de la institución parlamentaria, a las declaraciones realizadas por dichas personas fuera de sus funciones, simplemente como personajes políticos. Las declaraciones en un medio televisivo no pueden ser asimiladas analógicamente a las amparadas por la inviolabilidad sino que han de ser sometidas al régimen común. El Tribunal Supremo tendría que haber resuelto, a la vista especialmente de las jurisprudencias del TEDH y del Tribunal Constitucional al respecto que señalan que los políticos gozan, al contrario de otros colectivos como los militares, de un amplio margen en el ejercicio de la libertad de expresión y que el debate político permite las opiniones desfavorables, las que inquietan o molestan e, incluso se admite cierta dosis de provocación y exageración, así como que el político en su condición de tal ha de soportar un mayor grado de injerencia en sus derechos a de la personalidad. Desde esas premisas y visto que las declaraciones no suponían la imputación de ningún tipo penal no discutimos el sentido del fallo, sin embargo, discrepamos con el recurso a la analogía que ha hecho el Tribunal pues, en última instancia, y como señalan dichos autores, entre los criterios a tener en cuenta para no aplicar la analogía se encuentra el que “deben considerarse como odiosas las normas limitativas de la capacidad de la persona y las limitativas de sus derechos fundamentales, que, por consiguiente, han de ser entendidas de manera restrictiva y no ampliadas por analogía”<sup>105</sup>.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que la inviolabilidad es, como se ha dicho, una excepción a las reglas de derecho común, que ha de quedar restringida al ámbito estricto de las funciones parlamentarias pues de lo contrario supondría una vulneración intolerable de los derechos fundamentales, y que el ejercicio de la libertad de expresión fuera de las funciones parlamentarias no está huérfana de normativa aplicable sino que le es de aplicación determinadas normas jurídicas (Código Penal y LO 1/1982 de protección civil al honor, intimidad y propia imagen) entendemos que no ha lugar, de ninguna de de las maneras, a utilizar dicho argumento.

## 5. La facultad sancionadora de la Cámara como límite de la inviolabilidad parlamentaria

El carácter absoluto de la inviolabilidad impide que pueda imponerse sanción alguna *externa* a las opiniones del parlamentario hechas en el ejercicio de sus funciones parlamentarias, lo que no impide la posibilidad de que las mismas le valgan al parlamentario en cuestión una sanción disciplinaria *interna*. Para KELSEN era claramente insuficiente que dichas declaraciones solo pudieran ser objeto de sanciones disciplinarias: “Hoy resulta completamente inadecuada la práctica de sancionar los actos delictivos cometidos por un diputado dentro del desempeño de sus funciones, en ocasión de un discurso parlamentario, con el solo empleo

<sup>105</sup> DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN, A., *Instituciones...*, op. cit., p. 106.

de los medios disciplinarios destinados al mantenimiento del orden de la Cámara, como son una llamada al orden o a la cuestión, etc.”<sup>106</sup>

Del artículo 72.3 de la Constitución española, a cuyo tenor:

“Los Presidentes de las Cámaras ejercen en nombre de las mismas todos lo poderes administrativos y facultades de policía en el interior de sus respectivas sedes”,

se deriva la existencia de una disciplina parlamentaria, que, de acuerdo con los artículos 103 y 104 del Reglamento del Congreso y 101 del Reglamento del Senado limita la libertad de expresión de los parlamentarios pues diputados y senadores pueden ser llamados al orden por el contenido de su intervención. De ello se desprende, como señala MANUEL ABELLÁN que si bien “la inviolabilidad es absoluta hacia el exterior de las cámaras. En cambio se encuentra limitada en razón de la potestad disciplinaria y sancionadora de los presidentes de las mismas”<sup>107</sup>. Nos enfrentamos a una paradoja ante el reconocimiento de que determinadas expresiones merezcan una sanción disciplinaria y la imposibilidad de exigir dicha responsabilidad ante los tribunales. De acuerdo con el artículo 103 del Reglamento del Congreso, los Diputados serán llamados al orden cuando profieran palabras o vertieran conceptos ofensivos al decoro de la Cámara o de sus miembros, de las Instituciones del Estado o de cualquiera otra persona o entidad, de tal suerte que si llamado tres veces al orden sin que desista de su actitud, le será retirada la palabra e, incluso, puede serle impuesta la sanción de no asistir al resto de sesión. En este último caso, si el Diputado no abandona el salón de sesiones el Presidente adoptará las medidas que considere pertinentes para hacer efectiva la expulsión y podrá imponerle la sanción de no asistir a la siguiente sesión. Por su parte, el artículo 101 del Reglamento del Senado se expresa en términos similares, advirtiendo, por una parte, que en caso de reincidencia en dicha conducta puede ser sometida a la Cámara una propuesta de sanción más grave y, por otra, previendo la sanción de suspensión en el ejercicio de las funciones parlamentarias durante un mes en caso de no atender el requerimiento del Presidente de abandonar el salón de sesiones. Añade el 106 del Reglamento del Congreso que cuando un diputado en el recinto parlamentario promoviese desorden grave con su conducta de obra o de palabra será inmediatamente expulsado se le suspenderá en su condición de diputado por plazo de un mes pudiendo la Cámara, a propuesta de la Mesa ampliar o agravar la sanción. Hay que advertir, con relación a esto último, que si la conducta merecedora de sanción fueran unas declaraciones realizadas al margen del ejercicio de las funciones parlamentarias, de las mismas tendría que responder, en su caso, ante los tribunales pues no estarían cubiertas, obviamente, por la inviolabilidad.

<sup>106</sup> KELSEN, H. *Esencia...*, op. cit., p. 68.

<sup>107</sup> MANUEL ABELLÁN, A., *El estatuto...*, op. cit., p.43.

Por otra parte, el artículo 101.3 del Reglamento del Congreso, a cuyo tenor:

“Si la causa de sanción pudiera ser, a juicio de la Mesa, constitutiva de delito, la Presidencia pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente”,

se presta, como señalan SOLE TURA Y APARICIO PÉREZ, a bastantes confusiones<sup>108</sup>. La cuestión es si podría abrir la posibilidad de acudir a los tribunales en caso de que el diputado cometiera uno de los delitos de la palabra: injurias, calumnia, apología del genocidio, revelación de secretos, etc. Como señalan estos autores, tal posibilidad entra en contradicción con los presupuestos de la inviolabilidad, ya que, o se trata de un delito de opinión cubierto por la inviolabilidad, o debe ser la Cámara quien resuelva definitivamente con sus medios disciplinarios<sup>109</sup>. Por otra parte, hay que tener en cuenta que en este caso, solo estaría legitimado para acudir a los tribunales la Presidencia, siempre y cuando la Mesa considerase que las expresiones proferidas por el diputado pudieran ser constitutivas de delito. Ello no obstante, se nos plantean serias dudas de que este precepto abra la vía de la responsabilidad penal por las opiniones manifestadas por el diputado en el ejercicio de sus funciones pues se hace inviable con relación a las injurias y calumnias que son delitos semiprivados ya que, de acuerdo con el 215.1 del Código Penal de 1995, solo son perseguibles a instancia del ofendido mediante la oportuna querrela, o, tratándose de un funcionario, denuncia. Con lo que nos encontramos con un callejón sin salida: el ofendido no puede interponer la querrela o denuncia por que sólo está legitimada la Presidencia y ésta no puede interponerlas por que sólo puede hacerlo el ofendido.

¿No cabe posibilidad alguna de que la víctima del exceso verbal acuda en amparo ante los tribunales? Entendemos que no y ello en base a lo dicho por el Tribunal Constitucional en su ATC 147/1982, de 22 de abril<sup>110</sup>. El origen del mismo se encuentra en la pregunta realizada por el senador Javier Paulerio Pérez sobre el nombramiento de una persona como miembro del Gabinete de Estudios del Mando Único Antiterrorista en la que se aludía al hecho de que tal persona había ocupado una serie de cargos durante el régimen franquista. El aludido interpuso recurso de amparo contra dicha pregunta y su posterior publicación en el Boletín Oficial de Estado, al entender que la misma tenía como objeto menospreciarle por lo que se había producido una vulneración de su derecho al honor en base al artículo 42 LOTC a cuyo tenor:

<sup>108</sup> SOLE TURA, J. y APARICIO PÉREZ, M. A., *Las Cortes Generales...*, op. cit., p. 70.

<sup>109</sup> En el mismo sentido, MANUEL ABELLÁN, A., *El estatuto...*, op. cit., p. 45. En todo caso, advierten estos autores, que ello no eliminaría los tramites posteriores de solicitud de suplicatorio conforme a la inmunidad parlamentaria.

<sup>110</sup> Sobre este Auto vide MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “El “amplio margen de libertad” en el uso de los privilegios parlamentarios y su incidencia sobre los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11, 1984, pp. 121 y ss.

“Las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes”.

Se argumenta que, según el auto, corresponde a la Cámara la adopción de las medidas oportunas para evitar que la prerrogativa de la inviolabilidad se utilice en daños de terceros, de lo que se deduce la evidencia de que si el Presidente de la Cámara, mediante sus facultades disciplinarias, no adopta medidas para evitar la violación del honor de un particular, nada puede hacer el ofendido en defensa de su derecho<sup>111</sup>. Somos de la opinión contraria. El auto en absoluto dice que le corresponde a la Cámara de forma exclusiva velar para que no se abuse de la prerrogativa sino que le corresponde “en primer lugar” tal tarea:

“la existencia misma de tal norma es testimonio de que la adopción de las medidas necesarias para garantizar que el privilegio de inviolabilidad no es utilizado en daño de terceros corresponde en primer lugar a las propias Cámaras, a través de sus órganos de gobierno propios. Esta misma conclusión es la que se deriva del concepto mismo de inviolabilidad” (FJ 5)

Es más, el propio Tribunal Constitucional admite que el amplio margen de libertad en los usos de las prerrogativas no excluye la posibilidad de acudir en amparo si se produce una vulneración de los derechos fundamentales como consecuencia de actos de la Cámara o de sus miembros que fuesen más allá del ejercicio razonable de sus funciones<sup>112</sup>:

“Una interpretación sistemática de los diversos preceptos constitucionales, tanto de los que consagran los derechos fundamentales como de los que establecen los privilegios funcionales, conduce a atribuir a las Cámaras y a sus miembros un amplio margen de libertad en el uso de esos privilegios, pues su finalidad es asegurar el buen funcionamiento de las instituciones parlamentarias cuya importancia en un sistema democrático es decisiva, entre otras cosas, para la defensa de los mismos derechos fundamentales. Ello no excluye la posibilidad de que el Tribunal Constitucional conozca, por la vía que proceda y con los efectos oportunos, de la eventual incidencia que sobre los derechos fundamentales y libertades públicas de las personas, pudieran tener actos de las Cámaras que no fuesen explicables por el ejercicio razonable de las funciones que les están atribuidas y en

<sup>111</sup> FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *La inviolabilidad...*, op. cit., pp. 37 y 38. MANUEL ABELLÁN, A., *El estatuto...*, op. cit., p. 49.

<sup>112</sup> Y en este sentido, por ejemplo, se ha acudido al Tribunal Constitucional solicitando el amparo como consecuencia de la denegación de suplicatorios. Vide SsTC 243/1988, de 19 de diciembre y 186/1989, de 13 de noviembre.

razón de las cuales se otorga el privilegio de inviolabilidad a las Cortes Generales y a sus miembros.” (FJ 5),

aunque reconoce el Alto Tribunal que en el presente caso no se ha producido dicho ejercicio ilegítimo:

“No es éste el caso en el presente asunto, pues la publicación de la pregunta no excede del ámbito de razonable ejercicio de las funciones parlamentarias, ya que se limita a poner en duda la idoneidad de una persona para un cargo determinado en función de sus antecedentes personales. (FJ 5)

A *sensu contrario*, cabe preguntarse qué hubiese sucedido si efectivamente se hubiese producido dicha extralimitación. Se deduce que los efectos son distintos si se produce un ejercicio razonable de las funciones parlamentarias a si se produce un ejercicio no razonable. Qué sentido tiene toda la argumentación del Tribunal, y en particular, la distinción entre ejercicio razonable y no razonable si los efectos fueran a ser los mismos. Admitamos, pues, que en caso de que se produzca un ejercicio no razonable pueda acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional. Lo primero que hay que tener claro es que no puede irse directamente contra el parlamentario autor de la declaración. Así lo advierte el propio Tribunal en el auto. Recuerda el Tribunal que el uso ilegítimo de la libertad de expresión del parlamentario “no es impugnabile en esta vía”. Pone de manifiesto a continuación que, en todo caso, ha de atribuirse la lesión del derecho no al parlamentario sino a la Cámara, pues entiende que como los parlamentarios, individualmente considerados, no son órganos, no cabe contra sus actos interponer recurso constitucional de amparo<sup>113</sup>. Sólo la Cámara tiene la consideración de poder público y sólo ella puede producir disposiciones o actos o actuar por vía de hecho susceptibles de vulnerar derechos fundamentales de los ciudadanos:

“El acto en cuestión no es impugnabile en esta vía y ello no en razón de la inviolabilidad de que gozan los miembros de las Cortes Generales por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones (art. 61.1 CE), privilegio cuyo alcance no es ahora momento de analizar, sino por la razón mucho más simple e inmediata de que como tales miembros de las Cortes Generales, los Diputados y Senadores no son, en su actuación individual y sin mengua de la alta representación que ostentan y de la función pública que ejercen, poderes públicos en el sentido del art. 41.2 LOTC, ni agentes o funcionarios de éstos. Es el órgano del que forman parte, y no ellos, el que debe ser considerado como poder público, pues sólo el órgano como tal y

<sup>113</sup> Crítica esta postura LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., “Las Garantías de los miembros del Parlamento vasco”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 46-47, 1985, pp. 259 y ss., que recuerda la STC 101/1983, de 18 de noviembre en la que al referirse al deber de prestar juramento o promesa de acatar la Constitución que exige el Reglamento del Congreso se refiere a los diputados en cuanto “titulares de los poderes públicos” (FJ 3 y 5).

no los hombres que lo integran, actuando aisladamente, es el que puede producir disposiciones o actos (art. 41.2 LOTC) o actuar siguiendo vías de hecho en términos capaces de imponer obligaciones a los ciudadanos y lesionar así sus derechos y libertades fundamentales.” (FJ 4),

Habría que profundizar en la idea de que ante la inactividad de la Cámara frente a la agresión verbal pudiera acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional<sup>114</sup>. De esta manera si la Cámara tomó las medidas disciplinarias oportunas, como retirar la palabra al parlamentario, llamarlo al orden, expulsarlo del salón de sesiones, hacer que no consten las declaraciones insultantes en el Diario de Sesiones, etc. se cierra la posibilidad del amparo pero si ante unas declaraciones que, de no haber mediado la inviolabilidad pudieran ser constitutivas de responsabilidad civil o penal no se adoptó medida disciplinaria alguna o las adoptadas fueran claramente insuficientes, cabría que la persona agraviada acudiera al Tribunal Constitucional por dicha actitud de la Cámara. La duda que se presenta es cuál ha de ser el contenido del amparo de otorgarse. La cuestión es si la restitución del derecho fundamental lesionado se consigue con la mera declaración de que se ha producido la lesión o si la sentencia del Tribunal Constitucional ha de ir más allá obligando, por ejemplo, a retirar del Diario de Sesiones las expresiones litigiosas, fijando, incluso, una indemnización.

Visto lo anterior, ¿qué conclusiones pueden derivarse del Auto 147/1982:

Primera: el Tribunal Constitucional extrae consecuencias distintas a si se ha hecho un uso razonable del ejercicio de las funciones parlamentarias, en este caso, un uso razonable de la libertad de expresión, se ha hecho un uso no razonable. Del uso razonable no cabe deducir, como es obvio, consecuencia alguna.

Segunda: el uso no razonable de la función parlamentaria, es decir, el mal uso de la libertad de expresión por parte del parlamentario no es impugnabile por vía del recurso de amparo sino la respuesta de la Cámara ante ese mal uso. Si se adoptan las medidas disciplinarias correspondientes se cierra la posibilidad de acudir en amparo. Si no se adoptan se abre tal posibilidad.

Tercera: en caso de acudir en amparo, el Tribunal Constitucional examinará en primer lugar si se ha hecho un uso no razonable de las funciones parlamentarias, es decir un uso ilegítimo de la libertad de expresión. De ser la respuesta negativa, el amparo no será otorgado. Si concluye que se ha llevado a cabo un uso no razonable pasará a examinar cual ha sido la respuesta de la Cámara. Si esta ha adoptado las medidas oportunas, proporcionadas a la agresión no cabe otorgar el amparo. Si la Cámara no ha adoptado ninguna medida o las adoptadas han sido claramente insuficientes cabe otorgar el amparo.

<sup>114</sup> A favor de esta posibilidad LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., “Las Garantías de los miembros...”, op. cit., p. 259 y ss..

## 6. Inviolabilidad parlamentaria y derecho a la tutela judicial efectiva

Ya hemos venido haciendo referencia a la relación entre inviolabilidad parlamentaria y derecho a la tutela judicial efectiva. Este derecho <sup>115</sup> tiene un contenido complejo que podemos sintetizar como sigue: derecho de acceso a la jurisdicción, derecho a una resolución de fondo que resuelva todas las pretensiones deducidas conforme a Derecho, aunque no se vulneraría tal derecho si no se dictara sentencia de fondo por una de las causas legalmente establecidas, y derecho a la ejecución de la sentencia. Lo que el artículo 24.1. de la CE comporta es el acceso a órganos propiamente jurisdiccionales, que no se excluya el conocimiento de las pretensiones en razón de su fundamento y que no se obstaculice su acceso. Así pues, dado que el artículo 24.1 de la Constitución garantiza a todos la tutela efectiva mediante al acceso al proceso y a los recursos previstos en la ley, tal derecho sólo puede limitarse en aras de otro derecho o libertad constitucionalmente protegida<sup>116</sup>, a lo que hay que añadir, por lo que aquí nos ocupa, en aras a un interés general como puede ser, en este caso, la libre formación de la voluntad de la Cámara a través de proteger de forma absoluta la libertad de expresión de los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones parlamentarias

Recordar que la inviolabilidad parlamentaria incide directamente en el derecho a la tutela efectiva en la medida que, como se ha señalado, supone una exención de la jurisdicción, incide negativamente en el ámbito del derecho pues “impide la apertura de cualquier clase de proceso o procedimiento que tenga por objeto exigir responsabilidad a los Diputados o Senadores por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones. Por lo tanto, es una injerencia en el derecho al acceso a los tribunales justificado para asegurar la libre formación de la voluntad de la Cámara.

En este sentido, ha señalado el Tribunal de Estrasburgo, casos A. C. Reino Unido, de 17 de diciembre de 2002 y Cordova c. Italia de 30 de enero de 2003 (I y II<sup>117</sup>) que el carácter absoluto de la inviolabilidad parlamentaria no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva siempre y cuando entre en juego solo respecto de las declaraciones realizadas en el ejercicio de las funciones parlamentarias:

“no puede considerarse a la inviolabilidad parlamentaria una restricción desproporcionada al derecho de acceso a los tribunales consagrado en el artículo 6.1. CE...

<sup>115</sup> De la amplia bibliografía sobre el tema para la ocasión hemos acudido a la obra de FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos, 1990.

<sup>116</sup> Por todas vide SsTC 11/1982, de 29 de marzo, 26/1983 de 13 de abril, 90/1983, de 27 de noviembre, 43/1985, de 22 de marzo y 33/1989, de 3 de febrero.

<sup>117</sup> El primero de ellos tiene por objeto las declaraciones del diputado italiano Sgarbi en el transcurso de un acto electoral, el segundo tiene su origen en un telefax y dos correos y en el envío de un caballo de madera y de un triciclo con unas notas por parte del diputado Fransesco Cossiga, antiguo presidente de la República, todo ello dirigido contra el fiscal Angostino Cordova.

El Tribunal considera compatible con el Convenio una inviolabilidad que cubra las declaraciones realizadas en el transcurso de los debates parlamentarios en el seno de las cámaras legislativas y tendente a proteger los intereses del Parlamento en su conjunto”.

De tal manera, que intentar extender la prerrogativa fuera de estos casos supone, a *contrario sensu*, una vulneración de este derecho. Y así en el caso A c. Reino Unido el Tribunal a pesar de considerar que las declaraciones del parlamentario fueron desafortunadas como fueron hechas en el transcurso de un debate parlamentario quedan amparadas por la prerrogativa. El Tribunal se manifiesta totalmente contrario a una aplicación extensiva del ámbito material de la prerrogativa y en los casos Cordova c. Italia amparó al demandante, víctima de unas declaraciones de dos parlamentarios italianos en la medida que lo que amparó la inviolabilidad fue el ejercicio de la libertad de expresión fuera de las funciones parlamentarias. Tal aplicación extensiva, en definitiva, supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

### **III. INMUNIDAD PARLAMENTARIA**



## 1. Regulación actual

Con toda seguridad nos enfrentamos con la prerrogativa más polémica y cuestionada hoy en día. Como advertía AGUILERA DE PAZ, “la inmunidad de los representantes de la nación en ambos cuerpos colegisladores ha sido siempre objeto de apasionadas controversias”<sup>118</sup>. En este sentido señalaba KELSEN que “es preciso suprimir, o por lo menos restringir considerablemente aquella irresponsabilidad de los diputados denominada inmunidad”<sup>119</sup>.

En nuestro ordenamiento, la inmunidad parlamentaria aparece recogida en el artículo 71.2 de la Constitución, en los siguientes términos:

“Durante el periodo de su mandato, los Diputados y Senadores gozaran asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva”.

Por su parte, el Reglamento del Congreso recoge esta prerrogativa en su artículo 11:

“Durante el periodo de su mandato, los Diputados gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización del Congreso”,

y el Reglamento del Senado lo hace en su artículo 22, a cuyo tenor:

“1. Durante el periodo de su mandato, los Senadores gozarán de inmunidad y no podrán ser retenidos ni detenidos salvo en caso de flagrante delito. La retención o detención será comunicada inmediatamente a la presidencia del Senado.

2. Los Senadores no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización del Senado, solicitada a través del oportuno suplicatorio. Esta autorización será también necesaria en los procedimientos que estuvieren instruyéndose contra personas que, hallándose procesadas o inculpadas, accedan al cargo de Senador”.

<sup>118</sup> AGUILERA DE PAZ, E, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Reus, 1914, Vol. V, p. 617.

<sup>119</sup> KELSEN, H. *Esencia...*, op. cit., p. 67.

Cabe destacar una significativa diferencia si comparamos este régimen con el de los parlamentarios autonómicos. En ninguno de los Estatutos de Autonomía se hace mención a la necesidad de solicitar autorización de la cámara para procesar o inculpar a uno de sus miembros. Así, el artículo 23 del nuevo Estatuto de la Comunitat Valenciana señala:

“ Durante su mandato no podrán ser detenidos ni retenidos por actos delictivos realizados en el territorio de la Comunitat Valenciana, sino en caso de flagrante delito”,

el artículo 51 del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña:

1. (...) Durante su mandato tendrán inmunidad a los efectos concretos de no poder ser detenidos salvo en caso de flagrante delito”<sup>120</sup>,

2. En las causas contra los Diputados, es competente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Fuera del territorio de Cataluña la responsabilidad penal es exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo,

el artículo 11 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero):

“6. Durante su mandato los miembros de la Asamblea no podrán ser detenidos ni retenidos por actos delictivos cometidos en el territorio de la Comunidad, sino en caso de flagrante delito, correspondiendo decidir, en todo caso, sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio al Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Fuera de dicho territorio, la responsabilidad penal será exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”,

o el artículo 26 del Estatuto de Autonomía del País Vasco (Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre):

“6. Durante su mandato, por los actos delictivos cometidos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, no podrán ser detenidos ni retenidos sino en caso de flagrante delito, correspondiendo decidir, en todo caso, sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio, al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Fuera del ámbito territorial del País Vasco, la responsabilidad penal será exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”<sup>121</sup>.

<sup>120</sup> Advertir, no obstante, que la Propuesta que salió del Parlamento catalán si preveía el suplicatorio. Así su artículo 57 señalaba en el punto primero: “Durante su mandato, gozan de inmunidad y sólo pueden ser detenidos en caso de delito flagrante. No pueden ser inculcados ni procesados sin la autorización del Parlamento”.

<sup>121</sup> Señalar que el artículo 21 de la Propuesta de reforma de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi 8 (Aprobada por el Parlamento vasco el 30 de diciembre de 2004 y rechazada su toma en consideración por el Congreso de los Diputados el 1 de febrero de 2005) establecía

De la lectura de estos preceptos se desprende que ha lugar a distinguir dos situaciones en esta prerrogativa: la inmunidad relativa al procesamiento y la interdicción de la detención. La inmunidad relativa al procesamiento, ha sido objeto de mayores críticas por la doctrina y de un menor reconocimiento por los legisladores que la segunda, la prohibición de la detención. En este sentido afirma GARCÍA MORILLO, que “la inmunidad relativa al procesamiento no está concebida en la Constitución en términos absolutos, sino condicionales. En la dicción constitucional, el concepto de inmunidad está directamente ligado a la interdicción de la detención, que es, ésta sí, incondicional. La necesidad del suplicatorio para el procesamiento aparece como un complemento de lo anterior, complemento establecido en términos condicionados. Hasta tal punto es así, que la inmunidad es reconocible –como se configura en Gran Bretaña y EE.UU., y ahora en Italia– como mera garantía frente a la detención, sin incorporar, por tanto, la garantía frente al procesamiento”<sup>122</sup>.

De acuerdo con el Tribunal Constitucional, sentencia 243/1988, de 19 de diciembre, la inmunidad puede ser definida como una prerrogativa de naturaleza formal que protege la libertad personal de los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales que puedan desembocar en privación de libertad, evitando que, por manipulaciones políticas, se impida al parlamentario asistir a las reuniones de las Cámaras y, a consecuencia de ello, se altere indebidamente su composición y funcionamiento.

El objetivo común de inviolabilidad e inmunidad es garantizar la libertad e independencia de la institución parlamentaria. A pesar de dicho objetivo común a ambas prerrogativas, ello no impide que sean instituciones con objetivos concretos

que “Durante el período de su mandato, las parlamentarias y parlamentarios vascos gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización del Parlamento Vasco”.

Vide igualmente:

Artículo 101.3 del Estatuto de Autonomía de Andalucía (Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre reformado por Ley Orgánica de 2007), artículo 18 del Estatuto de Autonomía de Aragón (Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto), artículo 26 del Estatuto de Autonomía de Asturias (Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre), artículo 10 del Estatuto de Autonomía de Canarias (Ley Orgánica 10/1982 de 10 de agosto), artículo 11 del Estatuto de Autonomía de Cantabria (Ley Orgánica 8/1981 de 30 de diciembre), artículo 10 Estatuto de Autonomía de Castilla – La Mancha (Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto), artículo 12 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León (Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero), artículo 24 del Estatuto de Autonomía de Extremadura (Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero), artículo 11 del Estatuto de Autonomía de Galicia (Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, artículo 23 del Estatuto de Autonomía de Illes Balears (Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, artículo 17 del Estatuto de Autonomía de La Rioja (Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio), artículo 14 del Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto), artículo 25 del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia (Ley Orgánica 4/1982, de 9 de Junio):

<sup>122</sup> GARCÍA MORILLO, J., “Contenido, finalidad constitucional y control de la inmunidad parlamentaria”, *Inmunidad parlamentaria y jurisprudencia constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, cuadernos y debates n.º 46, 1994, p. 90.

distintos. El posible punto de contacto entre las dos prerrogativas, tal como hoy están configuradas, es el de unas hipotéticas declaraciones de un parlamentario en el ejercicio de sus funciones que pudieran constituir un tipo penal. En este sentido, y como se ha señalado por la doctrina, la inviolabilidad desplegaría todos sus efectos y no habría lugar a iniciar un proceso, de tal manera que interpuesta una acción penal lo correcto sería archivar sin más las actuaciones sin haber lugar a que el Tribunal elevara el oportuno suplicatorio a la cámara. De elevarse dicho escrito, en ningún caso, debería procederse a considerar el otorgamiento o denegación del suplicatorio. Comprobado que la opinión había sido vertida en el ejercicio del cargo, directamente habría que rechazarlo. Como señala ALBA NAVARRO, “no es en absoluto, la denegación del suplicatorio el mecanismo adecuado para proteger la inviolabilidad (...) el hipotético escrito del Tribunal Supremo que contuviera una solicitud de autorización para proceder contra un Diputado o Senador por hechos previstos en los artículos 71.1. de la Constitución española, 10 del Reglamento del Congreso de los Diputados y 21 del Reglamento del Senado, debería ser rechazado *a limine*, es decir, inadmitido a trámite por la Mesa”<sup>123</sup>. Siempre quedaría al presunto agraviado la posibilidad de acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional alegando que dichas opiniones no habían sido realizadas en el ejercicio de las funciones parlamentarias y que, por lo tanto, dicho rechazo había supuesto una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, con lo que, en último término, le correspondería al Tribunal Constitucional decidir el contexto en que se habían realizado. De considerar que lo habían sido en el seno de dicho ejercicio, el sentido de la sentencia debería ser obligar a la cámara a admitir el escrito del Tribunal Supremo y a adoptar el correspondiente acuerdo.

## 2. Antecedentes históricos y referencias comparadas

### a. Antecedentes históricos

Advierte FERNÁNDEZ-MIRANDA que es preciso establecer una diferencia entre el *freedom from arrest* proveniente del Derecho británico y la inmunidad parlamentaria de origen francés, siendo esta última el precedente de la institución actual. Originariamente el fundamento de la inmunidad estaba en la deseada garantía o seguridad que buscaban las asambleas, elegidas en precaria posición. Será la Francia revolucionaria la que vea nacer la institución tal como se conoce actualmente. Como señala este autor “el contexto es completamente distinto a aquel en que nació y se

<sup>123</sup> ALBA NAVARRO, M., “Prerrogativas...”, op. cit. p. 13. Cita este autor un caso italiano. En una ocasión en la que se solicitaba de la cámara la autorización para proceder contra un diputado por un hecho cubierto por la inviolabilidad parlamentaria, aquella entendió que no podía siquiera plantearse el sometimiento de un diputado a procedimiento penal por un hecho cubierto por el artículo 68.1. de la Constitución italiana (semejante al artículo 71.1 de nuestro Texto Fundamental).

desarrolló la *freedom from arrest*. Aquí hay un Parlamento que parte del supuesto de la soberanía nacional y que investido de una legitimidad históricamente nueva, se siente representante de esa nación y en lucha contra la legitimidad tradicional y la institución que la encarna<sup>124</sup>. Como sigue señalando este autor “la inmunidad surge, pues, no sólo como instrumento de independencia sino, sobre todo, como instrumento de soberanía en una formulación racionalista típicamente continental. Nace también fruto de un enfrentamiento histórico concreto entre un Parlamento revolucionario que se siente en peligro y un ejecutivo y un judicial emanación directa de la voluntad del rey”<sup>125</sup> Esta es la situación política en la Francia de finales del siglo XVIII El Decreto de 26 de junio de 1790 de la Asamblea Nacional francesa la recoge por primera vez en los siguientes términos:

“La Asamblea Nacional, reservándose estatuir detalladamente sobre los medios constitucionales de asegurar la independencia y la libertad de los miembros del cuerpo legislativo, afirma que [...] los diputados de la Asamblea General pueden, en caso de flagrante delito, ser detenidos, conforme a las ordenanzas [...] pero no pueden ser procesados por ningún juez, antes que el Cuerpo legislativo [...] haya decidido que ha lugar a la acusación”.

Vemos pues, que desde un primer momento la inmunidad se configura con ese contenido dual: imposibilidad de detención fuera del caso de flagrante delito y necesidad de recabar la autorización de la cámara para proceder contra un parlamentario. Con posterioridad la inmunidad se incluyó en la Constitución de 1791 señalándose con relación a los Diputados que:

“Ellos podrán ser detenidos en flagrante delito o en virtud de una orden de detención, pero se deberá notificar de inmediato al Cuerpo legislativo y la persecución no podrá ser continuada más que tras la decisión del Cuerpo legislativo de que hay lugar para la acusación”.

En nuestro constitucionalismo histórico, advertir que la prerrogativa se recoge por primera vez en el Reglamento de las Cortes de 1810 en sus artículos 5 y 6, a cuyo tenor:

Artículo 5:

“Ninguna autoridad, de cualquier clase que sea, podrá entender o proceder contra los Diputados por sus tratos o particulares acciones durante el tiempo de su encargo, y un año más después de concluido”.

<sup>124</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., “Origen histórico de la inviolabilidad e inmunidad parlamentaria”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 10, 1986, p. 201.

<sup>125</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., *Idem*.

## Artículo 6:

“Cuando se haya de proceder civil o criminalmente, de oficio o a instancia de parte, contra algún Diputado, se nombrará por las Cortes un Tribunal que con arreglo a derecho sustancie y determine la causa, consultando a las Cortes la sentencia antes de su ejecución.”

Brevemente señalar que el reglamento provisional establece una estrecha vinculación entre la inviolabilidad de los diputados y su inmunidad. La segunda viene a ser una suerte de reflejo o consecuencia institucional de la primera. En cuanto al ámbito temporal la protección se extiende a la totalidad del mandato –entonces indeterminado– de las Cortes Generales y Extraordinarias y al año posterior a la expiración del mandato. En cuanto a la materia protegida el reglamento no se ciñe exclusivamente a los actos parlamentarios. Por otra parte, la protección comprende cualquier tipo de causas, tanto civiles como criminales, se extiende, pues, respecto de cualquier tipo de actuación judicial. La protección consiste esencialmente en un aforamiento peculiar. La competencia para enjuiciar al Diputados en tales casos se encomienda a un cuerpo electo por las Cortes y formado por Diputados de las mismas.

En la Constitución de 1812 se recoge, sin separación clara entre inviolabilidad en inmunidad en el artículo 128, que sigue mantenimiento la extensión de la prerrogativa al ámbito civil y un tribunal de pares:

“Los diputados serán inviolables por sus opiniones, y en ningún tiempo ni caso, ni por ninguna autoridad podrán ser reconvenidos por ellas. En las causas criminales, que contra ellos se intentaren, no podrán ser juzgados sino por el Tribunal de Cortes en el modo y forma que prescriba el reglamento del gobierno interior de las mismas. Durante las sesiones de las Cortes, y un mes después, los diputados no podrán ser demandados civilmente ni ejecutados por deudas”.

La Constitución de 1837, recoge la prerrogativa en su artículo 42 en los siguientes términos:

“Los Senadores y los Diputados no podrán ser procesados ni arrestados durante las sesiones sin permiso del respectivo Cuerpo Colegislador, a no ser hallados in fraganti; pero en este caso, y en el de ser procesados o arrestados cuando estuvieren cerradas las Cortes, se deberá dar cuenta lo mas pronto posible al respectivo Cuerpo para su conocimiento y resolución.”

El sistema de la inmunidad que se instaura en la Constitución de 1837, completada por lo señalado en el Reglamento del Congreso de 1838 y el Reglamento del Senado de 1842, será, con alguna modificación de matiz, el sistema seguido hasta el ordenamiento actual<sup>126</sup>. Se define la inmunidad como un instituto de defensa de

<sup>126</sup> Vide artículo 41 de la Constitución de 1845, artículo 44 de la Constitución no promulgada de 1856, artículo 56 de la Constitución de 1869, artículo 67 del Proyecto de Constitución Federal de 1873 y Artículo 47 de la Constitución de 1876.

la autonomía del Parlamento. El *dies a quo* queda fijado en el día de la elección aunque no haya tomado posesión, por lo que respecta a la cuestión del juicio de la cámara para otorgar o no autorización quedó claro que la decisión, discrecional,<sup>127</sup> había de basarse en un juicio político que la Cámara se formara de los hechos.

Por último, por su trascendencia e interés cabe hacer referencia al artículo 56 de la Constitución de 1931 que regula la prerrogativa en los siguientes términos:

“Los Diputados sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito.

La detención será comunicada inmediatamente a la Cámara o a la Diputación Permanente.

Si algún juez o Tribunal estimare que debe dictar auto de procesamiento contra un Diputado, lo comunicará así al Congreso, exponiendo los fundamentos que considera pertinentes

Transcurridos sesenta días, a partir de la fecha en la que la Cámara hubiese acusado recibo del oficio correspondiente, sin tomar acuerdo respecto del mismo, se entenderá denegado el suplicatorio.

Toda detención o procesamiento de un Diputado quedará sin efecto cuando así lo acuerde el Congreso, si está reunido, o la Diputación Permanente cuando las sesiones estuvieren suspendidas o la Cámara disuelta.

Tanto el Congreso como la Diputación Permanente, según los casos antes mencionados, podrán acordar que el juez suspenda todo procedimiento hasta la expiración del mandato parlamentario del Diputado objeto de la acción judicial.

Los acuerdos de la Diputación Permanente se entenderán revocados si reunido el Congreso no los ratificara expresamente en una de sus veinte primeras sesiones.”

El texto republicano extiende la inmunidad a todo el mandato de los Diputados, prohíbe, en todo caso, su detención con la sola excepción del delito flagrante y retoma los enunciados de la LECrim en punto a la posible competencia judicial, lo que se presta a la interpretación de que no mantiene el aforamiento ante el Supremo, aunque desde luego es compatible con la Constitución el que la ley ordinaria lo establezca. A renglón seguido impone la paralización de actuaciones en tanto no se pronuncie la Cámara, permite que la Cámara imponga la suspensión hasta el fin del mandato, habilita a la Diputación Permanente para adoptar acuerdos cuando el Pleno no esté reunido e impone un régimen de silencio parlamentario negativo. Por último, señalar que la

<sup>127</sup> El artículo 39 del Reglamento del Congreso y el artículo 46 del Reglamento del Senado hablan de que se resolverá “lo que se considere oportuno”.

praxis de las Constituyentes impuso como vigente la ley de 1912, y mantuvo la concepción tradicional de la inmunidad como garantía de la independencia del parlamentario así como la práctica de denegar los suplicatorios por delitos de opinión ya tradicional.

## b. Referencias comparadas

Si como hemos visto, la prerrogativa de la inviolabilidad era recogida por las Constituciones de los países de la Unión Europea de forma más o menos similar, con la única excepción de su configuración con carácter absoluto o no, con relación a la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria los criterios son más dispares. Van desde su absoluto no reconocimiento, como en el caso holandés que recoge la inviolabilidad pero no la inmunidad a casos en los que sólo se recoge la prohibición de detención fuera del caso de flagrante delito eso no, el suplicatorio, a casos en los que se recoge de forma similar al caso español, extendiéndose las diferencias también en cuanto a la cuestión temporal, y así, en algunos caso la inmunidad sólo despliega sus efectos durante los periodos de sesiones y, en cambio, en otros, durante toda la legislatura.

En este sentido, en primer lugar, cabe hacer referencia al caso británico. La *freedom from arrest* tenía por finalidad dejar sin efectos los mandatos de arrestos expedidos contra el parlamentario, en virtud de causas de tipo civil, nunca protegió contra los procesos penales. En Reino Unido, por lo tanto, la figura nació como protección contra los procesos civiles lo que tenía su justificación en la prisión por deudas y cayó en absoluto desuso desde el momento en que se suprimió la prisión por deudas. Como en 1831 señaló el Comité de Privilegios, desde el caso Wilkes (1763) “se ha considerado como establecido que el privilegio no es invocable en ningún delito denunciante”. Esta exclusión de la operatividad de la inmunidad en el ámbito penal se extiende, incluso, a la detención bajo Poderes de Emergencia (*in re Captain Ramsay*).

Por su parte, el Artículo 46.2 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 prescribe que:

“Los diputados podrán ser acusados o detenidos por acción castigada con una pena, sólo con el consentimiento previo de la Dieta Federal, a menos que hayan sido detenidos al perpetrar dicha acción o durante el día siguiente”.

El precepto establece la inmunidad por todo el período de mandato en su doble acepción de garantía frente a la detención y de necesidad de autorización para proceder, y, además, habilita al *Bundestag* para suspender cualquier clase de procedimiento o exigir el cese de la detención, y ello aun cuando previamente la Cámara hubiese concedido la autorización preceptiva o el diputado estuviere incurso en la comisión de delito flagrante.

El artículo 26 de la Constitución francesa recoge la prerrogativa en los siguientes términos:

2. “Durante el periodo de sesiones ningún miembro del Parlamento podrá ser procesado o detenido en materia criminal o correccional sin la previa autorización de la Cámara a la que pertenezca, salvo en caso de flagrante delito”. 3. “fuera de los periodos de sesiones ningún miembro del Parlamento podrá ser detenido sin autorización de la mesa de la cámara a que pertenezca, salvo en caso de flagrante delito, de procesamiento autorizado o de condena definitiva.”

Se distingue en dicho precepto si se está en periodo de sesiones o fuera de dicho periodo. En el primer caso se precisa autorización de la cámara para que un diputado sea procesado o detenido, salvo en caso de flagrante delito. Fuera del periodo de sesiones podrá ser detenido con autorización no de la cámara sino simplemente de la Mesa, salvo en caso de flagrante delito, procesamiento autorizado o condena definitiva.

La Constitución griega, al igual que sucedía con la inviolabilidad, regula la prerrogativa de la inmunidad de forma confusa. Así su artículo 62 señala que:

“Durante la legislatura ningún diputado podrá ser perseguido, detenido, encarcelado o privado en forma alguna de su libertad personal sin autorización de la cámara. Ningún miembro de la Cámara disuelta podrá tampoco ser perseguido por delitos políticos entre la disolución de la cámara y la proclamación de los diputados electos de la nueva Cámara.

Se tendrá la autorización por definitivamente denegada si la Cámara no se hubiere pronunciado sobre ella en los tres meses siguientes a la transmisión del suplicatorio por el Ministerio Fiscal al presidente de la Cámara.

El plazo de tres meses quedará en suspenso durante las vacaciones parlamentarias.

No se requerirá autorización alguna en caso de flagrante delito.”

Por su parte, el artículo 68, 2 de la Constitución italiana señala que:

“Sin autorización de la Cámara a la que pertenezca, ningún miembro del Parlamento podrá ser sometido a procedimiento penal, ni podrá ser detenido o privado en alguna forma de su libertad personal, ni sujeto a registro personal o domiciliario, a menos que sea sorprendido en flagrante delito que lleve aparejado el auto judicial o la orden de búsqueda y captura”.

El precepto, viene a exigir la autorización parlamentaria para la puesta en custodia, para el procesamiento de un parlamentario y para la ejecución, en su caso, de sentencia que acarree penas privativas de libertad

El artículo 160 de la Constitución portuguesa recoge la prerrogativa en los siguientes términos:

“2. Ningún diputado podrá ser detenido ni aprehendido sin autorización de la Asamblea, excepto por delito punible con pena de prisión de más de tres años y en caso de flagrante delito.

3. Incoado procedimiento criminal contra un diputado y una vez acusado éste mediante auto firme, excepto en el caso de delito punible con la pena a que se refiere el apartado anterior, la Asamblea decidirá si el Diputado debe o no ser suspendido para la continuación de dicho proceso.”

La inmunidad se extiende a toda la legislatura y no sólo al periodo de sesiones, siendo necesaria la autorización de la Cámara para detener a un parlamentario salvo que el delito tenga señalada una pena mayor a tres años y en caso de flagrante delito. No se exige autorización para proceder judicialmente contra el diputado en cuestión.

Obligado es, por último, la referencia a las prerrogativas de los parlamentarios europeos. El artículo 10 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de las Comunidades Europeas de 8 de abril de 1965 al que se remite el artículo 5 del Reglamento del Parlamento Europeo, con relación a la inmunidad señala:

Mientras el Parlamento Europeo esté en periodo de sesiones, sus miembros gozarán:

- a. En su propio territorio nacional, de las inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento de su país.
- b. En el territorio de cualquier otro Estado miembro, de inmunidad frente a toda medida de detención y a toda actuación judicial.

Gozarán igualmente de inmunidad cuando se dirijan al lugar de reunión del Parlamento Europeo o regresen de éste.

No podrán invocarse la inmunidad en caso de flagrante delito no podrá ésta obstruir el ejercicio por el Parlamento Europeo de su derecho a suspender la inmunidad de uno de sus miembros<sup>128</sup>.

<sup>128</sup> Junto al vigente artículo 10 del Protocolo existen otros preceptos que se refieren a la inmunidad. Así, por una parte nos encontramos con el artículo 4 del Acta relativa a la elección de los representantes en la Asamblea por sufragio universal directo, de 20 de septiembre de 1976 y, especialmente el artículo 6 del Reglamento del Parlamento Europeo, a cuyo tenor:

“Suspensión de la inmunidad

1. Todo suplicatorio dirigido al Presidente por la autoridad competente de un Estado miembro con objeto de suspender la inmunidad de un diputado se comunicará al Pleno y se remitirá a la comisión competente.

2. La comisión competente examinará los suplicatorios sin demora y por el orden en que hayan sido remitidos.

3. La comisión podrá pedir a la autoridad que ha remitido el suplicatorio cuantas informaciones o aclaraciones estime necesarias para formarse un criterio sobre la procedencia de la suspensión de la inmunidad. El diputado de que se trate será oído si lo pidiere y podrá aportar

Brevemente señalar que, de acuerdo con este precepto y el Reglamento del Parlamento, el objeto de la inmunidad, consiste en la prohibición de detener o perseguir judicialmente al parlamentario, salvo que medie la autorización de la Cámara, excepción hecha del supuesto de flagrante delito. La inmunidad queda restringida al periodo de sesiones y a los viajes de ida y vuelta. Además se introduce la figura del suplicatorio, concepuada como una autorización para proceder que concede el propio Parlamento.

Como señala CAVERO GÓMEZ,<sup>2</sup> en el ámbito del Parlamento Europeo, dentro de ese “corpus” que se contiene en los dictámenes relativos a suplicatorios, se incluye sistemáticamente u párrafo titulado “Finalidad de la inmunidad” en la

cuantos documentos o elementos de juicio escritos estimare oportunos. Podrá estar representado por otro diputado.

4. El informe de la comisión contendrá una propuesta de decisión, que se limitará a recomendar la concesión o denegación del suplicatorio de suspensión de la inmunidad. No obstante, cuando el suplicatorio de suspensión de la inmunidad venga motivado por varios cargos, cada uno de éstos podrá ser objeto de una propuesta de decisión distinta.

Excepcionalmente, el informe de la comisión podrá proponer que se conceda la suspensión de la inmunidad únicamente a efectos del ejercicio de la acción penal, sin que pueda adoptarse contra el diputado, mientras no recaiga sentencia firme, medida alguna de detención, prisión o cualquier otra que le impida ejercer las funciones propias de su mandato.

Cuando la solicitud de suspensión de la inmunidad se hiciere en relación con la posibilidad de obligar al diputado a comparecer en calidad de testigo o perito privándole de su libertad, la comisión:

- se cerciorará, antes de proponer la suspensión de la inmunidad, de que el diputado no será obligado a comparecer en día u hora que impidan o dificulten la realización de su labor parlamentaria o de que podrá prestar la declaración por escrito o en otra forma que no dificulte el cumplimiento de sus obligaciones parlamentarias,
- recabará información sobre el objeto de la declaración, para evitar que el diputado sea obligado a declarar sobre informaciones obtenidas confidencialmente por razón de su cargo que no crea precedente revelar.

5. En ningún caso se pronunciará la comisión sobre la culpabilidad o no culpabilidad del diputado ni sobre la procedencia o improcedencia de perseguir penalmente las opiniones o actos que a aquél se atribuyan, ni siquiera en el supuesto de que el examen del suplicatorio proporcionase a la comisión un conocimiento profundo del asunto.

6. El informe de la comisión se incluirá de oficio como primer punto del orden del día de la sesión siguiente a su presentación. No se admitirá enmienda alguna a la propuesta o propuestas de decisión. El debate sólo versará sobre las razones a favor o en contra de cada una de las propuestas de suspensión o mantenimiento de la inmunidad.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 122, el diputado cuya inmunidad sea objeto de suplicatorio de suspensión no podrá intervenir en el debate.

Se procederá a la votación de la propuesta o propuestas de decisión que figuran en el informe durante el primer turno de votaciones que siga al debate.

Una vez examinado el asunto por el Parlamento, se procederá a una sola votación sobre cada una de las propuestas contenidas en el informe. Si se rechaza alguna de las propuestas, se tendrá por adoptada la decisión contraria.

que se establece lo siguiente: “la inmunidad parlamentaria no es un privilegio conferido a los miembros del Parlamento, sino una garantía de independencia del Parlamento y de sus miembros con respecto a otros poderes..., el aspecto que prima es la protección de la institución parlamentaria a través de la protección de sus miembros”<sup>129</sup>.

### 3. Naturaleza jurídica

Parece existir unanimidad en la doctrina a la hora de considerar la inmunidad relativa al procesamiento como un requisito o condición de procedibilidad, lo que lo distingue claramente de la inviolabilidad en el que pesa más su carácter material. En palabras de BARTHELEMY “la inviolabilidad”<sup>130</sup> concierne al procedimiento, la irresponsabilidad<sup>131</sup> concierne al fondo”<sup>132</sup>. PIZZORUSSO afirma que nos encontramos ante “una causa temporal de improcedibilidad de la acción penal, acción que queda diferida en su efectividad hasta el momento en que se conceda la autorización parlamentaria, o, en su defecto, hasta el término de la legislatura...”<sup>133</sup>. De puro obstáculo procesal la califica PERIS RIERA<sup>134</sup>, en tanto que la mayoría de la doctrina viene a definirla actualmente como una condición de procedibilidad y a definir a la autorización parlamentaria como una autorización para proceder o condición de procedibilidad<sup>135</sup>. Como afirma JIMÉNEZ DE ASUA,

14

94

7. El Presidente comunicará inmediatamente la decisión del Parlamento a la autoridad competente del Estado miembro interesado, solicitando, en caso de suspensión de la inmunidad parlamentaria, que se le informe sobre las resoluciones judiciales que se adopten como consecuencia de la suspensión.

En cuanto el Presidente reciba esa información, la comunicará al Parlamento en la forma que estime más oportuna.

8. Cuando un diputado sea detenido o procesado por flagrante delito, cualquier otro diputado podrá pedir la suspensión de las actuaciones incoadas o de la detención.

El Presidente cuidará de hacer uso de este derecho cuando la detención o el procesamiento tuvieren por objeto hacer comparecer al diputado como testigo o perito contra su voluntad sin que previamente se haya suspendido su inmunidad.

<sup>129</sup> CAVERO GÓMEZ, M., “La inmunidad de los diputados del Parlamento Europeo”. *Revista de las Cortes Generales*, núm. 20, 1990, p. 13.

<sup>130</sup> Entiéndase inmunidad.

<sup>131</sup> Entiéndase inviolabilidad.

<sup>132</sup> BARTHELEMY-DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1933, p. 570.

<sup>133</sup> PIZZORUSSO, A., *Lecciones de Derecho Constitucional*, CEC, 1982 2 V. V.I p. 279.

<sup>134</sup> PERIS RIERA, J.M., *Prerrogativas parlamentarias y Parlamentos autónomos*, AVJ y L, 1988, p. 48, pp. 56 y ss.

<sup>135</sup> SANTAOLLA, F., *Derecho parlamentario español*, Espasa, 1990, p. 121, FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *La inviolabilidad...*, op. cit., p. 109, FERNÁNDEZ SEGADO, F., “Las prerrogativas...”, op. cit., p. 25. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Inviolabilidad...”, op. cit., p. 67 y ss, GARCÍA, E., *Inmunidad parlamentaria...*, op. cit., p.76, MARTÍNEZ SOSPEDRA, M, *La inmunidad...*, op. cit. Algún sector minoritario ha defendido que nos encontramos ante condiciones objetivas de punibilidad. Dichas condiciones pueden ser definidas, siguiendo a COBO DEL ROSAL y VIVES

pertenece exclusivamente al Derecho procesal criminal, al no afectar a lo injusto ni a la punibilidad sino a la persecución por parte de la justicia<sup>136</sup>.

#### 4. Extensión

##### a. Ámbito temporal

De la lectura del artículo 71.2 de la Constitución española, así como los artículos 11 del Reglamento del Congreso y 22 del Reglamento del Senado se desprende con claridad que la inmunidad acompaña al Diputado o Senador durante todo su mandato. El artículo 752 LECrim introduce un elemento distorsionador pues permite procesar a un Diputado o Senador en un interregno parlamentario o procesar a un Diputado o Senador electo antes de reunirse las Cortes<sup>137</sup>. Ello no obstante, nadie discute en nuestra doctrina que la prerrogativa despliega sus efectos durante todo el mandato parlamentario, lo que no es óbice para que desde determinados sectores se haya criticado tal extensión señalando que más acorde con una interpretación estricta de la inmunidad sería, al igual que sucede en el ordenamiento francés, reducir el despliegue de efectos de la prerrogativa solamente a los periodos de sesiones en la medida en que si la misma tiene como finalidad no adular la voluntad de la cámara, lo lógico sería que desplegara sus efectos solo en los espacios temporales en que ello fuera posible, es decir, en los periodos de sesiones y no entre dichos periodos en los que la detención, en su caso, en nada influiría en dicha formación de la voluntad. Ello no obstante, como señala SANTAOLALLA, “la solución de la C.E. en este punto no es censurable, en cuanto guarda coherencia con el sistema de períodos ordinarios de sesiones establecidos en el artículo 73<sup>138</sup>. Estos son prolongadísimos, llegando a abarcar la mayor parte

ANTÓN, “hechos futuros e inciertos (condiciones) independientes de la voluntad del autor (objetivas) que determinan la punición o la mayor o menor punición de la conducta”. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal...*, op. cit., p. 430. Independientemente de que se considere que formen parte de la estructura dogmática del delito o no (estos autores se decantan por una postura negativa mientras que RODRÍGUEZ DEVESA, L., *Tratado de Derecho Penal*, Losada, Buenos Aires, 1977, pp. 316 y 335 se inclina por una postura afirmativa), indudablemente, y como afirma GÓMEZ BENÍTEZ, es muy forzado atribuir a la inmunidad esta naturaleza. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Inviolabilidad...”, op. cit., p. 71.

<sup>136</sup> JIMÉNEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho Penal*, Losada, Buenos Aires, 1977, p. 53.

<sup>137</sup> “sí un Senador o Diputado a Cortes fuese procesado durante un interregno parlamentario, deberá el Juez o Tribunal que conozca de la causa ponerlo inmediatamente en conocimiento del respectivo Cuerpo Colegislador. Lo mismo se observará cuando haya sido procesado un Senador o Diputado a Cortes electo antes de reunirse éstas, de cuya lectura podría desprenderse que la prerrogativa solo despliega sus funciones durante las sesiones parlamentarias”.

<sup>138</sup> ARTÍCULO 73. 1. Las Cámaras se reunirán anualmente en dos períodos ordinarios de sesiones: el primero, de septiembre a diciembre, y el segundo, de febrero a junio.

2. Las Cámaras podrán reunirse en sesiones extraordinarias a petición del Gobierno, de la Diputación Permanente o de la mayoría absoluta de los miembros de cualquiera de las Cáma-

del año natural, y, por consiguiente, de cada legislatura. Como quiera que, de esta forma, el Congreso y el Senado están reunidos casi continuamente, de nada serviría habilitar a los Tribunales para detener o procesar directamente a los Diputados fuera de los periodos de sesiones, si estas detenciones o procesamientos debieran convalidarse al poco tiempo por las Cámaras. Es, pues, una solución práctica la que parece haber motivado a nuestros constituyentes al regular este punto<sup>139</sup>, a lo que hay que unir el hecho, no habitual pero posible, de tener que reunirse las Cámaras en sesión extraordinaria en uno de estos intervalos. En definitiva, la cuestión es más teórica que práctica en la medida que en la realidad casi nada varía de adoptar un criterio u otro, más bien parece que el actual responde mejor a criterios de practicidad que el segundo.

Sentado que la prerrogativa acompaña al Diputado o Senador durante todo su mandato queda por fijar el día a partir del cual la prerrogativa empieza a desplegar sus efectos, y el día que la prerrogativa se extingue. En cuanto al *dies a quo* no hay discusión a la hora de admitir por tal el día en que el Diputado o Senador es proclamado como electo. Así se deduce del artículo 2, párrafo segundo de la Ley de 9 de febrero de 1912, sobre competencia para conocer de las causas contra Senadores y Diputados que obliga a los jueces a remitir al Tribunal Supremo los autos que estuviesen instruyéndose contra persona que, hallándose procesada, fuese elegida Senador o Diputado, inmediatamente que tuvieren noticia de su proclamación y en este sentido se manifiesta el artículo 20.2 del Reglamento del Congreso al afirmar que “los derechos y prerrogativas serán efectivos desde el momento en que el diputado sea proclamado electo”.

Por lo tanto, cuando alguien se encuentre procesado o detenido y es elegido o proclamado diputado o senador, está desde ese momento protegido por la garantía de la inmunidad y, por tanto, si está en prisión, debe ser inmediatamente excarcelado y el Tribunal Supremo debe solicitar de la Cámara correspondiente la oportuna autorización para continuar el proceso. Esto es lo que sucedió en el caso Ángel Alcalde, diputado electo de Herri Batasuna, que se encontraba en prisión preventiva como presunto autor de un delito de colaboración con bandas armadas cuando en las elecciones generales de 29 de octubre de 1989 sustituyó al también electo Josu Muguruza, asesinado el 20 de noviembre de 1989. La Audiencia Nacional, que era el tribunal competente para juzgar a Alcalde, al conocer su situación de diputado electo se inhibió del asunto y lo elevó a la Sala 2ª de lo Penal del Tribunal Supremo que resolvió el 1 de diciembre de 1989 la puesta en libertad de Alcalde al estimar que le alcanzaba la garantía de inmunidad desde el momento de su proclamación como diputado y no era presunto autor de un delito flagrante, siendo en consecuencia inmediatamente excarcelado. De todo ello

ras. Las sesiones extraordinarias deberán convocarse sobre un orden del día determinado y serán clausuradas una vez que este haya sido agotado.

<sup>139</sup> SANTAOLALLA, F., *Derecho Parlamentario español*, Espasa, 1990, p. 126.

derivó que si bien el Tribunal Supremo pidió el oportuno suplicatorio y el Pleno de la Cámara lo concedió el 12 de diciembre de 1989 y al día siguiente el Tribunal acordó el ingreso en prisión de Alcalde, éste se había dado a la fuga. Este caso es un ejemplo de un hecho que hemos venido advirtiendo: Quienes sacan verdadero provecho de las prerrogativas son los que justamente atacan las bases del Estado de Derecho: defensores del terrorismo, del racismo, del integrismo, etc.<sup>140</sup>

<sup>140</sup> LÓPEZ AGUILAR expone dos interpretaciones de la normativa vigente que, en su opinión, hubiesen permitido mantener la situación de prisión preventiva y que a continuación sintetizamos. La primera de ellas, a la que denomina interpretación restrictiva, parte de la relativa indefinición del ámbito temporal de proyección de la inmunidad que cobra especial relevancia a partir de la obtención del Acta de diputado por quien, con anterioridad a su proclamación, ha resultado inculcado, procesado e, incluso, decretado en situación de prisión preventiva con motivo de la comisión de un delito. En el párrafo 2º del artículo 2 de la Ley de 1912 se prevé especialmente que el Juez de Instrucción, “remitirá –Al Tribunal Supremo– los autos que estuviesen instruyéndose con la persona que, hallándose procesada, fuese elegida Senador o Diputado, inmediatamente que tuviera noticia de su proclamación. El artículo 753 LEcrim, por su parte, señala que “en todo caso, se suspenderán los procedimientos desde el día que se dé conocimiento a las Cortes estando o no abiertas, permaneciendo las cosas en el estado que entonces se hallen hasta que el cuerpo colegislador respectivo resuelva lo que tenga por conveniente” por lo que el Juez instructor debe limitarse a remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, manteniéndose en su integridad la actuación procesal correspondiente hasta tanto las cámaras resuelvan sobre la prosecución o no del procesamiento. Es decir, mantener la prisión provisional mientras no se resuelva lo anterior.

La segunda interpretación, a la que el autor denomina integradora, parte de la interpretación conjunta del artículo 21.2. del Reglamento del Congreso y el artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El artículo 21.2. del RC prevé el Diputado quedará suspendido en sus derechos y deberes parlamentarios cuando “concedida por la Cámara la autorización objeto de un suplicatorio y firme el Auto de procesamiento, se hallare en situación de prisión preventiva y mientras dure ésta.”. Nada se menciona ni en el reglamento ni en ningún otro lugar, sobre el supuesto en que el procesamiento estuviera ya en curso y la prisión preventiva hubiera sido ya acordada cuando el procesado y preso preventivo acceda a la condición de Diputado. Parece razonable entender que si el auto de procesamiento y la situación de prisión preventiva son aplicables a quien ya es Diputado, con idéntica razón pueda mantenerse esta postura para quien no ha alcanzado la condición de Diputado. Es más, en tales casos, la interpretación lógica de las previsiones legales conduciría derechamente a sostener que el proclamado electo que estuviera procesado y en prisión preventiva debería quedar, en principio suspendido en sus derechos y deberes parlamentarios mientras durase la situación de prisión preventiva. A mayor abundamiento, la previsión del artículo 21.2 supone también, razonablemente, la suspensión de las prerrogativas parlamentarias en general y, más en particular de la inmunidad. Por lo demás, el artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prescribe que “Firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo, mientras dure la situación de prisión”. Parece claro que la norma podría entenderse aplicable, con mayor razón, para los casos en los que aún no se ha alcanzado el ejercicio pleno y efectivo de la función o cargo público. LÓPEZ AGUILAR, J.F., “a vueltas con un problema de inmunidad parlamentaria: qué hacer con el parlamentario electo en prisión provisional”, Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, nº 8, 1996, pp.110 y ss.. (Se han mantenido las cursivas del original. N. del A.)

En cuanto al día *a quem*, o día que se extingue la prerrogativa, la cuestión es más sencilla. El diputado o senador deja de estar amparado por la prerrogativa en el mismo instante que pierde ésta condición. De acuerdo con el artículo 22 RC, el Diputado perderá su condición de tal por las siguientes causas: 1. Por decisión judicial firme que anule la elección o la proclamación del Diputado. 2. Por fallecimiento o incapacitación del Diputado, declarada ésta por decisión judicial firme. 3. Por extinción del mandato, al expirar su plazo o al disolverse la Cámara, sin perjuicio de la prórroga en sus funciones de los miembros, titulares y suplentes de la Diputación Permanente, hasta la constitución de la nueva cámara. Por renuncia del Diputado, ante la Mesa del Congreso. Son causa de la pérdida de la condición de Senador, de acuerdo con el artículo 18 RS: a. La anulación de la elección o de la proclamación de Senador mediante sentencia judicial firme. b. La condena a pena de inhabilitación absoluta o especial para cargo público dispuesta por sentencia firme. c. por fallecimiento. e. La extinción del mandato, al concluir la legislatura o ser disuelta la Cámara, sin perjuicio de lo dispuesto para los miembros de la Diputación Permanente en el artículo 45.3. f. En el caso de Senadores designados, cuando así proceda y se comunique por las Asambleas legislativas u órganos colegiados superiores de las Comunidades autónomas<sup>141</sup>. g. Por renuncia efectuada ante la Mesa de la Cámara.

Realizar aquí dos apuntes. El primero en cuanto a la extinción de la prerrogativa por extinción del mandato. Como en la práctica todas las Cámaras han sido objeto de disolución anticipada parece claro que la protección cesa con la entrada en vigor del decreto de disolución y convocatoria de nuevas elecciones. Sin embargo la resurrección de las Diputaciones Permanentes que la Constitución opera hace que el problema sea más complejo. Si la regla anterior es desde luego aplicable a los parlamentarios nacionales ordinarios, no puede serlo para los miembros de las Diputaciones Permanentes, ya que respecto de estos el art.78.3 CE opera una prórroga del mandato en los supuestos de fin de la Legislatura<sup>142</sup>. No obstante aquí planea un problema, puesto de relieve por MANUEL ABELLÁN<sup>143</sup>, mientras que el artículo 56 RC se limita a señalar la existencia de titulares y suplentes de la Dipu-

En este sentido por ejemplo el artículo 13 de la Ley 3/1988, de 23 de mayo, de procedimiento para la designación de senadores en representación de la Comunidad Valenciana: “Los senadores en representación de la Comunidad Valenciana, cesan en el cargo: a) En los supuestos previstos en la legislación general electoral. b) por la pérdida de las condiciones específicas de elegibilidad establecidas en la presente Ley. c) Como consecuencia de incompatibilidad apreciada y no subsanada, de las previstas específicamente por la Ley de la Generalitat Valenciana.

<sup>141</sup> En este sentido por ejemplo el artículo 13 de la Ley 3/1988, de 23 de mayo, de procedimiento para la designación de senadores en representación de la Comunidad Valenciana: “Los senadores en representación de la Comunidad Valenciana, cesan en el cargo: a) En los supuestos previstos en la legislación general electoral. b) por la pérdida de las condiciones específicas de elegibilidad establecidas en la presente Ley. c) Como consecuencia de incompatibilidad apreciada y no subsanada, de las previstas específicamente por la Ley de la Generalitat Valenciana.

<sup>142</sup> Esa es la opinión de PUNSET BLANCO, R., “Sobre la extensión del ámbito personal de las prerrogativas parlamentarias”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 3. Madrid, 1981, p. 94.

<sup>143</sup> MANUEL ABELLÁN A., *El estatuto...*, op. cit., p. 91.

tación Permanente, pero guarda silencio acerca de su estatuto, los artículos 45.3 y 46.3. RS establecen taxativamente que los titulares mantienen las prerrogativas de senador –entre ellas la inmunidad– y que los suplentes las ostentan cuando a consecuencia de vacante en la Diputación se produzca la sustitución. Solución que, en opinión de MARTÍNEZ SOSPEDRA, parece plenamente adecuada<sup>144</sup>.

El segundo apunte es con relación a los Senadores designados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Señala, por ejemplo, el artículo 12 de la Ley 3/1988, de 23 de mayo, de procedimiento para la designación de senadores en representación de la Comunidad Valenciana que “el mandato de los senadores designados con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley lo será hasta la finalización de la legislatura de las Cortes Valenciana en la cual fueron designados. No obstante, los Senadores en ejercicio continuaran, provisionalmente, en sus funciones hasta la toma de posesión de quienes hubieren de sustituirles, excepto en el supuesto de coincidencia de las elecciones al Senado y a las Cortes Valencianas. Si concluyera la legislatura del Senado antes que la legislatura de las Cortes Valencianas que designó a los Senadores, éstos se entenderán confirmados en el cargo por el tiempo que reste de esta última legislatura”.

De la Ley valenciana cabe deducir que el mandato de los senadores designados por las Cortes Valencianas se pone en relación no con la duración de la legislatura del Senado sino con la de las propias Cortes Valencianas, de tal suerte que extinguida dicha legislatura se extingue su mandato si bien continúan en funciones hasta que los nuevos senadores tomen posesión. Por lo tanto, la cuestión irresuelta es ¿qué sucede con los senadores designados por las Comunidades Autónomas en aquellos casos en que no existe coincidencia entre la legislatura de las Cortes Generales y la legislatura del Parlamento autonómico? ¿Qué cabe entender, en el caso valenciano, por la expresión “serán confirmados”? La Ley valenciana no habla de que los senadores serán de nuevo designados sino simplemente confirmados en el cargo. Confirmar es revalidar lo ya aprobado<sup>145</sup>, no aprobarlo de nuevo. Si se trata de ratificar o revalidar a una persona en un cargo se entiende que en ningún momento ha dejado de ocuparlo. Pero en este caso, esta conclusión entra en directa contradicción con lo señalado en el artículo 69.6 CE que afirma que el mandato de los Senadores termina cuatro años después de su elección o *el día de la disolución de la Cámara*. La conclusión lógica es que disuelta la Cámara se extingue el mandato de los senadores<sup>146</sup>. Pero esta consecuencia, como sabemos, tiene una

<sup>144</sup> MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *La inmunidad...*, op. cit., p. 127.

<sup>145</sup> De acuerdo con la segunda acepción del Diccionario de la Real Academia Española.

<sup>146</sup> No siempre ha sido así. Si acudimos a los precedentes podemos ver casos en que la Cámara no se disolvía completamente. Así, el artículo 20.3 de la Constitución de 1876 en relación con el artículo 11 de la Ley sobre elección de senadores de 1877. Este segundo precepto hace referencia a “cuando el Rey disuelva la parte del Senado a que se refiere esta ley, que son los senadores a que se refiere el artículo 20.3 de la Constitución de 1876 (“El Senado se compone: 3. De senadores elegidos por las corporaciones del Estado y mayores contribuyentes en la forma que determina la ley”).

excepción: los miembros de la Diputación Permanente. ¿Puede existir una segunda excepción con relación a los senadores designados? El artículo 18 del Reglamento del Senado, al hablar de las causas de pérdida de la condición de Senador, es un tanto confuso pues si, por una parte, y de acuerdo con el punto e, es causa de tal la extinción del mandato al concluir la legislatura o ser disuelta la Cámara, el punto f, de forma lacónica, indica en relación con los senadores designados “cuando así *proceda*”, aunque a lo que parece referirse este punto es a la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan establecer otras causas de pérdida de la condición para este tipo de senadores. Más clara es la dicción del artículo 6 de la Ley del País Vasco 4/1981, de 18 de marzo al señalar que si concluye la legislatura del Senado por cualquier causa, “los nuevos Senadores a designar por el Parlamento Vasco deberán ser los mismos que hubiesen sido elegidos por éste, y continuarán en su mandato hasta finalizar la legislatura del Parlamento Vasco”<sup>147</sup>. En este caso se habla de “nuevos senadores”. Si tenemos presente cual es la función que desempeña la inmunidad parlamentaria, nos decantamos por la opinión de que durante el interregno que va desde la disolución hasta la constitución del nuevo Senado, los senadores de designación autonómica no pueden gozar de las prerrogativas parlamentarias pues en nada afectaría a ninguno de los objetos que la doctrina ha considerado que protege la prerrogativa (la composición política y el pacífico funcionamiento de la Cámara, la autonomía e independencia de ésta o la posición institucional del Parlamento) que uno de estos senadores fuera detenido fuera del caso de flagrante delito o procesado, amén que en este segundo caso sería necesario detener el procedimiento hasta que se constituyera la Cámara para elevar el oportuno suplicatorio, lo que casa mal con el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>148</sup>.

Para la Constitución (artículo 69.6) y el Reglamento del Senado (artículo 18.e) la disolución de la Cámara conlleva la extinción del mandato de los senadores sin distinción. Sin embargo, los senadores designados, de acuerdo con lo aquí visto, unen su suerte a la legislatura autonómica. SANTAOLALLA mantiene que en este interregno el senador deja de tener esta condición<sup>149</sup>. Esta parece ser la postura del Senado que sistemáticamente durante este periodo de tiempo, por ejemplo, no paga a los senadores designados la correspondiente asignación a la que hace referencia el artículo 23.1 RS<sup>150</sup> y está parece ser también la postura del Tribunal Constitucional que con relación al artículo 6 de la citada ley vasca señala:

<sup>147</sup> Declarado constitucional en la STC 40/1981, de 18 de diciembre.

<sup>148</sup> Opinión contraria mantiene MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *Privilegio discutido*..., op. cit., p. 422.

<sup>149</sup> SANTAOLALLA, F., *Derecho parlamentario español*, op. cit., p. 91 en nota número 4. En el mismo sentido RECORDER DE CASSO, E., “Comentario al artículo 69” en *Comentarios a la Constitución española*. GARRIDO FALLA, F., Ceuta, 1980, y GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “Consideraciones sobre la duración del mandato de los senadores designados por las Comunidades Autónomas”, *Revista de las Cortes Generales*, n.º 47, 1999, pp. 47 y ss.

<sup>150</sup> “Los Senadores tendrán derecho... a la asignación, dietas e indemnizaciones por gastos necesarios para el desempeño de sus función...”.

“El inciso final de este art. 6 no significa que los Senadores del País Vasco no cesan por la finalización del Senado, sino que, acabado el mandato del Senado antes de acabar el del Parlamento Vasco, se compromete éste a seguir representado por los Senadores anteriormente designados. Este Tribunal no ve razón alguna para considerar que este párrafo es contrario a la Constitución.” (FJ 3)

Y en este sentido la Presidencia del Senado desestimó el 23 de octubre de 1989 la solicitud de los senadores designados por las Cortes Valencianas el reconocimiento de su condición de senadores y, por lo tanto, de la efectividad de las prerrogativas, al entender que el artículo 69.6 CE afecta a todos los senadores por igual. Así se dice en dicha resolución que “esta causa de cese es aplicable incluso a aquellos senadores cuya designación por la Asamblea respectiva se vincula a la duración del mandando de la misma”.

La cuestión sería entonces, en qué momento vuelven a recuperar su condición de senador y, por lo tanto, las prerrogativas los senadores designados. Siendo consecuente con el artículo 12 de la Ley valenciana o con el artículo 6 de la ley vasca, dicha recuperación es automática y no exige un acto expreso en este sentido. De hecho, en estos casos las Cortes Valencianas no expiden de nuevo las correspondientes credenciales a las que hace referencia el artículo 11<sup>151</sup> de la Ley sino que se limitan a comunicar al Senado la confirmación de los senadores. Si embargo, ni el envío ni la recepción de la comunicación parece que puedan ser el elemento a tener en cuenta la hora de fijar el momento exacto de dicha recuperación por lo que ésta, al no tener que pasar por el trámite de la proclamación, ha de producirse automáticamente en el mismo momento de iniciarse la nueva legislatura.

Consecuente con esto nos encontraríamos con unos senadores, los designados, que gozarían de las prerrogativas desde el mismo día de los comicios y el resto que tendría que esperar a ser proclamados electos.

Todo lo anterior nos reafirma en la convicción de la necesidad de acometer una reforma de la legislación vigente que clarifique y haga desaparecer las muchas incongruencias y lagunas existentes de la que ésta es sólo una muestra.

Por último, poner de relieve la existencia de una importante laguna en el régimen que regula la inmunidad, puesto de relieve por algunos autores<sup>152</sup>: no se detalla el régimen de la protección frente a la detención durante la vigencia de los estados excepcionales que regulan el art.116 CE y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los Estados de alarma, excepción y sitio, ya que el artículo 55.1. CE

<sup>151</sup> “Efectuada la proclamación, el presidente de las Cortes Valencianas informará de manera inmediata al presidente del Senado de la designación de Senadores, así como expedirá las correspondientes credenciales para su acreditación ante aquella Cámara”.

<sup>152</sup> GRANADOS CALERO, F., “Diputados y senadores: su igualdad ante la ley”, *Revista de las Cortes Generales*, n.º 17, 1989, pp.50-52, MANUEL ABELLÁN, A., *El Estatuto...*, op. cit., pp. 133-134, MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *La Inmunidad...*, op. cit.

contempla entre los derechos suspendibles las garantías de la libertad personal del artículo 17 CE y cuenta con régimen específico en el artículo 16 de la Ley de Estados Excepcionales. Una interpretación finalista de la institución nos hace decantar sin lugar a dudas por la opinión de que en esos periodos la institución ha de estar plenamente vigente. Es más, alineándonos como lo hacemos con la mayoría de autores que critican esta institución, justamente es en estas situaciones donde la inmunidad puede cobrar verdadero sentido. Como advierte MARTÍNEZ SOSPEDRA “no me parece exagerado sostener que tiene aún mas sentido en tales períodos, en los que el reforzamiento de los poderes del Ejecutivo es más intenso, y más débil la protección de los derechos fundamentales, basta para ello considerar que en nuestro ordenamiento la vigencia de los estados excepcionales que comportan suspensión de garantías exige siempre intervención parlamentaria, bien en forma de autorización, bien en forma de declaración del estado excepcional mismo, que la Constitución mantiene expresamente el principio de responsabilidad del Gobierno y sus agentes bajo tales estados y que las Cámaras se reúnen de pleno derecho –y son indisolubles– durante tales períodos agregando la Constitución que Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados”<sup>153</sup>. No estamos en desacuerdo con el citado autor. Podría defenderse su pervivencia en estos casos en los que justamente la libre formación de la voluntad parlamentaria ha de ser garantizada a toda costa. No es una paradoja pensar que la pervivencia de la inmunidad, que es una excepción al derecho, cobra sentido en relación con los estados excepcionales. Tan es así que incluso podría defenderse que en estas circunstancias debería aplazarse la cuestión de la concesión o denegación del suplicatorio o, en todo caso, de haberse procedido tras su procesamiento a su ingreso en prisión fuera conducido a la Cámara de la que forma parte, pues no olvidemos que sigue manteniendo la condición de representante popular<sup>154</sup>.

#### b. **Ámbito material**

La doctrina y el propio Tribunal Constitucional destacan que la inmunidad, a diferencia de la inviolabilidad, despliega sus efectos sólo en el ámbito penal. Ello no obstante, dicha afirmación merece ser analizada o matizada habida cuenta de que la inmunidad tiene un contenido complejo pues protege la libertad personal de los representantes populares por una parte, proscribiendo la detención fuera del caso de flagrante delito, y por otro, exige la previa autorización de la Cámara para inculparlos o procesarlos. De esta manera, cabe preguntarse, en primer lugar, si la inmunidad despliega sus efectos respecto a toda medida que, independientemente del orden jurisdiccional afecte a la libertad personal del parlamentario: detención, conducción a efectos de identificación, internamiento en establecimien-

<sup>153</sup> MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *Ibidem*, pp. 140-141.

<sup>154</sup> Piénsese en el papel trascendente que en estos casos juega especialmente el Congreso (artículo 116 CE).

tos psiquiátricos, etc., o sólo despliega sus efectos con ocasión de la detención *strictu sensu*, es decir, la que se produce en el ámbito penal. En segundo lugar, la inmunidad despliega sus efectos con relación a los procesos penales en la medida en que será necesaria la previa autorización de la Cámara para inculpar, procesar, y tras la reforma de la LECrim, imputar la comisión de una acción tipificada en las leyes penales. Las dudas que se plantean son, por una parte, si hace falta la previa autorización cuando se trata de faltas o delitos que no llevan a aparejadas la pena de privación de libertad y, por otra, si es necesaria dicha autorización respecto a aquellos procesos fuera del ámbito penal que pudieran conllevar a una restricción de la libertad a pesar que el Tribunal Constitucional en la STC 9/1990, de 18 de enero habla de lo inapropiado de extender la inmunidad “a procesos que no sean penales”.

### **b.1. La detención**

Abordemos, en primer lugar, la imposibilidad de detención (el Reglamento del Senado en su artículo 22, habla también de retención) fuera de los casos de flagrante delito.

Por detención cabe entender, de acuerdo con el Tribunal Constitucional “cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita”<sup>155</sup>. Por su parte, GARCÍA MORILLO la define como “el derecho, constitucionalmente consagrado, de disponer de la propia persona y de determinar la propia voluntad y actuar de acuerdo con ella, sin que nadie pueda impedirlo siempre que no exista una prohibición constitucionalmente legítima”<sup>156</sup>. Afirma el Alto Tribunal en su sentencia 98/1986, de 10 de julio que “no puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad”<sup>157</sup>. Ello no obstante, como matiza el anterior autor, “en puridad es cierto: lo que existen son situaciones *distintas* a una y otra”<sup>158</sup>. Efectivamente, existen formas de privación distintas de la detención. Distingue GARCÍA MORILLO entre tres conceptos de detención. “En primer lugar, un concepto lato: detención sería cualquier forma de obstaculizar la libertad de la persona”. Un segundo concepto de detención también amplio, pero menos que el anterior, entendería por tal toda “privación” –entendida como encierro, e decir con una duración mínima– de libertad de una persona; así entendida sería “detención”, por ejemplo, un encierro

<sup>155</sup> STC 98/1986, de 10 de julio, FJ 4.

<sup>156</sup> GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal*, Tirant lo Blanch, 1995, p. 43.

<sup>157</sup> FJ 4.

<sup>158</sup> GARCÍA MORILLO, J., *Ibidem*, p. 96. Como acertadamente señala este autor, “obvio es que es difícil sostener simultáneamente, que no hay situaciones intermedias entre libertad y detención (Caso *Hernández-Rodero*) y que la conducción a dependencias policiales para verificar un control del alcoholemia o las paradas, cacheos y registros son un “sometimiento no ilegítimo a normas de policía” (Casos, respectivamente, *Control de Alcobolemia Marqués, de Vera e Iturralde*), p. 97.

en un centro psiquiátrico. Por último, un tercer concepto, más técnico y estricto, de detención equipara ésta a la detención policial, por decisión autónoma o por orden judicial, preordenada a la imputación de un delito en un proceso penal: lo que en otros idiomas se denomina “arresto”, expresión también utilizada en nuestro lenguaje común<sup>159</sup>. La cuestión es a cual de los tres conceptos hace referencia el artículo 71 CE. Ello reviste especial importancia pues si nos decantáramos por el tercer concepto, ello supondría que no estarían amparadas por la inmunidad otras, por utilizar las palabras del Tribunal Constitucional, “modalidades de privación de la libertad”<sup>160</sup>.

Advierte FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR que la prohibición que establece el artículo 71 CE se extiende a cualquier tipo de limitación de la libertad personal que impide la asistencia al Parlamento, tal como el confinamiento, el arresto domiciliario e incluso el internamiento en manicomios<sup>161</sup>. En el mismo sentido advierte GARCÍA MORILLO que “cuando se refiere a la detención la Constitución es terminante: no cabe salvo en el caso de flagrante delito. No hay pues aquí matiz alguno posible por lo que la prohibición afecta a cualquier tipo de privación de libertad, cualquiera que sea la causa”<sup>162</sup>. Merece la pena prestar una especial atención a la controvertida figura de la retención, como advierte ÁLVAREZ CONDE, la problemática del derecho a la libertad y a la seguridad adquirió una nueva dimensión con la aprobación de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, cuyo artículo 20 permite a los Agentes de las Fuerzas de Seguridad y Cuerpos de Seguridad la identificación de las personas en la vía pública, permitiéndose en su apartado segundo, requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias policiales a estos efectos<sup>163</sup>, ello plantea la cuestión de si “constituía o no una limitación adecuada del derecho a la libertad constitucionalizado en el artículo 17, es decir, se trata de analizar si la identificación forzosa en las dependencias policiales supone una auténtica detención, por suponer privación de libertad, o por el contrario, nos encontramos ante una situación intermedia conocida como retención”<sup>164</sup>. El Tribunal Constitucional en su sentencia 341/1993, de 18 de diciembre se decantó por la constitucionalidad del precepto afirmando que si bien es una modalidad de privación de libertad la misma no resultaba desproporcionada<sup>165</sup>. Habiéndose admitido, por lo tanto, que

<sup>159</sup> GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad...*, op. cit., pp. 76 y 77.

<sup>160</sup> STC 341/1993, de 18 de noviembre

<sup>161</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, “la inmunidad...”, op. cit., pp. 220 y 221.

<sup>162</sup> GARCÍA MORILLO, J., “Contenido, finalidad constitucional. Centro de Estudios constitucionales, 1993, op. cit., p. 81.

<sup>163</sup> Tal como se desprende del artículo 21 de la Ley será legítima dicha actuación “siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuese necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad”.

<sup>164</sup> ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho constitucional*, op. cit. p. 351.

<sup>165</sup> Al respecto señala ÁLVAREZ CONDE, que realmente, es difícil compartir esta argumentación del Tribunal Constitucional que, de esta manera “lo que hace es una nueva reconstrucción del

la retención es una modalidad de privación de libertad cabe preguntarse por la posibilidad de que un parlamentario sea retenido. Obviamente, si no puede o no quiere identificarse es lógico que sea conducido a dependencias policiales con el fin de ser identificado pues se desconoce su condición de parlamentario<sup>166</sup>. Desde el momento en que el parlamentario quiera o pueda identificarse no podrá ser llevado a dependencias policiales, salvo, claro está, en caso de delito flagrante, pero no tanto porque goce de la condición de parlamentario como porque ha perdido sentido la retención en cuanto que la persona se ha identificado. Lo que parece claro es que existen otras modalidades de restricciones de libertad<sup>167</sup>. Como advierte GARCÍA MORILLO, “ciertamente, no existen “espacios intermedios” entre libertad y detención si se entiende como detención, tautológicamente, cualquier situación en la que no se goza plenamente de libertad. Pero sí existen, al margen de la detención y además de ellas, otros supuestos de privación o restricción de libertad constitucionalmente admisibles, siempre que se cumplan los requisitos constitucionalmente exigidos”<sup>168</sup>. Así por ejemplo, una restricción de libertad llevada a cabo con el objeto de evitar un daño grave, inmediato e irreparable tal como la Ley Orgánica 2/1982 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad señala como principio básico de la actuación de sus miembros<sup>169</sup>. Imaginemos la situación de un diputado o senador con las facultades mentales gravemente alteradas, o bajo los efectos del alcohol o de sustancias psicotrópicas que pudiera suponer un peligro grave para el mismo y para terceras personas y su necesario internamiento urgente en un centro psiquiátrico o de deshabitación. En cambio, no hubiese sido posible el arresto por quiebra del parlamentario que prescribían los artículos 1333, 1335 y 1340 de la antigua LEC y el artículos 1044, regla 2ª Código de Comercio de 1829, declarados constitucionales por STC 178/1985, de 19 de diciembre.

En definitiva, por una parte, el término detención que emplea el artículo 71 CE no puede identificarse con el concepto penal estricto, y, por otra, no puede

artículo 17.1 CE, excediéndose en su función interpretadora y creando una nueva norma, lo que va mucho más allá de sus competencias” (p. 352).

<sup>166</sup> Otra cosa sería que no pudiéndose identificar fuera notoria su condición de parlamentario. Entendemos que en este caso tampoco podría ser llevado a dichas dependencias.

<sup>167</sup> Advertir que el Tribunal Constitucional deja la puerta abierta en su 22/1988, de 18 de junio, a que la práctica de determinadas diligencias policiales pudiera ser causa de una retención al advertir que “no es posible equiparar la privación de libertad a que se refiere el art. 17 CE en sus diversos apartados, con la presencia física de una persona en las dependencias policiales para la práctica de unas diligencias –en este caso la prueba de alcoholemia–, por el tiempo estrictamente necesario para llevarla a efecto” ( FJ 1). En el mismo sentido vide STC 107/1985, de 7 de octubre. Acertadamente critica este planteamiento GARCÍA MORILLO para quien “cabe, pues, preguntarse a que puede equipararse una privación de libertad si acudir obligatoriamente a las dependencias policiales no lo es: estamos aquí, aunque el TC se abstiene en negar lo evidente, en un caso típico de privación de libertad, aún cuando sea de “menor grado o intensidad”. GARCÍA MORILLO, J., *La libertad...*, op. cit., p. 212.

<sup>168</sup> GARCÍA MORILLO, J., *Ibidem*, op. cit. p. 76.

<sup>169</sup> Vide artículo 5.2. b)

afirmarse de forma absoluta que no cabe otra posibilidad de limitación de la libertad personal de un representante popular que la detención en caso de flagrante delito. Si eso es así, se hace necesario una reforma de los reglamentos de las Cámaras que clarifique la situación, pues hoy por hoy, y como señala MARTÍNEZ SOSPEDRA, “el art.71.1 CE no obliga a la autoridad gubernativa o judicial a obtener la autorización de la Cámara para poder detener a un parlamentario. Sencillamente prohíbe cualquier detención (...). No hay espacio alguno en el art.71.1. CE para ninguna clase de autorización parlamentaria, cosa que recogen perfectamente por lo demás el art.11 RCD y el art.22.1 RS”<sup>170</sup>.

En cuanto a la detención en caso de flagrante delito se plantea una seria duda que es qué hacer con el parlamentario detenido *in fraganti*. De acuerdo con el artículo 17.2., “La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”, por su parte, el artículo 751 LECrim prescribe que la detención del Diputado o Senador cogido *in fraganti* deberá ser comunicada a la Cámara respectiva en el plazo de 24 horas. Pasado el plazo de 72 horas de una detención o es puesto en libertad o a disposición judicial. La primera cuestión es si el juez puede elevar la detención a prisión provisional. GÓMEZ BENÍTEZ afirma que “no es pensable que el juez no pueda convertir en prisión la detención del parlamentario sorprendido *in fraganti*, ni procesar, por tanto, porque esto equivaldría a forzar la puesta en libertad del detenido *in fraganti*. En cuanto a la posibilidad de procesar sin autorización, a pesar de las contradicciones existentes entre las diferentes normas, como analizamos a continuación, de la Constitución y de los Reglamentos del Congreso y del Senado no se desprende dicha posibilidad. Es decir, que incluso en el caso de detención *in fraganti* será necesario pedir la oportuna autorización para procesar al parlamentario en cuestión.

Por lo que respecta a la posibilidad de elevar la detención a prisión provisional sin la previa concesión del suplicatorio, nos inclinamos por una respuesta afirmativa. En el caso Ángel Alcalde, tal como hemos advertido antes, el Tribunal Supremo decidió la puesta en libertad del diputado electo al estimar que le alcanzaba la garantía de inmunidad desde el momento de su proclamación como diputado y en la medida en que no era presunto autor de un delito flagrante. A *sensu contrario* podría pensarse que si hubiese sido cogido *in fraganti* hubiere continuado en prisión. El segundo párrafo del artículo 309 LECrim, referido a las personas aforadas, parece avalar esta tesis al advertir que “si el delito fuere de los que dan motivo a la prisión preventiva, con arreglo a lo dispuesto en esta ley, y el presunto culpable hubiese sido sorprendido “*in fraganti*”, podrá ser, desde luego, *detenido y preso*, si fuere necesario”.

<sup>170</sup> MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *La inmunidad...*, op. cit., p. 140.

De mantenerse la figura de la inmunidad, se hace del todo necesaria una reforma de la legislación vigente que aborde toda la problemática que envuelve a la detención y a la prisión provisional del diputado o senador. En este sentido, por ejemplo, debe arbitrarse los mecanismos adecuados para que el diputado o senador detenido en flagrante delito sea puesto a disposición judicial de forma automática. Como sabemos, el artículo 17 CE advierte que la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo de 72 horas, plazo al que también hace referencia el artículo 520.1 LECrim. El vigente artículo 751 LECrim sólo prevé la comunicación de la detención a la Cámara correspondiente en el plazo de 24 horas. También debería regularse la cuestión de la incomunicación, que, de acuerdo con el artículo 506 LECrim ha de durar el tiempo absolutamente preciso para evacuar las citas hechas en las indagaciones relativas al delito que haya dado lugar al procedimiento pero que puede prolongarse hasta cinco días, periodo de tiempo, aplicado a un representante popular se nos antoja muy largo.

En cuanto a la definición de flagrante delito, señalar que, desaparecida la definición legal que se contenía en el antiguo artículo 779.1 LECrim<sup>171</sup>, se hace necesario acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. De acuerdo con la STS de 29 de marzo de 1990, la palabra flagrante viene del latín *flagrans-flagrantis*, participio de presente del verbo *flagare*, que significa arder o quemar y se refiere a aquello que está ardiendo o resplandeciendo como fuego o llama y en este sentido ha pasado a nuestros días, de modo que por delito flagrante en el concepto usual hay que entender aquél que se está cometiendo de la manera singularmente ostentosa o escandalosa, que hace necesaria la urgente intervención de alguien que termine con esa situación anómala y grave, a fin de que cese el delito porque está produciendo un daño que debe impedirse inmediatamente o porque es posible conseguir que el mal se corte y no vaya en aumento y, además, hay una razón de urgencia también para capturar al delincuente<sup>172</sup>. El concepto de delito flagrante, a los efectos del art. 18.2 de la CE, queda delimitado por los tres requisitos siguientes:

1) Inmediatez temporal, es decir, que se está cometiendo un delito o que haya sido cometido instantes antes.

<sup>171</sup> “se considera delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere cogido en el momento de estar cometiendo un delito, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometido, si la persecución durare o no se suspendiese mientras el delincuente no se ponga fuera del alcance de los que le persigan (...). También se considerará delincuente *in fraganti* aquel a quien se sorprendiese inmediatamente después de cometido el delito con efectos o instrumentos que infundan la sospecha vehemente de su participación en él”.

<sup>172</sup> FJ 5.

2) Inmediatez personal, consistente en que el delincuente se encuentre allí en ese momento en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito que ello ofrezca una prueba de su participación en el hecho.

3) Necesidad urgente, de tal modo que la Policía, por las circunstancias concurrentes en el caso concreto, se vea impelida a intervenir inmediatamente con el doble fin de poner término a la situación existente impidiendo en todo lo posible la propagación del mal que la infracción penal acarrea y de conseguir la detención del autor de los hechos, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la autoridad judicial para obtener el mandamiento correspondiente<sup>173</sup>.

### *b.2. La inculpación o procesamiento*

Analizado la cuestión de la detención del parlamentario, pasemos a examinar el supuesto de su inculpación o procesamiento. De acuerdo con la Constitución y los Reglamentos del Congreso y del Senado, será necesario obtener el oportuno suplicatorio para procesar o inculpar a un parlamentario. Señala GARCÍA MORILLO que caben dos interpretaciones al respecto. Una primera supondría que con las expresiones “inculpado” o “procesado” se aludiría en el fondo a una misma categoría o situación procesal, susceptible de ser plasmada legislativamente en muy distintas formas. “La Constitución, al emplear ambos términos, no pretendería entonces más que explicitar el deseo de proteger al parlamentario frente a la formalización de la persecución penal, cualquiera que fuese el nombre –procesamiento, apertura de juicio oral u otros– que el legislador diera a ese momento procesal o la forma que éste cobrase”<sup>174</sup>. Una segunda interpretación pasaría por considerar que los términos no son redundantes sino que se está haciendo referencia a dos situaciones procesales distintas: “una, el procesamiento

<sup>173</sup> FJ 6. EL Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto con ocasión del recurso de inconstitucionalidad del artículo 21.1. de la Ley 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. En esta sentencia afirma el Tribunal que “lo que sí resulta inexcusable –y suficiente, a nuestro propósito– es reconocer la arraigada imagen de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente es “sorpresa” –visto directamente o percibido de otro modo– en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito” (FJ 8). Fijado el sentido del término, el Alto Tribunal concluye que cuando la ley habla de “conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer” alguno de los delitos que menciona, las expresiones legales “conocimiento fundado” y “constancia” “en cuanto no integran necesariamente un conocimiento o percepción evidente van notoriamente más allá de aquello que es esencial o nuclear a la situación de flagrancia. Al utilizar tales términos el precepto permite entradas y registros domiciliarios basados en conjeturas o en sospechas que nunca, por sí mismas, bastarían para configurar una situación de flagrancia. Las expresiones ambiguas e indeterminadas que contiene el art. 21.2 confieren al precepto un alcance que la Constitución no admite.” (FJ 8).

<sup>174</sup> GARCÍA MORILLO, J., *Contenido, finalidad...*, op. cit., p. 84.

o su equivalente, se refiere a la formalización judicial de la persecución penal. La otra sería entonces diferente, y se referiría a cualquier persecución penal, aún no formalizada judicialmente, contra el parlamentario. Así entendida, la alusión a la “inculpación” se referiría a otros actos de investigación, distintos del procesamiento<sup>175</sup>. En definitiva, para este autor, “la alusión constitucional a la inculpación parece responder a algo diferente de la formalización judicial de la acusación”<sup>176</sup>. Si embargo, no aclara que es dicho “algo”. Parece deducirse que, con la inculpación se estaría haciendo referencia a un estadio anterior a la formalización judicial de la persecución penal, en cuyo caso también la referencia a dos situaciones se presta a confusión pues, quien está protegido en lo menos lo está en lo más.

Para GIMENO SENDRA, CONDE PUMPIDO y GARBERI LLOBREGAT, “no existen razones que avalen la construcción de la protección del parlamentario en momentos diferentes según la clase de proceso, una vez acreditado que se pretende actuar judicialmente en su contra. La protección se establece a partir de un momento procesal caracterizado por una determinada situación de aforado, con independencia de la denominación expresa que reciba la misma. Parece, pues, que la inculpación será materialmente lo mismo que el procesamiento aunque sin su aspecto formal”<sup>177</sup>.

Señala HERCE QUEMADA, que “se suele emplear el término inculpado, en sentido genérico, para designar a la persona contra quien se dirige el proceso penal a todo lo largo de su desarrollo, aunque se puedan distinguir en el sujeto pasivo de la relación procesal penal las siguientes situaciones: a) *imputado*, la persona sospechosa de culpabilidad, contra la que se dirigen cargos con anterioridad al auto de procesamiento; b) *procesado*, la persona contra la que ha recaído declaración formal de procesamiento; c) *acusado*, la persona contra la que se dirige la acusación en el acto del juicio oral; y d) *condenado* o *absuelto*, según el contenido de la sentencia que dicte el tribunal”<sup>178</sup>. Por lo tanto, este autor considera el término inculpado como sinónimo de imputado y procesado, sin embargo, distingue a continuación de forma clara estas dos figuras.

Se está en la situación de procesado cuando, sobre la base de la existencia de indicios racionales de culpabilidad, lo establece formalmente el juez dictando

<sup>175</sup> GARCÍA MORILLO, J., *Ibidem*, op. cit., p. 84.

<sup>176</sup> GARCÍA MORILLO, J., *Ibidem*, op. cit., p. 85. Cita como ejemplo este autor el caso Filesa en la que el juez instructor en el registro de la sede de la Comisión Ejecutiva Federal del PSOE se abstuvo de registrar los despachos de quienes eran parlamentarios por entender que estaban amparados por la inmunidad parlamentaria.

<sup>177</sup> GIMENO SENDRA V., CONDE-PUMPIDO TOURON, C., y GARBERI LLOBREGAT, J., *Los procesos penales...*, op. cit., p. 31.

<sup>178</sup> HERCE QUEMADA, V., y GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal penal*, Madrid, 1986, p.187.

el “auto de procesamiento” a que se refiere el art.384 y ss. LECrim<sup>179</sup>. Por indicios racionales de culpabilidad cabe entender la existencia de datos y circunstancias obrantes en el sumario suficientes para crear en el Juez Instructor la convicción de la responsabilidad penal de la persona que va a procesar. El auto de procesamiento es, en palabras de GÓMEZ ORBANEJA “el acto procesal del juez instructor, consistente en una declaración de voluntad por la cual se imputa a una persona determinada la comisión de un delito y de la que deriva la adquisición por el sujeto imputado de la calidad de parte y la posibilidad de ser ejercitada contra él, en su día, la acusación penal”<sup>180</sup>. Tal como se ha puesto de relieve por la doctrina, tras la reforma procesal operada por la Ley orgánica 7/1988 que suprimió el auto de procesamiento con relación a los delitos castigados con la pena no superior a la de prisión mayor no permite pensar que para este tipo de procedimientos en los que, técnicamente no hay procesado, no es necesario el correspondiente suplicatorio<sup>181</sup>.

En cuanto a la inculpación, a juicio de PERIS RIERA<sup>182</sup>, que sigue el criterio de Rodríguez Ramos, habría que entender por tal cualquier acción o diligencia policial que signifique acusación de un hecho delictivo, en tanto que FERNÁNDEZ-VIAGAS sostiene como solución más lógica al problema que la inculpación existe desde el momento en que un procedimiento penal se dirige contra personas determinadas, postura que compartimos<sup>183</sup>.

Hay que tener en cuenta en este tema un nuevo elemento de juicio. Nos estamos refiriendo a la reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el Senado que tuvo por objeto la introducción de un nuevo artículo 118 bis con la siguiente dicción:

“Del mismo modo que en el artículo anterior<sup>184</sup> se procederá cuando se impute un acto punible contra un Diputado o Senador, los cuales podrán ejercitar su derecho de defensa en los términos previstos en el artículo

<sup>179</sup> Artículo 384: “Desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada y mandando que se entiendan con ella las diligencias en la forma y del modo dispuesto en este título y en los demás de esta ley.”

<sup>180</sup> HERCE QUEMADA, V., y GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal...*, op. cit., p. 179.

<sup>181</sup> GARCÍA MORILLO, J., “Contenido, finalidad...”, op. cit. pp. 82 y 83. En este tipo de procedimientos el auto de procesamiento se ha sustituido por el traslado de diligencias a las partes acusadoras y la presentación, por éstas, de un escrito de acusación al que se acompaña la solicitud de apertura del juicio oral. Es lo que se ha venido en llamar *auto de encartamiento*.

<sup>182</sup> PERIS RIERA, J.M., *Prerrogativas...*, op. cit. p.49.

<sup>183</sup> FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *La inviolabilidad...*, op. cit., pp. 99-100.

<sup>184</sup> Artículo 118: “Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho.

anterior, y todo ello, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 71.2 y 3 de la Constitución Española.”

La reforma se justifica en la Exposición de Motivos por la situación cercana a la indefensión en la que se encuentran los parlamentarios que no tienen conocimiento previo de procedimientos que les afectan y lo adquieren a través de la solicitud del Suplicatorio o de los Medios de Comunicación o que conocen de la existencia del procedimiento pero no saben exactamente de qué se les acusa, porque no se les ha dado copia de la denuncia o querella, no se les ha permitido tomar conocimiento de las actuaciones, declarar ante el Juez, proponer pruebas y ejercer los demás derechos comunes de cualquier imputado, lo que perjudica el ejercicio de los derechos y garantías de defensa que el artículo 24.2 de la Constitución reconoce a todos en el ámbito penal. Con este nuevo artículo se pretende que les sea de aplicación lo establecido en el artículo 118, párrafo segundo LECrim. a los Senadores y Diputados, de suerte que deba ponerse inmediatamente en su conocimiento la admisión de una denuncia o querella y cualquier actuación procesal de la que derive la imputación de un delito. De esta manera, los parlamentarios tienen la facultad de asumir la condición de parte, tomar conocimiento de todas las actuaciones y obtener copia de dicha denuncia o querella, en su caso; declarar voluntariamente ante el Juez, aportar documentos, proponer pruebas y participar en las diligencias probatorias.

De acuerdo con la Exposición de Motivos, todas estas actuaciones pueden hacerse sin necesidad que el Tribunal Supremo solicite el oportuno suplicatorio. Se advierte que la anterior propuesta no vulnera lo dispuesto en el artículo 71.2 de la Constitución Española, puesto que la atribución del estatuto de «imputado»<sup>185</sup> no requiere de Suplicatorio, y la autorización parlamentaria se precisa tan sólo para «incluir» o «procesar», pero no para imputar, existiendo un antecedente parcial en la práctica seguida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo de admitir la declaración voluntaria del aforado, asistido de Aboga-

La admisión de denuncia o querella y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculcados.

Para ejercitar el derecho concedido en el párrafo primero, las personas interesadas deberán ser representadas por Procurador y defendidas por Letrado, designándoseles de oficio o cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren, y en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para verificarlo.

Si no hubiesen designado Procurador o Letrado, se les requerirá para que lo verifiquen o se les nombre de oficio, si, requeridos, no los nombrasen, cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación.

<sup>185</sup> En este sentido ya adelantaba GARCÍA MORILLO la distinción a estos efectos entre procesado, inculpado e imputado. Se preguntaba este autor, recordando el caso *Filesa* en el que el juez instructor practicó diligencias que afectaban directa y personalmente a un Diputado y Senador si a estos efectos “existe o puede existir, además de las de procesado o inculpado, una tercera categoría, la de imputado”. GARCÍA MORILLO, J., “Contenido, finalidad.., op. cit., pp. 85 y 86.

dos y representado por Procurador, sin necesidad de elevar Suplicatorio a las Cámaras.

Por lo tanto, cabe distinguir dos situaciones, la primera, comprendida por la figura del inculcado y del procesado, en la que es preceptivo el suplicatorio, la segunda, referida a la figura de imputado, en la que no hace falta la pertinente autorización.

A pesar de la dificultad que entraña el tema, nos inclinamos por la postura de los profesores GIMENO SENDRA, CONDE PUMPIDO y GARBERI LLOBREGAT<sup>186</sup>. En apoyo de esta tesis, además del argumento complementario de que la anterior proposición de ley parece apuntar en la dirección de diferenciar sólo dos situaciones, traeríamos a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, aunque un tanto contradictoria, como tendremos ocasión de ver, parece que es doctrina mayoritaria que el suplicatorio sólo puede solicitarse cuando existen indicios racionales de criminalidad, sin distinguirse en este ámbito entre dos situaciones a partir de la gravedad de los indicios. De tal manera que, de no existir, no ha lugar a dicha solicitud. Es más el ATS de 19 de julio de 1997 advierte que el imputado se sitúa en un plano de menor intensidad penal que el inculcado o procesado, conceptos estos acogidos, en cuanto al suplicatorio de los aforados en los artículos 71.2 de la Constitución, 11 del Reglamento del Congreso y 22 del Reglamento del Senado<sup>187</sup>.

En otro orden de cosas, y una vez más, hay que poner de relieve las contradicciones de la dispersa regulación actual. De esta manera, los artículos 751<sup>188</sup> y 752<sup>189</sup>

<sup>186</sup> Ponen de relieve GIMENO SENDRA V., CONDE-PUMPIDO TOURON, C., y GARBERI LLOBREGAT, J., *Los procesos penales...*, op. cit., pp. 34 y 35, que "en la jurisprudencia del Tribunal Supremo se echa de menos la elaboración de una doctrina completa que, superando las vacilaciones actuales, permita su aplicación a todo caso".

<sup>187</sup> Sin embargo, no falta algún auto que parece respaldar la postura del profesor GARCÍA MORILLO. De esta manera el ATS de 115 de marzo de 1993 señala que "la expresión "procesamiento" tenía y tiene hoy una realidad legislativa procesal inequívoca: el artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (...) En cambio, no la tiene la de "inculcado" o "imputado". En principio, ha de entenderse que esta condición no se identifica con la de querellado, sino que ha de exigirse, para que tal situación se produzca, una *resolución judicial en la que, de alguna forma, se realice un juicio provisional de inculpación, aunque obviamente sea éste provisional*". Dejando aparte la confusión de asimilar ahora las figuras de inculcado e imputado, lo cierto es que en este auto parece que se está haciendo referencia a "algo diferente de la formalización judicial de la acusación".

<sup>188</sup> "Cuando el Senador o Diputado a Cortes fuere delincuente "in fraganti" podrá ser detenido y procesado sin la autorización a que se refiere el artículo anterior; pero en las veinticuatro horas siguientes a la detención o procesamiento deberá ponerse lo hecho en conocimiento del Cuerpo Colegislador a que corresponda.

Se pondrá también en conocimiento del Cuerpo Colegislador respectivo la causa que existiere pendiente contra el que, estando procesado, hubiese sido elegido Senador o Diputado a Cortes.

<sup>189</sup> Si un Senador o Diputado a Cortes fuese procesado durante un interregno parlamentario, deberá el Juez o Tribunal que conozca de la causa ponerlo inmediatamente en conocimiento del respectivo Cuerpo Colegislador.

Lo mismo se observará cuando haya sido procesado un Senador o Diputado a Cortes electo antes de reunirse éstas.

LECrim entran en directa contradicción con los artículos 71.2 CE, 11 RC y 22 RS, en la medida en que este segundo grupo de preceptos impide que un parlamentario sea procesado si no se ha otorgado el oportuno suplicatorio, mientras que la LE-Crim permite el procesamiento del parlamentario sin la necesidad de autorización de la Cámara en los siguientes casos: cuando haya sido detenido *in fraganti*, si el procesamiento tiene lugar un interregno parlamentario o si el procesamiento tiene lugar en relación con un diputado o senador electo antes de reunirse las Cortes. El artículo 753 LECrim de forma un tanto ambigua señala que en estos casos “se suspenderán los procedimientos desde el día en que se de conocimiento a las Cortes, estén o no abiertas, permaneciendo las cosas en el estado en que entonces se hallen, hasta que el Cuerpo Colegislador respectivo resuelva lo que tenga por conveniente”, no entendiéndose muy bien que se quiere decir con que la Cámara resuelva “lo que tenga por conveniente”, salvo que se refiera a que la Cámara tenga la potestad de autorizar o denegar la continuación del procedimiento, en cuyo caso nos encontraríamos ante la siguiente situación: si se incurriese en alguno de los casos mencionados en dichos preceptos, el Tribunal podría procesar sin la previa autorización y comunicar dicho procesamiento a la Cámara correspondiente deteniendo el procedimiento hasta que la Cámara decidiese sobre su continuación. Este régimen es totalmente incompatible con lo señalado en la Constitución y en los Reglamentos del Congreso y del Senado que claramente señalan que antes de procesar o inculpar se ha obtener el correspondiente suplicatorio.

Por otra parte, se ha discutido la necesidad de solicitar el suplicatorio cuando se trata de faltas que no llevan a aparejadas la pena de privación de libertad. De una lectura de la Constitución y de los Reglamentos del Congreso y del Senado se desprende una respuesta afirmativa. Otra cosa es que tal conclusión no case con la finalidad de la inmunidad que es salvaguardar la libertad personal de los parlamentarios con el fin de no impedirles la asistencia al Parlamento y así menoscabar la recta y libre formación de la voluntad de la Cámara. Como advierten GIMENO SENDRA, CONDE PUMPIDO y GARBERI LLOBREGAT, “puede plantearse si sigue siendo preciso formular el suplicatorio para enjuiciar a un Diputado o Senador a través del procedimiento establecido para el juicio de faltas, ya que en éste no existe realmente un momento procesal idóneo para inculpar, más allá de la simple citación en calidad de denunciado para la celebración del juicio. Es decir, que en esta clase de juicios el Juez, que habrá de constatar la existencia de indicios en contra del parlamentario, en teoría no podrá valorar el material inculpatario hasta el mismo momento de la práctica de las pruebas en su presencia, momento que ya no resulta hábil para formular el suplicatorio”<sup>190</sup>. A favor de la innecesariedad de la formulación del suplicatorio se ha pronunciado MARCHENA<sup>191</sup>, opinión favorable a

<sup>190</sup> GIMENO SENDRA V, CONDE PUMPIDO TOURON, C y GARBERI LLOBREGAT, J.S, *Los procesos penales...*, op. cit., p. 11.

<sup>191</sup> MARCHENA, LÓPEZ, M., “Procesos penales contra aforados”, *Cuadernos de derecho judicial*, X, 1994.

la necesidad de la solicitud la encontramos en MARTÍNEZ SOSPEDRA<sup>192</sup>. Una vez más se hace necesaria una reforma en profundidad de la prerrogativa. No tiene sentido que para procesar a un diputado o senador por una falta se haga necesario solicitar el suplicatorio pues tal situación en nada afecta al objeto protegido por la prerrogativa y, en cambio, se hace padecer innecesariamente el derecho a la tutela judicial efectiva.

***b.3. El intento fallido de la L.O. 3/1985, de 29 de mayo de ampliar el ámbito material de la inmunidad parlamentaria a determinados procedimientos civiles.***

El intento, fallido a la postre, de la Ley Orgánica 3/1985, de 29 de mayo adicionaba al artículo 2.2. de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de Protección civil al honor, intimidad y propia imagen a cuyo tenor:

“No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviese expresamente autorizada por la Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso”,

el siguiente inciso:

“o por imperativo del artículo 71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones. Iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o del Senado. La previa autorización será tramitada por el procedimiento previsto por los suplicatorios”.

Este inciso fue declarado inconstitucional en la STC 9/1990, de 18 de enero. De entrada, cabe advertir que, en su momento, la Proposición de Ley fue presentada conjuntamente por la totalidad de los grupos parlamentarios, al igual que recientemente ha sucedido con la Proposición de Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que no deja de ser sintomático lo fácil que es lograr el consenso entre todos los grupos parlamentarios cuando se trata de obtener o ampliar sus prerrogativas o derechos.

El motivo de la introducción de esta modificación en la LO 1/1982 se desprende claramente del Preámbulo de la Ley<sup>193</sup> y no era otro que poner a salvo a los parla-

<sup>192</sup> MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *Privilegio discutido*, op. cit., p. 257.

<sup>193</sup> “El art. 71 de la Constitución, en sus números 1 y 2, garantiza la inviolabilidad e inmunidad de los Diputados y Senadores por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones y actividades realizadas durante el período de su mandato, garantías que recogen también los Reglamentos vigentes del Congreso de los Diputados (artículos 10 y 11), y del Senado (artículos 21 y 22). Tales garantías pueden resultar afectadas por lo dispuesto en la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a

mentarios de la amenaza de demandas por vulneración del honor, la intimidad o la propia imagen que podrían desembocar en sentencias desfavorables que fijaran fuertes indemnizaciones a los responsables de las declaraciones litigiosas, hecho que podría traducirse en una especie de coacción sobre los parlamentarios en el libre ejercicio de su libertad de expresión. Tal como señala FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, ¿no abre la Ley 1/1982 una peligrosa vía capaz de coaccionar a los parlamentarios limitando su libertad de expresión, dificultando el ejercicio de sus funciones y, por lo tanto, la libre formación de la voluntad popular? La posibilidad de fuertes indemnizaciones económicas, agravada por la labilidad de los conceptos jurídicos indeterminados de “honor”, “imagen” e “intimidad” ¿no abren perspectivas de manipulación y de eventuales abusos de poder judicial que aconsejen un control político previo mediante el trámite procesal del suplicatorio?<sup>194</sup> Este temor del parlamentario a que sus excesos fueran objeto de sanción propició, pues, la reforma de la LO 1/1982 creadora, como señala FERNÁNDEZ SEGADO, de una “institución híbrida, compuesta a partir de elementos conceptuales de la inviolabilidad a los que añade un instrumento autorizado, propio y exclusivo de la inmunidad”<sup>195</sup> tal como el propio Tribunal Constitucional gráficamente advierte en su sentencia 186/1989, de 13 de noviembre cuando se refiere a ella como el peculiar expediente introducido por la LO 3/1985 y en cuya virtud se exige una “autorización” para la prosecución de las demandas civiles articuladas por la vía de la LO 1/1982, no incardinable claramente en los institutos de la inviolabilidad ni de la inmunidad, pues de ambos toma rasgos<sup>196</sup>.

Al respecto cabe poner de manifiesto, en primer lugar, que el Preámbulo era ambiguo a la hora de referirse a las opiniones cubiertas por la reforma de la Ley Orgánica 1/1982, pues hablaba de “opiniones que están estrechamente conectadas con sus funciones parlamentarias, pero no se producen dentro de las sedes de las Cámaras”. ¿Qué quiere decirse con “estrechamente conectadas”? Si las expresiones están realizadas en el ejercicio de sus funciones están amparadas por la inviolabilidad. Ya de entrada, la expresión es lo suficientemente ambigua como para convertirse en un cajón de sastre en el que tengan cabida casi todas

la propia imagen, cuando los Diputados o Senadores expresen opiniones que están estrechamente conectadas con sus funciones parlamentarias, pero no se producen dentro de las sedes de las Cámaras, y a las que no alcanzaría el principio de inviolabilidad ya referido. Al amparo de esta Ley, los parlamentarios podrían verse constantemente amenazados por la iniciación de procesos civiles que menoscabasen su necesaria libertad para el ejercicio de sus funciones. Es preciso, pues, solucionar este problema mediante una Ley que, por un lado, respete el principio de igualdad entre todos los ciudadanos, garantizado por la Constitución, así como su derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, pero, al mismo tiempo, evite que una aplicación excesiva de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, limite la libertad de expresión política de Diputados y Senadores.”

<sup>194</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., “Del intento...”, op. cit., p. 11.

<sup>195</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., *Las prerrogativas...*, op. cit., p. 33.

<sup>196</sup> FJ 2.

las declaraciones públicas del parlamentario<sup>197</sup>. De esta manera, y de acuerdo con dicha Ley podía hacerse una graduación en cuanto a las opiniones de los parlamentarios:

1. Opiniones vertidas en el ejercicio de sus funciones, independientemente de si son realizadas en sede parlamentaria o fuera de ella. Este tipo de declaraciones están amparadas por la inviolabilidad.

2. Opiniones estrechamente conectadas con las funciones parlamentarias pero que no son realizadas en el ejercicio de éstas y a las que no alcanzaría la inviolabilidad ¿Cuales son este tipo de opiniones? Del dictamen de la Comisión del Estatuto de los Diputados del Congreso de 30 de marzo de 1987, parece deducirse que son aquellas que realiza el parlamentario en su “condición política”. Estas declaraciones caerían bajo el manto protector de esta figura híbrida. Es decir podrían ser objeto de un proceso civil por la vía de la LO 1/1982 previa concesión del suplicatorio.

3. El resto de opiniones vertidas por el parlamentario. Es decir, las que no hayan sido realizadas en el ejercicio de las funciones parlamentarias ni estén conectadas íntimamente con dicho ejercicio. A la vista del anterior dictamen, están quedarían reducidas a las declaraciones que no tuvieran que ver con la condición política del parlamentario. Estas podrían dar lugar a un proceso por la vía de la LO 1/1982 sin necesidad de la autorización.

La situación tras la LO 3/1985 era del todo incompatible con el artículo 71 de la Constitución que claramente habla de las opiniones vertidas en el ejercicio de sus funciones. Confundía estas manifestaciones con las realizadas por el parlamentario como político. Como se ha dicho, los políticos gozan de un amplio ejercicio de la libertad de expresión, tal como señalan reiteradamente, el TEDH y el Tribunal Constitucional. Los ciudadanos tienen derecho a saber qué opinan los políticos y éstos han de poder hacer llegar a aquellos sus planteamientos pues ello es garantía de pluralismo, de la existencia de una opinión pública libre sin la cual no hay democracia. Pero tal consideración no puede desembocar en un régimen como el establecido por dicha Ley Orgánica. Si de hecho, la figura de la inmunidad ha sido duramente criticada por la mayoría de la doctrina, esta figura híbrida a caballo de la inmunidad y la inviolabilidad para las manifestaciones de los parlamentarios realizadas al margen de sus funciones ha merecido la crítica unánime de la doctrina.

<sup>197</sup> Y a la STC 186/1989, de 4 de diciembre, nos remitimos. El Dictamen de la Comisión de Estatuto de los Diputados reconoció que las declaraciones las había hecho la Diputada “por razón de su condición política”.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR criticó ya en 1984, recién publicada en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, la Proposición de Ley de “modificación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Advertía este autor que resultaba completamente inadecuada la argumentación del preámbulo, en lo relativo al ámbito material de la inviolabilidad referido a las opiniones expresadas “dentro de las Sedes de las Cámaras”, y cuando proponía una consideración paralela, poniéndolas en pie de igualdad, entre las opiniones vertidas por los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones y las emitidas particularmente por los representantes con independencia de su estricta contribución a la formación de la voluntad del Parlamento. “De un lado, no es el criterio físico de la “sede parlamentaria” lo que determina el ámbito de la inviolabilidad, sino el criterio jurídico de que las opiniones sean emitidas en el proceso de formación de la voluntad de la Cámara, ya sean éstas vertidas en sede parlamentaria o no. De otro, es preciso distinguir con rigor entre las manifestaciones particulares (aun cuando éstas puedan estar conectadas de alguna manera con el interés público) de aquellas otras que constituyen pieza del proceso jurídico de formación de la voluntad del Estado”<sup>198</sup>.

Además, insiste FERNÁNDEZ-MIRANDA, la Constitución habla en todo momento de inculpado y procesado y sólo una interpretación inconciliable con el rigor del lenguaje jurídico permitiría identificar el término procesado con el de demandado o trasladar el término inculpado al ámbito del Derecho civil. A ello habría que unir una interpretación histórica y los argumentos de derecho comparado que avalan la tesis que la inmunidad ha de quedar circunscrita única y exclusivamente al ámbito penal<sup>199</sup>.

El Tribunal Constitucional vendría a darle la razón al autor en las SsTC 243/1988, de 19 de diciembre, 186/1989, de 13 de noviembre, en las que resolvió sendos recursos de amparo ante la denegación de la autorización para proseguir un proceso civil de protección al honor, y 9/1990, de 18 de enero en la que estimó la cuestión de inconstitucionalidad y declaró inconstitucional la adición al artículo 2.2. de la Ley Orgánica 1/1982 realizada por la Ley Orgánica 3/1985.

La sentencia 243/1988 tiene su origen en la denegación de la autorización para proceder por la vía civil contra un Senador por las manifestaciones vertidas por éste en un medio de comunicación. La Ponencia de la Comisión de Suplicatorios propuso a la Comisión que se rechazara la solicitud en la consideración de que las manifestaciones vertidas en el escrito del Senador lo fueron en el ejercicio de una función estrictamente política”, así como en la advertencia de que “no existió en ningún momento ánimo de atentar contra el honor o intimidad de las personas afectadas”, dictamen asumido por la Comisión. El Pleno del Senado acordó, en última instancia, denegar la autorización para proseguir el procedimiento incoado contra el Senado.

<sup>198</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., “Del intento...”, op. cit., p. 14.

<sup>199</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., Idem.

Advierte, en primer lugar, el Alto Tribunal que la inmunidad incide negativamente en el derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en que somete determinados procesos al requisito de la previa autorización de la Cámara legislativa respectiva, por ello el ámbito en el que despliega sus efectos ha de ponerse en relación con su objetivo último, común, a la inviolabilidad, que no es otro que “garantizar la libertad e independencia de la institución parlamentaria”. Con este objetivo, la inmunidad protege la libertad personal de los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales que puedan desembocar en privación de libertad, evitando que, por manipulaciones políticas, se impida al parlamentario asistir a las reuniones de las Cámaras y, a consecuencia de ello, se altere indebidamente su composición y funcionamiento. Al servicio de este objetivo se establece la autorización del órgano parlamentario<sup>200</sup>. Descrita la razón de ser de la inmunidad y su adecuación a las medidas que afectan a la libertad personal del parlamentario la cuestión para el Tribunal Constitucional es decidir si dicha razón de ser permite la extensión de la prerrogativa a otros ámbitos. El Alto Tribunal deja claro que la inmunidad no tiene razón de ser con relación a las demandas civiles que en nada puedan afectar a la libertad personal del parlamentario:

“La inmunidad parlamentaria se manifiesta inapropiada para impedir el curso de una demanda civil interpuesta contra un parlamentario, pues el sentido propio de las palabras empleadas por el art. 71 CE, los antecedentes históricos y legislativos de esa prerrogativa de los miembros de las Cámaras y la razón misma de la institución excluyen, con absoluta claridad, que su protección se extienda a procesos que no sean penales, es decir, que no entrañen la eventualidad de que sean utilizados con la intención de perturbar el funcionamiento de la Cámara o alterar su composición, mediante la posible privación de la libertad del parlamentario.

Se sigue de ello que la “previa autorización” que requiere el art. 71 CE para inculpar o procesar a Diputados o Senadores no puede exigirse para la admisión, tramitación y resolución de demandas civiles que en nada pueden afectar a su libertad personal y, en consecuencia, que la extensión al ámbito civil de dicha garantía procesal resulta constitucionalmente ilegítima”. (FJ 4).

Resuelve el Tribunal otorgando el amparo y, teniendo en cuenta que el acto recurrido fue adoptado con apoyo de la Ley 1/1982, modificada por la Ley 3/1985, resuelve elevar al Pleno una cuestión de inconstitucionalidad a fin de poderse pronunciar sobre la inconstitucionalidad del último inciso, párrafo 1º, art. 2.2 LO 1/1982 de 5 mayo, introducido por la LO 3/1985 de 29 mayo, en cuanto dispone que “iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o del Senado”.

<sup>200</sup> FJ 4.

Un nuevo recurso de amparo motivado por una nueva denegación de un suplicatorio en un caso similar, esta vez por el Congreso, dio lugar a la STC 186/1990. El origen de la sentencia se encuentra en la denegación del Suplicatorio para proceder civilmente contra una Diputada por las manifestaciones de ésta en distintos medios de comunicación que, en opinión del demandante, vulneraban su honor. La Comisión del Estatuto de los Diputados del Congreso dictaminó no ser procedente la concesión de la autorización, fundamentando su propuesta en que de los antecedentes se desprende que las manifestaciones de las que trae causa la demanda las realiza la Diputada con ocasión de un determinado acto celebrado en Asturias y ante la innegable actualidad de la cuestión relativa al expediente que, en el seno del Partido Socialista Obrero Español, se instruía al Concejal del Ayuntamiento de Gijón, hoy demandante, por razón de su condición política, viéndose en la necesidad de contestar a las preguntas que sobre la citada cuestión le hicieron los representantes de los distintos medios de comunicación. Insiste el Congreso en atribuir idénticas consecuencias a las declaraciones realizadas por un parlamentario en el ejercicio de sus funciones a las atribuidas en su condición de político. En este caso, el propio Congreso asume que las declaraciones fueron hechas por la Diputada no en cuanto tal sino en cuanto política, con lo que, tal como hemos advertido anteriormente, parece extender el campo de actuación de la nueva figura más allá, incluso, de lo que establece el Preámbulo de la LO 3/1985 que hablaba de opiniones “estrechamente conectadas con sus funciones parlamentarias”<sup>201</sup>.

El Tribunal Constitucional, como en el caso anterior, falla otorgando el amparo al demandante en su derecho a la tutela judicial efectiva.

Desembocamos, de esta manera en la STC 9/1990, de 15 de noviembre que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad elevada por la Sala Primera del propio Tribunal. El sentido el fallo era más que previsible vistas las anteriores dos sentencias. La cuestión es simple: ¿es constitucional la creación de esta figura híbrida, a caballo entre la inviolabilidad y la inmunidad cuyo objeto es proteger al parlamentario en su ejercicio de la libertad de expresión al margen de sus funciones parlamentarias? La respuesta es negativa. Esta figura va más allá de la previsión constitucional. No se adecua, por lo tanto, a la Constitución proteger a los Diputados y Senadores de la constante amenaza de demandas civiles a que pueden verse sometidos a consecuencia de las opiniones que expresen en estrecha conexión con sus funciones parlamentarias, que no se produzcan dentro de las sedes de las Cámaras “y a las que no alcanzaría el principio de la inviolabilidad”:

<sup>201</sup> La Comisión del Estatuto de los Diputados en su dictamen justificó las declaraciones de la diputada en que no las realizó “espontáneamente” sino que con ocasión de un acto público se vio en la necesidad de contestar a las preguntas de los periodistas. Ello no puede eximir de responsabilidad a la diputada aunque bien es cierto que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, STC 204/1997, de 25 de noviembre y asumida por el TEDH, Fuentes Bobo de 29 de febrero de 2000 es un elemento a tener en cuenta a la hora de depurar la responsabilidad del autor de las declaraciones litigiosas.

“Sería suficiente centrar nuestra atención en esta última frase para obtener, sin más razonamiento, la inconstitucionalidad de esa exigencia de autorización previa, pues en ella se pone de manifiesto que el legislador, de manera consciente, amplía, más allá de los límites establecidos en la Constitución, el privilegio excepcional de la inviolabilidad que consagra en su art. 71, al que se remite, puesto que reconoce expresamente que la finalidad del requisito procesal es la de extender la inviolabilidad a supuestos excluidos por la Constitución del ámbito de esta garantía y, además, lo hace aplicando a la misma el instrumento de la autorización parlamentaria o suplicatorio, que nuestra Norma suprema sólo permite utilizar como garantía de la inmunidad y que es, por ello (...), incompatible con la naturaleza y alcance de la inviolabilidad.” (FJ 3)

La inviolabilidad no entra en juego tal como reconoce el propio legislador en el Preámbulo. Además, la única prerrogativa que puede justificar la suspensión y archivo de las actuaciones es la inmunidad, que entra en juego en aquellos casos en que dichas actuaciones puedan incidir en la libertad personal del parlamentario, por lo que es inapropiado extender la inmunidad a aquellos procesos en que no se da dicha posibilidad. Es decir:

La “previa autorización” que requiere el art. 71 CE para inculpar o procesar a Diputados o Senadores no puede exigirse para la admisión, tramitación y resolución de demandas civiles que en nada pueden afectar a su libertad personal y, en consecuencia, que la extensión del ámbito civil de dicha garantía procesal resulta constitucionalmente ilegítima (FJ 4).

En definitiva, esta figura híbrida introducida por la LO 3/1985, de acuerdo con el Alto Tribunal, carece de encaje constitucional y conlleva una irrazonable y desproporcionada limitación del derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto impide el ejercicio independiente de la jurisdicción y, por tanto resulta desprovista de la debida justificación, tanto desde la perspectiva del artículo 71 CE como desde la del artículo 24. 1 CE.

Analicemos esta conclusión. Entiende el Legislador que la libertad de expresión de los parlamentarios al margen de sus funciones parlamentarias pero ejercidas en el ámbito político ha de gozar de una protección suplementaria que no es otra que la necesidad de solicitar el correspondiente suplicatorio. La tutela judicial tiene, tal como señala la STC 26/1983, de 13 de abril, tiene un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los Jueces y Tribunales, el derecho a obtener un fallo de éstos y el derecho “a que el fallo se cumpla y a que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido<sup>202</sup>. ¿Ha de soportar el derecho a la tutela judicial efectiva la limitación, grave y excepcional como reconoce el propio Tribunal Constitucional en la STC 9/1990<sup>203</sup> que establece

<sup>202</sup> FJ 2.

<sup>203</sup> FJ 2.

la LO 3/1985 en aras a proteger la libertad de expresión del parlamentario?. El Tribunal considera la limitación irrazonable y desproporcionada. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional sintetizada en la STC 57/1994, de 28 de febrero:

“Las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986, f. j. 3º). De donde se desprende que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 62/1982, f. j. 5º, y 13/1985, f. j. 2º), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone (STC 37/1989, f. j. 7º) y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, f. j. 10º; 196/1987, fundamentos jurídicos 4º a 6º; 120/1990, f. j. 8º; y 137/1990, f. j. 6º)” (F 5).

Una restricción necesaria en una sociedad democrática significa que ha de estar justificada por una necesidad social imperiosa y ser proporcionada a la finalidad perseguida<sup>204</sup>. La finalidad de esta figura híbrida se encuentra en la necesidad de asegurar la libre discusión en el ámbito político protegiendo así la libertad de expresión del parlamentario fuera de sus funciones parlamentarias, y no en la libertad e independencia de la institución parlamentaria que se protege con la inviolabilidad referida a la libertad de expresión del parlamentario en sus funciones parlamentarias. Ahora bien, ¿esta restricción del derecho a la tutela judicial efectiva, es socialmente imperiosa? ¿Es proporcionada? La respuesta a las dos preguntas es negativa pues no es socialmente imperioso proteger hasta tal extremo la libertad de expresión de un político que une a esta condición la de parlamentario. La proporcionalidad exige, entre otras cosas, una correspondencia entre el objetivo pretendido y la limitación del derecho y la utilización del medio menos lesivo para la obtención del fin legítimo<sup>205</sup>. Dicha correlación no se cumple en el presente caso. La limitación, en definitiva, no guarda proporción con el objetivo.

Señalado lo anterior ¿cabe afirmar como hace el Tribunal Constitucional en la sentencia 9/1990 que no cabe extender la inmunidad a otros procesos que no sean penales? Vista la propia sentencia, en la que el Alto Tribunal advierte “que la extensión al ámbito civil de dicha garantía procesal resulta constitucionalmente ilegítima”<sup>206</sup>, la respuesta parece sencilla. Ello no obstante, entendemos, que, tal como está concebida en la actualidad, la inmunidad puede surtir efectos en otros ámbitos distintos del penal y en apoyo de esta tesis podemos traer a colación, aunque resulte paradójico, la propia sentencia 9/1990 en la que Alto Tribunal afirma que la “previa autorización” que requiere el art. 71 CE para inculpar o procesar a Diputados o Senadores no

<sup>204</sup> De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH ( por todas, SsTEDH Klass de 6 de septiembre y Malone de 27 de octubre de 1983) no es sinónimo de *indispensable* pero tampoco tiene la flexibilidad de términos como *normal*, *útil*, u *oportuno*.

<sup>205</sup> Vide STEDH Castells de 23 de abril de 1992.

<sup>206</sup> FJ 4.

puede exigirse para la admisión, tramitación y resolución de demandas civiles que en nada pueden afectar a su libertad personal. A *sensu contrario*, puede afirmarse que sí se exigirá la previa autorización para aquellos procesos civiles que pueden afectar a la libertad personal del parlamentario. Como advierte FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, hay otros procedimientos, no estrictamente criminales y no correspondientes a la jurisdicción penal, que pueden provocar la privación de libertad<sup>207</sup>. Así tenemos, por ejemplo, el artículo 763 de la LEC referido al internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Parece evidente que la solución correcta es incluir todos estos procedimientos en el ámbito de la inmunidad.

***b.4. El intento fallido de la Ley 2/1981, de 12 de febrero, del Parlamento vasco de exigir el suplicatorio para inculpar o procesar a un parlamentario vasco***

Por último, hay que hacer referencia al intento del Parlamento Vasco de dar a la inmunidad de los parlamentarios vascos la misma extensión que tiene la prerrogativa con relación a los diputados y senadores de las Cortes Generales. Cabe recordar que los parlamentarios autonómicos gozan de inviolabilidad en las mismas condiciones que aquellos pero, en cambio, la inmunidad queda limitada a la imposibilidad de ser detenidos en caso de flagrante delito. Igualmente, los parlamentarios vascos gozan de un fuero especial consistente en atribuir la competencia al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, o en su caso, a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Ello no obstante, no se recoge la figura de la previa autorización o suplicatorio para inculpar o procesar a un parlamentario vasco. Así se deduce del artículo 26.6 del Estatuto Vasco:

“Los miembros del Parlamento Vasco serán inviolables por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo.

Durante su mandato, por los actos delictivos cometidos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, no podrán ser detenidos ni retenidos sino en caso de flagrante delito, correspondiendo decidir, en todo caso, sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Fuera del ámbito territorial del País Vasco, la responsabilidad penal será exigible en los mismos términos ante la Sala de lo penal del Tribunal Supremo”<sup>208</sup>.

<sup>207</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, “La inmunidad...”, op. cit., p. 220.

<sup>208</sup> Como recuerda el Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia, a la redacción actual del art. 26.6 se llega a través de la tramitación legislativa que es de interés señalar. En el Proyecto de Estatuto de Autonomía del País Vasco (publicado en el “Boletín Oficial de las Cortes Generales –Congreso de los Diputados–”, de 12 junio 1979), se decía textualmente en su art. 26.6 lo siguiente: “Los miembros del Parlamento Vasco serán inviolables por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo. Durante su mandato gozarán de inmunidad, no pudiendo ser detenidos o retenidos sino en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización del Parlamento Vasco. La responsabilidad penal en que pudieran incurrir será exigible ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.”

La Ley 2/1981, de 12 de febrero, sobre reconocimiento de derechos de inviolabilidad e inmunidad de los miembros del Parlamento vino a modificar el sistema existente y dio un contenido a la inmunidad de los parlamentarios vascos similar al que tiene la inmunidad de los diputados y senadores, estableciendo la necesidad del previo suplicatorio para inculparlos o procesarlos. Se justificaba dicha medida en el Preámbulo de la Ley en que diputados y senadores, por un lado, y parlamentarios autonómicos son cualitativamente hablando miembros del Poder Legislativo, diferenciándose únicamente por el ámbito que la Constitución, partiendo de su idéntica cualidad, les atribuye y reserva, por lo que no hay razón alguna para establecer distinciones y privar de la necesidad del suplicatorio a los segundos. Para extenderla a estos, el Parlamento Vasco llamó en defensa de su tesis al Reglamento del Congreso como norma supletoria<sup>209</sup>.

En definitiva, el artículo 2 de la Ley 2/1982 tenía la siguiente redacción:

“1. Los Parlamentarios gozarán de inmunidad durante el período de su mandato y no podrán ser retenidos, ni detenidos, por los actos delictivos que pudieran serles imputados, salvo en el caso de flagrante delito. Asimismo, no podrán ser inculcados, ni procesados, sin la previa autorización del Parlamento Vasco, correspondiendo decidir al Tribunal Superior de Justicia

<sup>209</sup> “Las Asambleas Legislativas de las mencionadas Comunidades son órganos del Estado en el ejercicio de las funciones legislativas que les están específicamente atribuidas por sus respectivos Estatutos, gozando, en todo caso y por prescripción constitucional y estatutaria, de igual rango que la de las Cortes Generales del Estado, en aquellas materias de su competencia.

Consiguientemente, los miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas del Estado español ejercen las mismas funciones y disfrutan de iguales prerrogativas que los parlamentarios de las Cortes Generales, distinguiéndose, no en función de jerarquía alguna con respecto a las normas que aprueban, sino únicamente, por el ámbito territorial en el que han de ser aplicadas.

Los privilegios parlamentarios relativos a la inviolabilidad e inmunidad, surgieron históricamente como garantía indispensable de independencia de los Parlamentarios frente al poder Real, principio que, en la actualidad, significa el reconocimiento de la irreversible independencia del Poder Legislativo frente al Ejecutivo y Judicial, concretándose, en lo que a la inmunidad parlamentaria se refiere, en la necesidad de la decisión previa de la Cámara para iniciar el procesamiento de cualquiera de sus miembros.

Estos derechos de inmunidad de los representantes de los Poderes Legislativos del nuevo Estado se encuentran expresamente reconocidos y regulados en el art. 71 de la Constitución española y en el art. 26 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, siquiera, en este último, se omita la exigencia del previo “suplicatorio”, en orden a la inculpación y procesamiento de los miembros del Parlamento Vasco.

Sin embargo, tal omisión se encuentra superada, además de por la inexcusable aplicación de los principios generales expuestos precedentemente, por la prescripción que se contiene en el párrafo último de la Disposición Transitoria Primera del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, al declarar la supletoriedad del Reglamento del Congreso de los Diputados –que en su art. 17 y 18 desarrolla los efectos de la inviolabilidad e inmunidad Parlamentarias-, norma supletoria, esta última, que se ve confirmada con carácter general y con rango constitucional en el principio que se contiene en el art. 149, apartado 3, del Texto fundamental del Estado.

del País Vasco, cuando se trate de supuestos actos cometidos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma.

2. Fuera del ámbito territorial del País Vasco, las responsabilidades penales serán exigibles, en los mismos términos, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

3. La previa autorización del Parlamento será, también, preceptiva para continuar las actuaciones judiciales respecto de quienes, hallándose procesados o inculcados, accedan a la condición de Parlamentarios.”

Promovido recurso de inconstitucionalidad por el Presidente del Gobierno, el Tribunal Constitucional en su sentencia 36/1981 declaró inconstitucionales, y, consiguientemente nulos, el número 1 artículo 2 de dicha Ley en los párrafos que dicen textualmente “gozarán de inmunidad durante el período de su mandato” y “asimismo no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización del Parlamento vasco” y el número 3 del mismo artículo 2 en su integridad. Si bien la Constitución española guarda silencio sobre las prerrogativas de los parlamentarios autonómicos, no cabe duda que el sistema que instaura la Ley 1/1981 modificaba sustancialmente el existente en el Estatuto de Autonomía del País Vasco. De ello se deriva, según el Tribunal Constitucional, que la ampliación de la inmunidad constituye, en último término una modificación del Estatuto de Autonomía del País Vasco llevada a cabo obviando los trámites para ello, especialmente, la aprobación de la reforma de las Cortes Generales del Estado mediante Ley Orgánica y el referéndum por los electores del pueblo vasco, por lo que la ley merece los calificativos de inconstitucional y antiestatutaria. De lo que cabe deducir, como consecuencia lógica, que es posible siguiendo la vía legalmente prevista, es decir, modificando el Estatuto de Autonomía, introducir la previa autorización para inculpar o procesar a los parlamentarios autonómicos.

Por lo que respecta a la invocación del Reglamento del Congreso como derecho supletorio, advierte el Alto Tribunal, que está fuera de lugar pues los artículos 17 y 18 RC desarrollan por vía reglamentaria lo señalado en el artículo 71 CE que se refiere exclusivamente a los Diputados y Senadores de las Cortes Generales, por lo que, en definitiva, al no tener los parlamentarios vascos estatutariamente concedida la inmunidad difícilmente puede el Reglamento del Congreso ser una norma supletoria.

### c. **Ámbito funcional**

La prerrogativa protege al parlamentario en tanto que parlamentario, su razón de ser no es proteger tanto a la persona como a la función que desempeña. Como señala el Tribunal Constitucional, la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias son dos prerrogativas que teniendo contenido distinto y finalidad específica encuentran su fundamento en el objetivo común de garantizar la libertad independencia de la institución parlamentaria.

Con MARTÍNEZ SOSPEDRA<sup>210</sup>, podemos sistematizar las diferentes posiciones doctrinales entorno al objeto de la prerrogativa partiendo de la premisa de que es unánimemente admitido que en la actualidad la inmunidad no tiene por finalidad esencial proteger a los parlamentarios frente a la Corona (o el Ejecutivo) y frente a la manipulación de la judicatura por aquellos. De esta manera las posturas doctrinales serían las siguientes:

Primera. La de quienes sostienen que la inmunidad es una garantía de la composición política y del pacífico funcionamiento de la Cámara (FERNÁNDEZ SEGADO<sup>211</sup>, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA<sup>212</sup>, FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR<sup>213</sup>, GARCÍA MORILLO<sup>214</sup> o FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ<sup>215</sup>). De acuerdo con esta tesis la inmunidad se dirige a proteger el que la Cámara mantenga frente a ataques externos la composición política que los electores le dieron con sus sufragios y el normal desenvolvimiento de sus actividades. La consecuencia obvia es que el uso del instituto por las Cámaras sólo será constitucionalmente legítimo si sirve a esa finalidad, y no lo será si sirve a cualquier otra. En consecuencia tal posición es el punto de partida de casi todos los autores que sostienen una concepción restrictiva de la inmunidad.

Segunda. La de quienes ven en la inmunidad una garantía de la libertad funcional de las Asambleas Legislativas, instrumentada a través de la garantía de las libertades de circulación y de expresión de los miembros de las mismas. Esta es la opinión sostenida por GRANADOS CALERO<sup>216</sup> o RECODER<sup>217</sup>. Tal tesis, a diferencia de la anterior, conduce a una interpretación que amplía considerablemente la cobertura de la inmunidad, al incluir en ella a la inmensa mayoría de los delitos de opinión, con lo que, viene a dar razón a una parte importante de la práctica parlamentaria.

Tercera. La de quienes vienen a sostener que el fundamento es asegurar la autonomía de las Cámaras parlamentarias y su independencia, en particular frente a

<sup>210</sup> MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *La inmunidad...*, op. cit., pp. 129 y ss., al que seguimos en este punto.

<sup>211</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 595.

<sup>212</sup> LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *El Estatuto de los Parlamentarios. Problemas generales*. en FIGUEROA LARAUDOGOTIA, A. y DA SILVA OCHOA, J.C., *Parlamento y Derecho*. Parlamento Vasco, Vitoria, 1991 p. 76, quien la reduce a proteger la "normal composición de la Cámara" p. 80.

<sup>213</sup> FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR, A., "Del intento...op, cit., pp. 12/16.

<sup>214</sup> GARCÍA MORILLO, J., "Contenido, finalidad...", op. cit., pp. 73 y ss.

<sup>215</sup> FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., La inviolabilidad..., op. cit. pp. 142-145, si bien hay que advertir que el autor señala expresamente que nuestra Constitución no refleja esta línea doctrinal, p. 145.

<sup>216</sup> GRANADOS CALERO, F. "Diputados y Senadores: su igualdad ante la ley", *Revista de las Cortes Generales*, n.º 17, 1989, p. 40.

<sup>217</sup> RECODER DE CASSO, E, Comentario al artículo 71 en GARRIDO FALLA *Comentarios a la Constitución*, Cívitas, 1980, p. 752.

los demás poderes del Estado. Suscriben esta tesis SANTAOLALLA<sup>218</sup>, PERIS RIERA<sup>219</sup>, MARTÍN-RETORTILLO<sup>220</sup> o PÉREZ SERRANO<sup>221</sup>, por lo demás es la predominante en las doctrinas italiana o francesa, la que mejor se acomoda a la concepción que tenían sus introductores en nuestro ordenamiento en 1837.

Cuarta. La de quienes sostienen que la inmunidad se dirige a garantizar la posición institucional del Parlamento como órgano representativo del soberano constitucional y que, en consecuencia, la inmunidad protege tanto la autonomía del Parlamento, y mediante ésta el sistema de relaciones entre los órganos constitucionales (la “división de poderes”) como el carácter representativo de las Cámaras y el mandato que les da tal carácter. Tesis esta última bien próxima a la defendida en Italia por ZAGREBELSKY y, con mayor radicalidad, por MANZELLA, y que se acomoda bien con los precedentes próximos y con la mayor y mejor parte de la “jurisprudencia parlamentaria”, y que, acoge expresamente el Reglamento del *Bundestag*. Sostienen esta tesis Manuel ABELLÁN<sup>222</sup>, GARCÍA<sup>223</sup> o COBREROS<sup>224</sup>.

De la jurisprudencia constitucional se desprende que el Tribunal Constitucional se inclina claramente por la primera de estas posturas. De esta manera, en la STC 90/1985, de 22 de julio, afirma que:

“La amenaza frente a la que protege la inmunidad sólo puede serlo de tipo político, y consiste en la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular” (FJ 6)

Esta postura permitirá mantener una concepción restrictiva de la inmunidad en la medida en que sólo entrara en juego cuando detrás de la acción penal se esconda una intencionalidad torpe cual es perturbar el funcionamiento o la composición de la Cámara. Como dichos objetivos, y como tendremos ocasión de ver, son difícilmente alcanzables a partir de iniciar un proceso penal contra un parlamentario, de ahí se desprende que la inmunidad tendrá un alcance muy limitado.

Si esta es la finalidad señalada por el Tribunal Constitucional cabe preguntarse quien es el destinatario, el sujeto de la prerrogativa, el parlamentario o el Parlamento. De acuerdo con dicha finalidad, parece que queda claro que el sujeto de la protección es la Cámara y así lo han afirmado, entre otros, MANUEL ABELLÁN<sup>225</sup>,

<sup>218</sup> SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho parlamentario...*, op. cit., p. 83.

<sup>219</sup> PERIS RIERA, J.M. *Prerrogativas...*, op. cit., p. 33.

<sup>220</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Inmunidad...*, op. cit., pp. 59 y ss.

<sup>221</sup> PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de Derecho Político*, op. cit., p. 780 y ss.

<sup>222</sup> MANUEL ABELLÁN, A., *El Estatuto...*, op. cit., pp. 18 y 26/27.

<sup>223</sup> GARCÍA, E., *Inmunidad...*, op. cit., p. 49 y pp. 106 y ss.

<sup>224</sup> COBREROS MENDAZONA, E., “El status parlamentario como derecho fundamental garantizado por el art. 23.2 de la Constitución”, VVAA, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor García de Enterría*. Vol. III Cívitas, 1991, pp. 2.129 y ss.

<sup>225</sup> MANUEL ABELLÁN, A., *El estatuto...* op. cit., pp. 79 y s.

FERNÁNDEZ-MIRANDA<sup>226</sup>, o SANTAOLALLA<sup>227</sup>. Ello no obstante, la consecuencia que se desprende del artículo 7 de la Ley de 1912 en el sentido de que el acuerdo denegatorio conlleva el sobreseimiento libre, nos debe hacer caer en la cuenta que mantener la constitucionalidad de tal consecuencia conlleva que la prerrogativa protege también al ciudadano que un día fue parlamentario. El sobreseimiento libre es similar a una sentencia absolutoria anticipada y en este sentido produce efectos de cosa juzgada material. Si ello es así, el parlamentario continúa protegido una vez ha dejado de serlo por lo que no se entiende como en dichos casos la inmunidad pueda proteger al Parlamento de que su composición o funcionamiento sea indebidamente alterado.

## 5. La autorización para proceder

El análisis de la autorización para proceder posiblemente, constituye el núcleo duro de la institución y ha sido objeto de las mayores discusiones doctrinales. Al respecto hay que recordar la disparidad de regímenes existentes en derecho comparado. Sin ir más lejos, y como hemos señalado, tal autorización se exige, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos del Congreso y del Senado, para procesar o inculpar a uno de sus miembros pero en cambio no está instituida para los parlamentarios autonómicos.

### a. Naturaleza jurídica

Sobre la naturaleza jurídica de la autorización parlamentaria, simplemente reiterar que criterio prácticamente unánime es la de considerarla como un simple privilegio procesal, tratándose de un mera condición de procedibilidad, tal como ha señalado por otra parte el Tribunal Constitucional en su sentencia 90/1985, de 22 de julio<sup>228</sup>.

Siguiendo a FERNÁNDEZ MIRANDA-CAMPOAMOR, cabe afirmar que el acto de autorización para proceder es un acto político de naturaleza no judicial<sup>229</sup>. En primer lugar, no nos encontramos ante un acto judicial. Así, frente a un sector de opinión que sostenía que la Cámara debe actuar como un auténtico tribunal de justicia, y, por tanto, entrar en el fondo del asunto emitiendo un verdadero dictamen de culpabilidad o inocencia, la postura mayoritaria es considerar que el Parlamento no puede invadir atribuciones que corresponden a los órganos judiciales y debe limitarse a examinar si existen persecuciones arbitrarias, motivaciones políticas

<sup>226</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., "Artículo 71. Inviolabilidad e Inmunidad parlamentaria", en ALZAGA, O., *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, Ederesa, 1989, pp. 311 y ss.

<sup>227</sup> SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho parlamentario...*, op. cit., p. 83.

<sup>228</sup> FJ 3. Vide en el mismo sentido STC 243/1988, de 19 de diciembre (FJ 3).

<sup>229</sup> FERNÁNDEZ MIRANDA-CAMPOAMOR, A., "La inmunidad...", op. cit., pp. 224 y ss.

que pretendan alejar al parlamentario del ejercicio de su función. El fundamento de la inmunidad en modo alguno es el de impartir justicia. Sentado el carácter no judicial de la autorización, este autor se hace eco de la discusión doctrinal de si estamos ante un acto administrativo o ante un acto político advirtiendo que la autorización para proceder contra parlamentarios encaja, cualquiera que sea el criterio que se sustente, entre los actos de naturaleza política que, en todo caso son controlables. Define este autor al acto de autorización como acto constitucional. El acto político se define por su naturaleza política y no por los efectos de la controlabilidad o incontrolabilidad que se mueven en la esfera de lo jurídico. “Pues bien, un acto constitucional es siempre un acto político cualificado por estar encuadrado jurídicamente. El acto de autorización para proceder se pretende como acto constitucional, es decir, un acto político jurídicamente reglado, discrecional, pero en modo alguno arbitrario”<sup>230</sup>.

Como establece el Tribunal Constitucional nos encontramos con un acto del Parlamento sin fuerza de ley, de naturaleza discrecional, lo que supone que, en principio, las Cámaras disponen de dicha facultad libremente<sup>231</sup>. Ahora bien, se trata de un acto del Parlamento con relevancia jurídica externa, esto es “que afecta a situaciones que exceden del ámbito estrictamente propio del funcionamiento interno de las Cámaras” por lo que no sólo queda sujeto a las normas de procedimiento que en su caso establezca la Constitución, sino, asimismo, “al conjunto de normas materiales de procedimiento que en la misma Constitución se contienen” por lo que, en definitiva:

“No puede, por ello, aceptarse que la libertad con que se produce un acto parlamentario con esa relevancia jurídica para terceros llegue a rebasar el marco de tales normas, pues ello, en nuestro Ordenamiento, sería tanto como aceptar la arbitrariedad.” (FJ 2).

La discrecionalidad de la autorización puede dar lugar a arbitrariedades o abusos por parte del Parlamento. Frente a ello, es posible reaccionar y, por lo tanto, revisar desde la perspectiva constitucional, los actos del Congreso de Diputados o del Senado que resuelven acerca de la solicitud para procesar a alguno de sus miembros, siendo la vía adecuada, la que abre el artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional a cuyo tenor:

“Las decisiones o actos sin valor de ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos en el plazo de tres meses desde que con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes”;

<sup>230</sup> FERNÁNDEZ MIRANDA-CAMPOAMOR, A., *Ibidem*, op. cit., p. 229.

<sup>231</sup> STC 90/1985, de 22 de julio.

Así lo ha señalado el propio Tribunal Constitucional en la propia sentencia 90/1995, en lo siguientes términos:

“El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, entre sus distintas funciones, garantiza la conformidad a ésta de los actos parlamentarios mediante diversos instrumentos procesales. En un caso como el que nos ocupa, en que una Cámara ejerce la facultad que deriva del art. 71.2 CE mediante actos o acuerdos singulares sin fuerza de ley, no cabe rechazar, por principio, la posibilidad de que los mismos lleguen a vulnerar los derechos y libertades que, según el ap. 1º art. 53 CE, vinculan a todos los poderes públicos, y para cuya protección queda abierta, conforme a lo dispuesto en el ap. 2º del mismo art. 53, en el art. 161.1.b) CE y en los arts. 2.1.b) y 42 LOTC, la vía del recurso de amparo para que este Tribunal Constitucional examine las eventuales vulneraciones.” (FJ 2)

Ahora bien, la posibilidad que el Tribunal Constitucional tiene de revisar este tipo de actos está sujeta, en palabras del propio Tribunal, a un límite: no puede revisar o sustituir la valoración política que han hecho las Cámaras, aunque su examen si se extiende a analizar la razonabilidad o argumentabilidad del acuerdo:

“El control que a este Tribunal Constitucional corresponde, según hemos indicado antes, acerca de la conformidad de las decisiones adoptadas en ejercicio de la inmunidad respecto al art. 24.1 CE, no puede llevarnos a revisar o a sustituir esa valoración, pero sí a constatar que el juicio de oportunidad o de intencionalidad se ha producido en las Cámaras, y ello de modo suficiente, esto es, en términos razonables o argumentales. De la existencia o inexistencia de semejante juicio depende, en efecto, que el ejercicio de esa facultad, potencialmente restrictiva del derecho a la tutela judicial, se haya realizado conforme a su propia finalidad y depende, por consiguiente, en el supuesto de que la decisión parlamentaria sea contraria a permitir dicha tutela, que el derecho fundamental a ésta haya de considerarse o no vulnerado.” (FJ 6)<sup>232</sup>.

Los argumentos, por más que lo intente el Tribunal son, como mínimo, confusos: Las Cámaras poseen una facultad discrecional y su decisión no puede ser revisada o sustituida por el Alto Tribunal aunque que si puede constatar su razonabilidad y decidir, en caso de que la considere inexistente, anular la decisión de la Cámara. En este sentido se manifiesta ALBA NAVARRO, al señalar que se le antoja una “tarea titánica, ciertamente, la de poder “constatar” sin “revisar”, cuyo alcance se nos escapa”<sup>233</sup>.

<sup>232</sup> Vide igualmente STC 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 4.

<sup>233</sup> ALBA NAVARRO, M., “Prerrogativas...”, op. cit., p. 21.

### b. Momento de la petición del suplicatorio

Como señalan GIMENO SENDRA, CONDE PUMPIDO y GARBERI LLOBREGAT, una de las cuestiones de mayor interés es la relativa a la determinación del momento oportuno para la remisión del suplicatorio. De acuerdo con estos autores parte de la doctrina entiende que la inmunidad parlamentaria impide iniciar acción judicial por lo que el suplicatorio y la consiguiente autorización han de ser previos a la incoación del procedimiento. Según este sector, el momento procesal para la remisión del suplicatorio sería cualquiera de los previstos en el artículo 118 LECrim, tanto para el procedimiento ordinario como para el abreviado. Desde el momento en que el juez admite la denuncia o la querrela o entiende que de cualquier actuación procesal resulta la imputación de un delito contra una persona, debe ponerlo en su conocimiento y desde ese instante la persona afectada ha de ser tratada como imputada y puede ejercitar el derecho de defensa actuando en el procedimiento. Frente a este criterio, otro sector doctrinal sostiene que el suplicatorio no tiene razón de ser hasta que el juez aprecie la existencia de indicios suficientes para procesar o inculpar<sup>234</sup>. En este sentido señala MARCHENA que “si el juez no detecta indicios racionales de criminalidad en que apoyar la inculpación o procesamiento no es que esté de más la valoración de las Cámaras acerca de la existencia o inexistencia de tales indicios, sino lo que sobra es la propia solicitud a la Cámara legislativa. El órgano judicial no necesita autorización para archivar una causa en la que, todavía, no puede confirmar la existencia de indicios de criminalidad”<sup>235</sup>.

La postura del Tribunal Supremo al respecto puede tacharse de contradictoria. El ATS de 14 de marzo de 1998 se inclina por la primera postura:

“El art. 71.2. de la Constitución establece que los Diputados y Senadores “no podrán ser inculcados ni procesados sin previa autorización de la Cámara respectiva” norma que se reitera en el art. 22.1, párrafo segundo, del Reglamento del Senado. Entiende por ello esta Sala que, antes de comenzar a proceder y siendo la primera diligencia a practicar por el Instructor que en su caso se designe, de acuerdo con el art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la de poner inmediatamente en conocimiento de la persona presuntamente inculpada la existencia de actuaciones procesales en las que se le imputa un determinado delito, está en el caso de solicitar de la Cámara a que pertenece un determinado delito, está en el caso de solicitar de la Cámara a que pertenece el señor T.G. la pertinente autorización, mediante la elevación de suplicatorio a su Presidente, toda vez que aquellas diligencia procesal no se podría llevar a efecto sin dicha autorización.”

<sup>234</sup> GIMENO SENDRA, V., CONDE PUMPIDO TOURON, C., y GARBERI LLOBREGAT, J.S, *Los Procesos penales...*, op. cit., pp. 28 y 29.

<sup>235</sup> MARCHENA LÓPEZ, M., “Procesos penales...”, op. cit.

Advierten GIMENO SENDRA, CONDE PUMPIDO Y GARBERI LLOBREGAT que en este caso “el Tribunal Supremo entiende que situar a un aforado en la posición procesal de imputado requiere de la autorización de la Cámara, equiparando imputación a inculpación, y como se trata de una decisión impuesta por el tenor literal del art. 118 de la LECrim desde el momento en que se admite a trámite la querrela contra la persona aforada, la remisión del suplicatorio tiene carácter previo a cualquier actuación de investigación”<sup>236</sup>.

Para estos autores, la situación de imputado, conforme a los artículos 269 y 313 LECrim, se deriva del simple hecho de la admisión a trámite de la querrela o denuncia lo que supone la incoación de un procedimiento penal que se inicia con una fase de investigación encaminada a comprobar los indicios de criminalidad enunciados en la denuncia o querrela y que puede concluir acordando el archivo, el sobreseimiento o concluyendo el sumario sin procesamiento, cuando en opinión del juez no han podido ser comprobados los indicios. La existencia de una denuncia o querrela contra un aforado no supone la existencia ya de indicios racionales de criminalidad. La Constitución habla de procesar o inculpar lo que exige un estadio superior, por lo tanto, “cuando el imputado sea un parlamentario no deberá proseguir la investigación desde el momento en que haya podido considerar mínimamente comprobados los indicios racionales de criminalidad”<sup>237</sup>. En el sentido de exigir la constancia de sólidos fundamentos o de base suficiente antes de solicitar la autorización de la Cámara puede citarse el Auto del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1996:

“En consecuencia si el control de la fundamentación de la acción penal que provoca la solicitud de Suplicatorio no compete a las Cámaras Legislativas sino a los Tribunales de Justicia, y específicamente a esta Sala, el ejercicio responsable de dicha función impone la necesidad de un análisis riguroso de la fundamentación de la imputación de manera que *no habrá lugar a solicitar el correspondiente Suplicatorio cuando, como sucede en el caso presente, las atribuciones delictivas sean imprecisas y carentes de la mínima solidez*, máxime atendiendo al efecto estigmatizador que la publicidad derivada del Suplicatorio y el rango del Órgano Judicial que lo solicita provocan necesariamente”<sup>238</sup>.

Esta es la postura por la que nos inclinamos apoyándonos, como argumento complementario, en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2002 que incluyó un nuevo artículo 118 bis, al que antes hemos hecho referencia, que va en el sentido de diferenciar la categoría de imputado de las de inculpado y

<sup>236</sup> GIMENO SENDRA, V., CONDE PUMPIDO TOURON, C., y GARBERI LLOBREGAT, J.S, *Los Procesos penales...*, op. cit., p. 28.

<sup>237</sup> GIMENO SENDRA, V., CONDE PUMPIDO TOURON, C., y GARBERI LLOBREGAT, J.S, *Ibídem*, pp. 31 y 32.

<sup>238</sup> En el mismo sentido ATS de 13 de abril de 1998 y 21 de abril de 1998.

procesado. Como se señala en la Exposición de Motivos, se pretende que les sea de aplicación lo establecido en el artículo 118, párrafo segundo LECrim, a los Senadores y Diputados, de suerte que deba ponerse inmediatamente en su conocimiento la admisión de una denuncia o querrela y cualquier actuación procesal de la que derive la imputación de un delito. De esta manera, los parlamentarios tienen la facultad de asumir la condición de parte, tomar conocimiento de todas las actuaciones y obtener copia de dicha denuncia o querrela, en su caso; declarar voluntariamente ante el Juez, aportar documentos, proponer pruebas y participar en las diligencias probatorias, advirtiéndose en la Exposición que “todas estas actuaciones pueden hacerse sin necesidad que el Tribunal Supremo solicite el oportuno suplicatorio”.

Para estos autores “la Constitución exige la venia o autorización parlamentaria para inculpar o procesar, no para que el aforado ocupe la posición procesal de imputado. Por ello, es posible iniciar el procedimiento y realizar una investigación que puede afectar al aforado, hasta que el Instructor aprecie la existencia de *indicios racionales de criminalidad* contra el mismo, momento en el que deberá formular el suplicatorio”<sup>239</sup>.

Por lo tanto, remitida la causa al Tribunal Supremo, el instructor puede llevar una labor de investigación encaminada a comprobar la verosimilitud de las imputaciones; estas diligencias pueden realizarse con carácter previo a la solicitud del suplicatorio, tal como se señala el ATS de 28 de octubre de 1997, siempre y cuando no se investigue de forma directa a la persona del aforado en cuyo caso ha de solicitarse la venia parlamentaria<sup>240</sup>. Antes de formular el suplicatorio, la Sala ha de constatar el fundamento de la acción penal sin que para ello esté vinculado por las decisiones anteriores de órganos jurisdiccionales en la misma causa. Así lo advierte el ATS de 13 de abril de 1998 en los siguientes términos:

“resulta indudable que para efectuar dicho análisis riguroso de la fundamentación de la imputación, competencia específica de esta Sala y presupuesto necesario de la resolución que haya de adoptarse, no puede concurrir ningún condicionamiento previo derivado de las decisiones procesales anteriormente adoptadas por otros órganos jurisdiccionales en la tramitación de la causa”.

Se deja, por tanto, un cierto margen de maniobra al instructor del caso que deberá efectuar como señala, para otras situaciones, la STC 100/1996, de 11 de junio, una provisional ponderación de la sospecha y sólo si estima que es verosímil o fundada, deberá considerar a ésta como imputada. Es en este momento en el que debe elevarse el pertinente suplicatorio no pudiendo el instructor retrasar

<sup>239</sup> GIMENO SENDRA, V., CONDE PUMPIDO TOURON, C., y GARBERI LLOBREGAT, J.S, *Los Procesos penales...*, op. cit., pp. 36 y 37.

<sup>240</sup> Vide en este sentido ATS de 19 de julio de 1997

el otorgamiento de tal condición ni prevalerse de un consciente retraso para interrogarle como testigo<sup>241</sup>.

### c. Procedimiento

En cuanto al procedimiento para la solicitud, y, en su caso, otorgamiento del suplicatorio, advirtiendo que la tramitación en el Congreso y en el Senado no es plenamente coincidente, podemos resumirlo como sigue:

En el momento en el que el juez instructor, bien sea de oficio, bien a instancia de parte, estime que aparecen en las diligencias indicios racionales de responsabilidad contra un parlamentario, o estando ya iniciadas si el imputado resultare electo a Cortes Generales, debe suspender las actuaciones y dar traslado de las éstas al Tribunal Supremo<sup>242</sup>, al que le corresponde la instrucción<sup>243</sup>. En el caso de que apreciarse tales indicios la Sala de lo Penal debe acordar se eleve a la Cámara correspondiente la solicitud de autorización para proceder mediante el correspondiente suplicatorio.

Remitido el suplicatorio a la Cámara correspondiente entran en juego las reglas de los respectivos Reglamentos, que no son absolutamente coincidentes. En resumen el *iter* es el siguiente:

1) Iniciación. Una vez el suplicatorio entre en la Cámara, el Presidente de la misma lo remite a la Comisión competente. En el caso del Congreso la decisión de remisión corresponde a la Mesa. Acordada por ésta la remisión, la misma se efectúa en el plazo de cinco días, siendo competente la Comisión del Estatuto de los Diputados. El artículo 13 RC habilita a la Mesa para no cursar aquellos suplicatorios que en su tramitación no haya cumplido la legislación procesal<sup>244</sup>. Por el contrario, en el Senado no existe la calificación por la Mesa, y el Presidente lo remite directamente a la Comisión, que en este caso es una Comisión *ad hoc*, la de Suplicatorios, efectuándose la remisión de forma inmediata<sup>245</sup>.

2) Trámite en Comisión. Recibido el suplicatorio por la Comisión correspondiente, ésta cuenta en ambos casos con un plazo de treinta días (que se computan dentro del período de sesiones) para pronunciarse, previa audiencia del interesado. En ambos casos, la Comisión está facultada para solicitar la documentación pertinente. El dictamen debe evacuarse en el plazo de treinta días.

<sup>241</sup> Vide en el mismo sentido STC 135/1989. Como señalan GIMENO SENDRA, V., CONDE PUMPIDO TOURÓN, C., y GARBERI LLOBREGAT, J.S. *Los Procesos penales...*, op. cit., p. 45, queda patentizado que dicha doctrina, aunque no lo fue para el supuesto de los suplicatorios, marca las funciones del instructor para determinar lo que puede y lo que no puede investigar antes de reconocer la condición de inculgado.

<sup>242</sup> Artículos 750, 752 y 753 LECrim y artículo 2 Ley de 1912.

<sup>243</sup> Artículo 3 Ley de 1912.

<sup>244</sup> Cosa que bien puede suceder. Vide el Suplicatorio contra D<sup>a</sup> Carmen García-Bloise inadmitido el 29 de enero de 1987.

<sup>245</sup> Artículo 22 RS.

3) El acuerdo del Pleno. En ambos casos, emitido Dictamen por la Comisión el asunto pasa al Pleno de la Cámara, a quien corresponde la decisión. En ambos casos el Reglamento obliga a la inclusión en el orden del día del primer Pleno ordinario. Mientras que en el Congreso no hay reglas específicas para ordenar el debate, el RS es más minucioso. Establece la posibilidad de debate, con dos turnos a favor de la concesión y dos en contra y estatuye específicamente que el mismo se efectuará en sesión secreta, cosa que el RC hace en su artículo 63. En ambos casos la votación es nominal y secreta, efectuándose por bolas.

4) La comunicación al Tribunal Supremo. Recaído acuerdo sobre el suplicatorio, ambos reglamentos establecen el deber del Presidente de comunicar la resolución al Tribunal Supremo en el plazo de ocho días. El artículo 14.1. RC especifica que el Presidente debe advertir al Tribunal de la obligación que al mismo corresponde de comunicar a la Cámara los Autos y Sentencias que se dicten y afecten personalmente al Diputado.

#### d. Criterios para resolver el suplicatorio

Sentado que no nos encontramos ante un acto de tipo judicial cabe clarificar en qué consiste el examen de la cuestión que ha de llevar a la Cámara a decidir sobre la concesión o denegación del suplicatorio. Señala BISCARETTI, “esta claro, en fin, que la Cámara, en su decisión, no debe sustituir al juez (contrastando la culpabilidad, o no, del imputado), sino que debe comprobar, con criterio exquisitamente político, si tras la imputación no se oculta una persecución contra el parlamentario y, de todos modos, si parece oportuno actuar el proceso o asumir la provisión requerida”<sup>246</sup>. Se trata en definitiva, y tal como señala el Tribunal Constitucional 90/1985, de 22 de julio de un juicio de oportunidad o intencionalidad que realiza una valoración sobre el significado político de las acciones penales dirigidas contra Diputados y Senadores<sup>247</sup>

Ello no obstante, y tal como se desprende de lo anterior, se hace necesario algún tipo de examen de la cuestión para poder conceder o denegar el suplicatorio, más si tenemos en cuenta la exigencia que el acto del Parlamento que decide en un sentido o en otro sea motivado. De la imposibilidad de que el Parlamento sustituya al Poder Judicial no cabe deducir, en palabras de MARTÍNEZ SOSPEDRA que el Parlamento “no puede entrar en el fondo del asunto, cosa que por demás estaría en contradicción con la legislación, ya que la misma establece la necesidad de remitir con el suplicatorio las actuaciones judiciales ( art.5 pf segundo de la ley de 1912), aunque solo fuere por la sencilla razón de que sin entrar en el fondo del mismo no es posible apreciar la concurrencia de los elementos que permiten la legitimidad constitucional de la denegación de la autorización para

<sup>246</sup> BISCARETTI, P., *Derecho constitucional*, op. cit., pp. 382-383.

<sup>247</sup> FJ 6. En el mismo sentido STC 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 4.

proceder<sup>248</sup>. Por lo tanto, hay que matizar la imposibilidad de que el Parlamento entre a conocer del fondo del asunto. Se hace necesario que entre a conocer los antecedentes que llevan a la solicitud del suplicatorio. Ello es totalmente obvio pues de lo contrario tendría que tomar una decisión a ciegas; pero su decisión no puede tomarse con criterios judiciales sino simplemente políticos lo que conlleva que el examen no ha de ir encaminado en ningún caso a intentar descubrir si el diputado o senador es culpable o inocente, a intentar adivinar cual va a ser el sentido de la sentencia que en su día se dicte. Se pregunta FERNÁNDEZ-VIAGAS, “¿cómo es posible ese control previo de tipo político, sin entrar a examinar los hechos?”<sup>249</sup>. Opina este autor que “es evidente que un pronunciamiento riguroso de las Cámaras sobre el suplicatorio que les fuere sometido, requiere entrar en el fondo del asunto. Las tesis contrarias parten de la idea según la cual la Asamblea debería limitarse a la comprobación del llamado *fumus persecutionis*, a la existencia de un ánimo manipulador en la acción ejercitada, pero tal razonamiento parece constituir una mera elucubración carente de conexión con la realidad. La constatación del carácter manipulador o arbitrario o falso, en definitiva, de la imputación realizada, no podrá efectuarse sin conocer en profundidad los hechos concretos a que se refiere la acción”<sup>250</sup>. Eloy GARCÍA, deja un tanto de lado la existencia del *fumus persecutionis* al advertir que la Cámara “no ha de entrar en el fondo del asunto, es decir, no lleva aparejado un veredicto de culpabilidad o inocencia respecto de la conducta del diputado, sino que únicamente se ocupa de examinar lo fundado o infundado de los cargos acusatorios que en su contra se hubiesen promovido”<sup>251</sup>, pero, en última instancia, la exigencia de analizar “lo fundado o infundado” de lo cargos exige un análisis del fondo.

Lo anterior nos lleva al análisis de cuáles han de ser los criterios que ha de utilizar la Cámara en su decisión, cuestión que como señala PIZZORUSSO, plantea enormes problemas suscitados por la incertidumbre a la hora de señalarlos<sup>252</sup>. Como señala FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, se trata de descubrir “si existen persecuciones arbitrarias, motivaciones injustificadas que pretendan alejar al parlamentario del ejercicio de su función, sin entrar en el fondo del asunto y sin pronunciarse en ningún caso en términos de culpabilidad o inocencia”<sup>253</sup>; y ello con el fin, tal como señala el Tribunal Constitucional en su sentencia 90/1995, de 22 de julio, de evitar que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de la Cámara o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular<sup>254</sup>. El propio Tribunal Constitucional apunta que la

<sup>248</sup> MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *La inmunidad...*, op. cit., p. 154.

<sup>249</sup> FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *La inviolabilidad...*, op. cit., p. 151

<sup>250</sup> FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *Idem*.

<sup>251</sup> GARCÍA, E., *Inmunidad parlamentaria...*, op. cit., p. 75.

<sup>252</sup> PIZZORUSSO, A., “Las inmunidades...”, op. cit., p.43.

<sup>253</sup> FERNÁNDEZ MIRANDA-CAMPOAMOR, A., “La inmunidad...”, op. cit., p. 224.

<sup>254</sup> FJ 6.

Cámara ha de conocer el fondo del caso cuando en la STC 206/1992, de 23 de diciembre advierte que habrá de tenerse en cuenta la gravedad, la trascendencia y las circunstancias de los *bechos imputados*<sup>255</sup>, o cuando reiteradamente viene señalando que la Cámara ha de examinar qué se esconde detrás del suplicatorio: un *fumus persecutionis*, un intento del alterar la composición y el funcionamiento de la Cámara, etc. Si es necesario que la Cámara analice las repercusiones que sobre el funcionamiento y la composición puede tener la concesión de la autorización, claramente se deduce que ha de realizar un análisis del fondo, pues ésta sólo puede repercutir gravemente en su funcionamiento o sólo puede alterar su composición en los casos en que la libertad personal del parlamentario sufra algún tipo de restricción por lo que se tendrá que analizar esa posible eventualidad, cosa que sólo puede realizarse examinando el fondo del caso.

La cuestión, entendemos, no es si la Cámara examina el fondo del asunto, pues como señala FERNÁNDEZ-VIAGAS, lo contrario sería desconocer la realidad. La cuestión se centraría, en todo caso, en examinar qué tipo de criterios han de utilizarse para decidir la concesión o denegación de la autorización. Y allí la solución se muestra difícil. Si de lo que se trata, tal como señala el Tribunal Constitucional es de descubrir si detrás de la acusación se esconden motivaciones políticas, como dice FERNÁNDEZ-VIAGAS, “determinar que una acusación es falsa y que ha venido motivada por razones de venganza política es tanto como reconocer la inexistencia de datos reales en los que sustentar una acusación”<sup>256</sup>, ello parece exigir criterios más allá de los estrictamente políticos. Enumeremos pues, posibles criterios a tener en cuenta por la Cámara a la hora de adoptar un acuerdo:

1. La existencia de un *fumus persecutionis*. Advierte PIZZORUSSO, que no puede descartarse, ni aun en los países en que la independencia e imparcialidad judicial está asegurada, la existencia en un momento dado de un *fumus persecutionis*, por aunque sería demasiado rígido que la única posibilidad de negar la autorización resultare de un intento persecutorio claro<sup>257</sup>. Así lo ha entendido nuestro Tribunal Constitucional que en su sentencia 206/1992, de 27 de noviembre señala:

“Sí es claro, sin embargo, que la hipótesis de una intencionalidad hostil a la institución parlamentaria en la actuación judicial, determinante en los orígenes del instituto (“*fumus persecutionis*”), debe ser hoy considerado un supuesto no descartable, más su capacidad de agotar el sentido del instituto supondría la restricción del mismo a unos límites que no parecen haber sido los queridos por el constituyente” (FJ 3).

Manifiesta, por lo tanto, el Tribunal Constitucional que uno de los criterios válidos que la Cámara puede tener en cuenta es la existencia del *fumus persecutionis*, pero no agota las posibilidades. Ello no obstante, el Tribunal no va más allá y no

<sup>255</sup> FJ 3.

<sup>256</sup> FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *La inviolabilidad...*, op. cit., p. 151.

<sup>257</sup> PIZZORUSSO, A., “Las inmunidades...”, op. cit., p. 45.

indica otros criterios posibles a tener en cuenta. Al respecto hay que señalar varias cuestiones. En primer lugar, la existencia de un *fumus persecutionis* no resuelve la cuestión plenamente pues queda irresoluta la pregunta de cual ha sido el criterio utilizado para descubrir la existencia de dicha intencionalidad, salvo que sea tan evidente que saltara claramente a la vista, cosa más que dudosa. En segundo lugar, la existencia de un *fumus persecutionis*, no excluye en absoluto que no haya visos de realidad en los hechos imputados. Es completamente posible que se intente eliminar un adversario político denunciando, unos hechos ciertos<sup>258</sup>. En este caso, la intencionalidad política existe, y además es lo que realmente ha movido a presentar la oportuna denuncia o querrela, pero los hechos que se imputan no son falsos. Como señala FERNÁNDEZ-VIAGAS, “no es incompatible la existencia de una intención de venganza o persecución política con la realidad de los hechos imputados”<sup>259</sup>. ¿La comprobación de que la denuncia o querrela tiene ese carácter político podría a llevar a denegar el suplicatorio en este caso?, entendemos que no. Es decir, que se de un *fumus persecutionis* no es garantía de la falsedad de la acusación. Pero es que, en tercer lugar, hay una circunstancia nada desdeñable: el suplicatorio es solicitado por el Tribunal Supremo previo examen de los hechos. Si el órgano judicial decide solicitarlo es que ve indicios racionales de culpabilidad. Si la Cámara decide denegar el suplicatorio tras analizar el caso, no está tanto decidiendo que la persona que denunció los hechos lo hacia movido por un *animus* determinado sino que realmente lo que viene a decir es que el Tribunal Supremo no se está moviendo por criterios jurídicos sino políticos, y además torpes. GARCÍA MORILLO describe perfectamente la situación: “el procesamiento ha sido solicitado por un juez –más exactamente por el Tribunal Supremo–, aun cuando la acción penal inicial la haya instado un particular. De suerte que la conclusión “lógica” de la denegación del suplicatorio es que el suplicatorio no está movido por el ánimo de impartir justicia, sino por el de perseguir políticamente al parlamentario o perturbar, alterar o condicionar la composición o actuación de la Cámara; dicho de otra forma, la denegación lleva a pensar que el juez que solicitó el procesamiento, impulsado por una persecución o finalidad política, prevaricó...En efecto, resulta difícil que un proceso instigado por un ánimo persecutorio pueda ser tramitado, y culminar en la petición del suplicatorio, si no concurren o la prevaricación dolosa o la negligencia o la ignorancia inexcusable”<sup>260</sup>. Lo cual nos lleva a la pregunta de en qué lugar queda la discrecionalidad de la Cámara para conceder o denegar el suplicatorio. No hay que olvidar que el caso no es examinado por cualquier tribunal sino que, merced a la prerrogativa del aforamiento, es el Tribunal Supremo o los tribunales superiores de justicia para los diputados autonómicos, el encargado

<sup>258</sup> En este sentido a nadie escapa que partidos políticos, medios de comunicación, grupos financieros, etc. manejan gran cantidad de información sobre sus adversarios que administran según sus intereses, por lo que no es de extrañar una denuncia o una filtración a los medios de comunicación realizada por criterios de mera oportunidad política.

<sup>259</sup> FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *La inviolabilidad...*, op. cit., p. 139.

<sup>260</sup> GARCÍA MORILLO, J., “Contenido, finalidad...”, op. cit., pp. 97 y 98.

de hacerlo pues con ello se pretende, en teoría, una mayor seguridad y garantía de independencia, de imparcialidad y, también, de sabiduría jurídica que las que pueda ofrecer cualquier otro órgano jurisdiccional, por lo que los argumentos a favor del aforamiento, de alguna manera, quitan fuerza a la posibilidad de denegar el suplicatorio por la existencia de una intencionalidad persecutoria. Como añade FERNÁNDEZ-VIAGAS, “en un Estado de Derecho consolidado, parece absurdo pensar que tenga sentido dotar de protección suplementaria a los parlamentarios frente a unas acciones que pudieran estar guiadas por la pasión política. Para esto están precisamente los tribunales. Pensar en la necesidad de un instituto específico como la inmunidad, no puede nacer más que de un sentimiento de recelo hacia el Poder Judicial que en España pudo estar justificado en los momentos de la transición política, por el íntegro mantenimiento de los cuadros de la judicatura del régimen anterior, pero que resulta difícilmente sostenible fuera de esos supuestos coyunturales”<sup>261</sup>.

2. Un segundo criterio a tener en cuenta es el objetivo-finalista. De las sentencias del Alto Tribunal se deducen varias finalidades, compatibles entre sí, de la inmunidad: la perturbación del funcionamiento de las Cámaras, la indebida alteración de su composición y garantizar la libertad e independencia de la institución parlamentaria. Dejando de lado esta tercera finalidad, que constituye el objetivo último y común a inviolabilidad e inmunidad, observamos que es la alteración indebida de la composición y el funcionamiento de la Cámara es lo que ha de evitar la inmunidad.

A este criterio objetivo-finalista hace referencia el Alto Tribunal en la STC 90/1985, en los siguientes términos:

“La denegación de los mismos [los suplicatorios] haya de considerarse correcta, desde la perspectiva del art. 24.1 CE, únicamente en el caso que dicha denegación sea conforme a la finalidad que la institución de la inmunidad parlamentaria persigue y en la que la posibilidad de denegación se fundamenta” (FJ 6)

Esta finalidad no es otra, de acuerdo con la STC 206/1992, de 23 de diciembre, que proteger el interés superior de la representación nacional de no verse alterada ni perturbada, ni en su composición ni en su funcionamiento, por eventuales procesos penales que puedan incoarse frente a sus miembros, por lo que la denegación del suplicatorio sólo sería acorde con dicha finalidad:

“si la inculpación o procesamiento puede producir el resultado objetivo de alterar indebidamente la composición o el funcionamiento de dichas Cámaras” (FJ 4)

<sup>261</sup> FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *La inviolabilidad...*, op. cit., p. 141.

En este sentido, afirma GÓMEZ SÁNCHEZ, “la denegación del suplicatorio sólo debe basarse en la consideración por parte de la Cámara de que la separación del parlamentario de su labor perjudicaría tan notablemente la marcha de los trabajos de la Cámara que no debería producirse”<sup>262</sup>. Ello no obstante, el punto débil lo encontraríamos en que no se tendrían en cuenta los hechos que daban lugar a la solicitud del suplicatorio. Señala, por el contrario, PIZZORUSSO, que adoptar únicamente esta postura “parece excesivamente rígida, ya que equivaldría a prescindir de toda valoración relativa al contenido de la acción judicial que pretende ejercitarse contra el parlamentario”<sup>263</sup>, además de que hoy por hoy sería muy difícil encontrarse con un caso en el que fuera imprescindible la presencia el parlamentario. Este criterio objetivo, por lo tanto, por si sólo, no resuelve la cuestión<sup>264</sup>.

Mantiene el Tribunal Constitucional que la inmunidad responde al interés superior de la representación nacional de no verse alterada ni perturbada, ni en su composición ni en su funcionamiento, por eventuales procesos penales que puedan incoarse frente a sus miembros, por actos producidos tanto antes como durante su mandato, en la medida en que de dichos procesamientos o inculpaciones pueda resultar la imposibilidad de un parlamentario de cumplir efectivamente sus funciones. La cuestión es averiguar el sentido que hay que darle a la “alteración indebida de la composición y funcionamiento de la cámara. ¿A qué se está refiriendo con ella el Alto Tribunal? Desgraciadamente expresamente rehuye concretar más el significado de la expresión:

“Hasta ahora este Tribunal no ha precisado más la finalidad constitucional de la inmunidad parlamentaria, ni es evidente que deba hacerlo, en este momento, en mucha mayor medida.” (FJ 3).

En su voto particular, señala GIMENO SENDRA, que la doctrina de la inmunidad elaborada en esta sentencia peca de “reduccionista” en la medida en que de acuerdo con la misma, en el futuro el ámbito de aplicación de la prerrogativa quedaría ceñido “a los casos en los que el Diputado o Senador se encuentre privado de libertad, único supuesto en el que la imposibilidad física del parlamentario

<sup>262</sup> Hay que advertir que la autora añade a continuación “o bien que advierta de forma objetiva la existencia de elementos extrajudiciales en la persecución judicial del parlamentario afectado” con lo que introduce el criterio subjetivo. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “sobre las garantías...”, op. cit., pp. 95 y 96.

<sup>263</sup> PIZZORUSSO, A., “Las inmunidades...”, op. cit., p. 44.

<sup>264</sup> Entendemos, en cambio, que jugaría un papel importante, de reformarse la institución e introducir la posibilidad de aplazar la decisión, el procesamiento o incluso la ejecución de la condena (vide en este sentido el artículo 68 de la Constitución italiana o el 26.3 de la Constitución francesa que permiten la suspensión de la condena penal que estuviere sufriendo un parlamentario cuando así lo considerasen conveniente las Cámaras). De esta manera, el aplazamiento tendría lugar en el caso de que del examen de los hechos se dedujera la necesidad imperiosa de la presencia del parlamentario a fin de evitar una grave distorsión en la formación de la voluntad parlamentaria o en el trabajo parlamentario, circunstancia, por otra parte, extraordinaria.

para acudir a las Cámaras podría alterar su composición y funcionamiento”. Sin embargo, advierte el magistrado, “del tenor literal del art. 71.2 CE se deduce que la institución del suplicatorio, no sólo protege al Diputado o Senador detenido o sometido a prisión provisional, sino en general a quienes hayan sido “inculpados” o “procesados”, es decir, a todo Diputado o Senador que haya sido objeto de una imputación judicial y, por tanto, con independencia de que pueda trasladarse al Congreso o al Senado a fin de ejercer sus funciones parlamentarias”. Coincidente en este punto es el voto particular del magistrado GARCÍA-MON que advierte que una cosa es la necesidad de motivar el acuerdo de la Cámara y otra bien distinta es que la denegación solo pueda acordarse cuando quede afectado el normal funcionamiento de las Cámaras. Para el magistrado, “si esto fuera así de forma determinante, el constituyente podía y tenía que haberlo señalado en el art. 71.2 CE; y si no lo hizo no puede, en mi criterio, establecer este Tribunal un condicionamiento que no figura en el texto constitucional y que, de entenderse tan rigurosamente, haría prácticamente inaplicable la previsión contenida en la Constitución”.

Para MARTÍN RETORTILLO, el Tribunal Constitucional al establecer como único criterio válido para la denegación de la autorización la circunstancia de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar su composición “más que interpretar, que implica siempre contar con algo a que agarrarse, está inventando”<sup>265</sup>, en sentido similar ALBA NAVARRO afirma que “no existe precepto alguno en la Constitución que, al menos literalmente ampara semejante interpretación”<sup>266</sup> y sigue diciendo que “lejos están los tiempos en los que verdaderamente podían preocuparse las cámaras de ver disminuido el número de representantes populares por la actuación de los gobernantes, bien directa, bien mediatamente a través de órganos judiciales absolutamente sumisos”<sup>267</sup>. ¿Son acertadas estas apreciaciones realizadas por los anteriores autores? Entendemos que sí. Efectivamente, aunque el Tribunal Constitucional no lo diga expresamente, sí parece deducirse de la propia sentencia que está pensando en los casos en que la libertad personal del parlamentario pueda quedar afectada y en este sentido el Alto Tribunal pone en relación directa la perturbación del funcionamiento de la Cámara o la alteración de su composición con la libertad personal del parlamentario cuya privación sería la que efectivamente llevaría a dichas consecuencias impidiendo realmente que el parlamentario afectado pudiera cumplir efectivamente sus funciones:

<sup>265</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Inmunidad parlamentaria y separación de poderes”, *Inmunidad parlamentaria y jurisprudencia constitucional*, Cuadernos y Debates n.º 46, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 61.

<sup>266</sup> ALBA NAVARRO, M., “prerrogativas parlamentarias...”, op. cit. p.31. PÉREZ ROYO, al hilo de los anteriores votos particulares, ¿en qué precepto de la Constitución española se basa el Tribunal Constitucional para llegar a esta conclusión? “obviamente en ninguno, pues los términos del art. 71 de la Constitución son bastante claros” PÉREZ ROYO, J., “¿Constitucionalidad o legitimidad?”, *El País*, 14 de diciembre de 1992.

<sup>267</sup> ALBA NAVARRO, M., “prerrogativas parlamentarias...”, op. cit., p.32.

La inmunidad (...) está concebida como una protección de los Diputados y Senadores frente a (...) “la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular” (STC 90/1985, f. j. 6.º).

Esta última afirmación sería concretada 3 años más tarde por este Tribunal, al declarar que “la inmunidad... es una prerrogativa de naturaleza formal que protege la libertad personal de los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales que pueden desembocar en privación de libertad, evitando que, por manipulaciones políticas, se impida al parlamentario asistir a las reuniones de las Cámaras y, a consecuencia de ello, se altere indebidamente su composición y funcionamiento” (STC 243/1988, f. j. 3.º).” (FJ 3).

Ello no obstante, esta concepción, además de ser tachada de reduccionista por determinados autores tiene otro punto débil que es la necesidad de analizar la cuestión desde planteamientos jurídicos y no políticos pues no de otro modo se puede valorar que la autorización puede conllevar la pérdida de la libertad del parlamentario, además de que, como señala GARCÍA-MON en su voto particular el resultado de los procesos penales no puede ser previsto por el acuerdo de la Cámara.

3. Un tercer criterio que parece tener en cuenta el Tribunal Constitucional es el de la proporcionalidad. Así, por ejemplo, en la STC 206/1992 se advierte que el interés superior de la representación nacional no debe imponerse en todo caso a la prosecución de la acción de la justicia, pues “habrá de depender también de la *gravedad, de la trascendencia y de las circunstancias de los hechos imputados*”.

4. Un cuarto criterio, éste rechazable, es el carácter “político del hecho imputado” para denegar la autorización. Advierte PIZZORUSSO que dicho criterio lleva en la práctica a constituir un área de irresponsabilidad adicional respecto a lo previsto para las opiniones expresadas en el ejercicio de las funciones parlamentarias, no acorde con la Constitución<sup>268</sup>. Este criterio ha sido empleado por el Senado en el Caso González Bedoya ( STC 206/1992, de 27 de noviembre). El Texto del Informe de la Comisión de Suplicatorios del Senado basaba en puras motivaciones políticas la denegación de la autorización de proceder contra el senador en cuestión:

“Que las manifestaciones vertidas por el Senador González Bedoya lo fueron en el ejercicio de una función estrictamente política, más exactamente en el marco de una valoración política de la actividad de los órganos de Gobierno de la CA Cantabria, en el uso del libre ejercicio del derecho de crítica que corresponde a todo ciudadano, especialmente a quienes están investidos de la condición de representantes del pueblo español”.

<sup>268</sup> PIZZORUSSO, A., “Las inmunidades...”, op. cit., p. 45.

“Dado que el Sr. González Bedoya actuó en su condición de Senador y que las diversas cuestiones planteadas en el expediente dieron también lugar a declaraciones y manifestaciones de naturaleza política por parte del querellante, la Ponencia entiende por mayoría que existen razones fundadas en el carácter objetivo de la inmunidad parlamentaria que mueven a denegar la autorización solicitada”.

La distinción entre “delitos políticos” y “delitos comunes” a efectos de no levantar la inmunidad en el primer caso ha sido objeto de críticas, entre otros por FERNÁNDEZ-MIRANDA, para quien esta práctica es totalmente inadecuada al fundamento de la inmunidad pues de no existir un intento de manipulación o una arbitrariedad en la persecución que suponga un atentado a la autonomía parlamentaria y una injerencia inmotivada en la composición de la Cámara (y ello puede hacerse, como advierte el propio autor, tanto manipulando o inventando un delito político como común) el suplicatorio “debe concederse al margen de la naturaleza política o común de los hechos imputados”<sup>269</sup>. En sentido similar se manifiesta GÓMEZ BENÍTEZ para quien “no es la naturaleza del delito lo que decide, sino la naturaleza de la pretensión judicial: si ésta es la simple persecución de un hecho delictivo no amparado por la inviolabilidad no hay razón ninguna para denegar el suplicatorio”<sup>270</sup>. Como acertadamente advierte GARCÍA MORILLO, “la inmunidad no protege a quienes cometen delitos por motivaciones políticas, como motiva el Senado”<sup>271</sup>, sino que protege frente a quienes por móviles políticos orden una acusación penal. La determinación de la pertinencia de conceder el suplicatorio no va, por eso, ligada al acto por el que se persigue al parlamentario, sino a la persecución misma: es en ésta, y no en el delito, donde hay que detectar motivación política”<sup>272</sup>.

FERNÁNDEZ-VIAGAS, no obstante asumir la crítica de PIZZORUSSO señalada anteriormente, intenta reconducir este criterio transformando los “delitos políticos” en “delitos de opinión”, de tal suerte que “la expresión oral o escrita del propio pensamiento constituiría un criterio a tener efectivamente en cuenta. El delito de opinión no supondría más que la manifestación de una protesta ideológica (en cuanto infractora del ordenamiento jurídico) que al no superar la esfera intelectual o de pensamiento revelaría un menor grado de peligrosidad criminal y conectaría, de otra parte, con las concepciones que entienden que los representantes del pueblo deberían gozar de un plus de libertad de expresión en atención a las importantes funciones que les están encomendadas”<sup>273</sup>. En este sentido, como pone de relieve la doctrina, parece discurrir la Dieta Federal Alemana que advierte que “aprobará la incoación de procedimientos penales de instrucción contra diputados de la propia Dieta Federal por actos delictivos, a menos que se trate de *injurias de carácter político*”.

<sup>269</sup> FERNÁNDEZ MIRANDA-CAMPOAMOR, A., “La inmunidad...”, op. cit., p. 235.

<sup>270</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “La inviolabilidad...”, op. cit., p. 73.

<sup>271</sup> STC 206/1992, Caso González Bedoya.

<sup>272</sup> GARCÍA MORILLO, J., Contenido, finalidad..., op. cit., p. 88.

<sup>273</sup> FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *La inviolabilidad...*, op. cit., p. 136.

Con este criterio, advierte FERNÁNDEZ-VIAGAS, la inmunidad cobraría sentido en la “necesidad de mantener la composición ideológica de la cámara, cualquiera que fuere la procedencia o improcedencia de las acciones”<sup>274</sup>. Advierte, ello no obstante, que dicha línea doctrinal no ha sido recogida por nuestra Constitución. La cuestión tiene un gran calado no sólo doctrinal sino práctico. Como el propio autor pone de manifiesto, no se nos oculta que el anterior razonamiento podría conducir a la paradoja de que la institución de la inmunidad sólo cabría ser aplicada a favor de las minorías antisistema que, en la generalidad de los países europeos, hacen de la violencia un instrumento normal de lucha política<sup>275</sup>. Efectivamente, hoy asistimos en Europa al rebrote de movimiento y partidos políticos no democráticos y los parlamentos europeos se están plagando de parlamentarios con nula vocación democrática. Las pasadas elecciones presidenciales francesas y las legislativas holandesas son buena muestra de ello. El TEDH tiene una amplia jurisprudencia sobre la posibilidad de ilegalizar un partido político cuando su programa, proyecto o actuaciones ataquen gravemente la democracia<sup>276</sup>. La Ley de Partidos Políticos ha abierto el debate sobre la posibilidad de ilegalizar un partido que atente gravemente al orden democrático. En su Preámbulo se incide en la necesidad de que la legislación sobre la cuestión “incida especialmente en la vertiente democrática de los partidos y de su actividad, como condición inexcusable para el funcionamiento del sistema democrático y el respeto de las libertades y los derechos fundamentales” siendo “imprescindible identificar y diferenciar con toda nitidez aquellas organizaciones que defienden sus ideas y programas, cualesquiera que sean, con un respeto escrupuloso de los métodos y principios democráticos, de aquellas otras que sustentan su acción política en la connivencia con la violencia, el terror, la discriminación la exclusión y la violación de los derechos y libertades”. En este contexto, el temor de FERNÁNDEZ-VIAGAS, se nos antoja más que fundado.

5. Un quinto criterio, también rechazable, es la defensa de la reputación del parlamentario, pero que, como señala PIZZORUSSO, no parece fácil la determinación de un criterio que tenga en cuenta en alguna medida el interés personal del miembro del Parlamento en la defensa en juicio de su reputación<sup>277</sup>.

<sup>274</sup> FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *Ibidem*, op. cit., p. 145.

<sup>275</sup> FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *Ibidem*, op. cit., p. 144.

<sup>276</sup> Vide especialmente STEDH Partido de la Prosperidad de 31 de julio de 2001, en la que el TEDH consideró que no vulneraba el artículo 11 CEDH la ilegalización de dicho partido por parte de las autoridades turcas desde el momento que de las declaraciones de sus principales dirigentes se deducía un proyecto político (instaurar la *Sharia* o ley musulmana y la referencia a la *Yibab* o guerra santa así como, en general, a la violencia como método para alcanzar sus propósitos que no eran otros que el triunfo de la nación musulmana sobre el resto). Vide igualmente Ss-TEDH Partido Comunista Unificado de Turquía de 30 de enero de 1998 y Partido de la libertad y la democracia de 8 de diciembre de 1998.

<sup>277</sup> PIZZORUSSO, A., “Las inmunidades...”, op. cit., p. 45.

6. Al hilo de lo anterior MARTÍN-RETORTILLO, insiste en un criterio que no ha sido, en ningún momento, invocado ni por las Cámaras ni por el Tribunal Constitucional aunque, advierte, la Dieta Federal alemana ha hecho uso de él conjuntamente con el de “garantizar la capacidad de funcionamiento de la Dieta Federal”. Nos estamos refiriendo a “salvaguardar el prestigio de la Cámara”<sup>278</sup>. Ello no obstante, el propio autor reconoce no poder profundizar sobre la cuestión. Indudablemente, el Parlamento, como cualquier otro poder del Estado, a lo mejor con mayor razón que otro, ha de gozar de prestigio entre la sociedad, de tal suerte que el pueblo soberano confíe plenamente en el órgano que más directamente lo representa. Ello, sin duda, es muestra de buena salud democrática pues allí donde los ciudadanos no confían en sus instituciones se crea un grave problema de legitimidad. Sentado esto, sólo mencionar que tanto el Tribunal Constitucional como el TEDH han tenido ocasión de sentar una importante jurisprudencia con relación al prestigio de las instituciones y aunque no se han referido al Parlamento si lo han hecho con relación a la Administración y especialmente con el Poder Judicial<sup>279</sup>. De su jurisprudencia, se desprende que las instituciones no tienen como tales derecho al honor pero sí de “dignidad, prestigio o autoridad moral” que no son exactamente identificables con el derecho al honor pero que son valores que merecen ser protegidos. Ahora bien, también advierten ambos tribunales, que el nivel de crítica es más amplio cuando se refiere a las instituciones que cuando tiene por objeto las personas individuales, al igual que es más amplio en relación con los personajes públicos, especialmente los que ocupan cargos públicos, que cuando se refiere a las personas sin dicha dimensión. Ello no obstante, advierten ambos tribunales, las críticas para ser amparadas han de tener una base fáctica real de lo contrario, de existir sólo un ánimo difamatorio, dichas expresiones no merecen ser amparadas. ¿Cómo puede ser trasladada esta jurisprudencia aquí? La cuestión pasa por examinar la existencia de un determinado *animus*, en este caso no persecutorio sino *injuriandi* o *difamandi*. Es decir, volvemos a la cuestión de la necesidad de que la Cámara descubra la existencia, de una intencionalidad, en este caso, de un ánimo de vilipendiar, cosa que, como hemos señalado al tratar la cuestión del *fumus persecutionis* presenta bastantes problemas.

6. Tampoco es adecuado, tal como advierte FERNÁNDEZ MIRANDA-CAMPOAMOR, la denegación del suplicatorio en base a la levedad de los cargos imputados, pues, en definitiva, “la inmunidad no es una protección contra cargos menores sino contra procesos fabricados con independencia de la gravedad de los hechos”<sup>280</sup>.

<sup>278</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., Inmunidad..., op. cit., p. 63.

<sup>279</sup> Vide en este sentido SsTEDH Sunday Times de 26 de abril de 1976, Barfod de 22 de febrero de 1989, Castells de 23 de abril de 1992, Prager y Oberschlick de 26 de abril de 1995, De Haes y Gijssels de 24 de febrero de 1997, Schöpfer de 20 de mayo de 1998, Janowski de 21 de enero de 1989; ATC 106/1980, de 26 de noviembre, SsTC 51/1985, de 10 de abril, 107/1988, de 8 de junio, 190/1992, de 15 de febrero y 139/1995, de 26 de septiembre.

<sup>280</sup> FERNÁNDEZ MIRANDA-CAMPOAMOR, A., “La inmunidad...”, op. cit., p. 236.

En definitiva, se trata de un juicio de corte político y no jurídico de tal suerte que, tal como señala el Alto Tribunal español, la protección de la inmunidad no se orienta a la improcedencia o a la falta de fundamentación de las acciones penales dirigidas contra los Diputados o Senadores, pues no cabe mayor defensa frente a tales riesgos o defectos de tipo jurídico que la proporcionada por los Jueces y Tribunales a quienes el art. 117.1 CE atribuye, de manera específica, la tarea de aplicar el ordenamiento para la administración de justicia. La amenaza frente a la que protege la inmunidad sólo puede serlo de tipo político, y consiste en la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular. La posibilidad de que las Cámaras aprecien y eviten esa intencionalidad es lo que la Constitución ha querido al otorgarles la facultad de impedir que las acciones penales contra sus miembros prosigan, y lo que permite, por tanto, la institución de la inmunidad es que las propias Cámaras realicen algo que no pueden llevar a cabo los órganos de naturaleza jurisdiccional como es una valoración sobre el significado político de tales acciones. Para valorar el significado político de tales acciones no pueden ser utilizados, como se desprende de lo anterior, criterios jurídicos, reservados a los tribunales y que, además, las Cámaras desconocen. El problema llega a la hora de fijar claramente cuales son los criterios para llevar a cabo una valoración política de los hechos. Examinar si existe un *fumus persecutionis* no es más que entrar a conocer del fondo y tampoco garantiza el acierto en la decisión pues no elimina que los hechos imputados tengan visos de realidad. El criterio objetivo-finalista, es decir, negar el suplicatorio sólo en el caso de que la no presencia del parlamentario tenga un peso decisivo en la formación de la voluntad parlamentaria, desconoce los hechos que dieron lugar al suplicatorio que no son otros que la existencia de indicios racionales de culpabilidad y reduce el margen de actuación del acuerdo de la Cámara a los casos en que la autorización conllevará la pérdida de libertad del parlamentario, lo que tampoco supondría, de entrada, un grave quebranto de la composición o funcionamiento de la Cámara. Ninguno de los criterios que se han apuntado anteriormente como válidos parece que puedan actuar de forma aislada, sino más bien combinados.

Interesante es traer a colación el criterio utilizado por la doctrina francesa para quien el examen debe ceñirse a si el suplicatorio se funda en “demanda seria y leal”, no comportando juicio de fondo, de tal modo que si la Cámara estima que la demanda carece de cualquiera de esas dos notas está legitimada para denegar la autorización. Tal criterio fue avalado por la resolución del Consejo Constitucional de 10 de julio de 1962, que exige que la actuación parlamentaria verse sobre el carácter serio, leal y sincero del suplicatorio.

#### e. Requisitos del acuerdo. La motivación

A la hora de abordar los requisitos que ha de reunir la autorización o la denegación del suplicatorio se hace una vez más patente la insuficiencia de

la normativa actual. El artículo 71 no menciona ningún requisito que haya de reunirse dicha autorización o denegación. El artículo 14 del Reglamento del Congreso señala simplemente que en el plazo de ocho días contados a partir del acuerdo del Pleno de la Cámara sobre concesión o denegación de la autorización solicitada, el Presidente del Tribunal dará traslado del mismo a la autoridad judicial. El artículo 22 del Reglamento del Senado se pronuncia en sentido similar. No encontramos mayores aclaraciones en el artículo 7 de la Ley de 1912 ni el artículo 754 de la LECrim. Si analizamos el procedimiento vemos, por una parte, que el acuerdo final se vota en votación nominal y secreta. Por otra parte, una de las cuestiones más polémicas del procedimiento es, sin duda, la denegación *ex silentio*. Los reglamentos de ambas prevén la posibilidad del silencio de la Cámara. Esta tiene para pronunciarse un plazo de sesenta días, contados a partir de la entrada del suplicatorio, el régimen establecido es idéntico y el silencio comporta la denegación de la autorización parlamentaria<sup>281</sup>.

Hay que partir de la base de que nos encontramos, como se ha señalado, ante un acto parlamentario discrecional con trascendencia externa, de tal suerte que de acuerdo con la STC 90/1985 (caso Barral I), por un lado, las Cámaras disponen libremente, pero, por otro, esta facultad no puede ser utilizada arbitrariamente pues no escapa al principio de sometimiento a la Constitución, de lo que deriva que pueda ser controlada por el Tribunal Constitucional pues puede entrar en conflicto especialmente con el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1.CE:

“La disponibilidad del proceso penal se convierte, de esta manera, en el objeto sobre el que deciden dichos órganos parlamentarios, de los que no puede afirmarse, en consecuencia, que sean ajenos a la prestación de la tutela judicial. Esta, por el contrario, dependerá, en último término, de una actuación parlamentaria –la que conceda o deniegue el correspondiente suplicatorio–, actuación que adquiere relieve jurisdiccional y es, por tanto, susceptible de examen desde la perspectiva del art. 24.1 CE,” (FJ 4).

Ahora bien, que entre en juego este derecho, no supone que automáticamente el suplicatorio tiene que ser concedido pues en dicho caso el acto no sería discrecional sino debido, cosa que no es lo deseado por la Constitución por lo que la inmunidad implica siempre una posibilidad de que sea denegado el derecho al proceso penal, posibilidad que, tal como advierte el propio Alto Tribunal, no contradice el mandato del artículo 24.1. CE. Ahora bien, para no entrar en contradicción con dicho precepto se exige que la denegación del suplicatorio responda a la finalidad de la prerrogativa.

<sup>281</sup> Artículo 14.2. RC: “El suplicatorio se entenderá denegado si la Cámara no se hubiera pronunciado en el plazo de 60 días naturales, computados durante el periodo de sesiones a partir del día siguiente del recibo del suplicatorio”, y artículo 22.5 RS: “el suplicatorio se entenderá denegado si la Cámara no se hubiese pronunciado sobre el mismo en el plazo de sesenta días naturales, computados durante el periodo de sesiones, a partir del día siguiente al del recibo del suplicatorio”.

Por lo que, por una parte, tenemos que la denegación solo puede ser acordada cuando responda a la finalidad de la inmunidad que, no es otra que proteger de la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular, y por otra, el acuerdo, de carácter discrecional pero no arbitrario, por tener esa dimensión externa a la que venimos haciendo referencia, es controlable por el Tribunal Constitucional vía artículo 42 LOTC. La manera más sencilla de que el Tribunal Constitucional pueda llevar a cabo su examen es si el acuerdo está motivado<sup>282</sup>. Ello no obstante, hay que advertir que en la sentencia 90/1985 el Tribunal Constitucional no exige que el acto sea motivado, en todo caso recomienda que lo sea, de tal manera que si el acto no ha sido un acto motivado, la decisión sobre la arbitrariedad o no de la denegación es más difícil pero ello no supone *per se* que se haya vulnerado el artículo 24.1 CE. Dicha vulneración solo se produce si la decisión no se ha adecuando a la finalidad de la prerrogativa por lo que no habrá producido dicha vulneración cuando la adecuación a la finalidad se deduzca de otros elementos que el Tribunal Constitucional concreta de forma vaga y general: las alegaciones de la representación de la Cámara o partir de las circunstancias que concurrieron en la acción penal que dio lugar al suplicatorio:

“El examen del caso concreto, en que por una Cámara parlamentaria se acuerde denegar la autorización para procesar a uno de sus miembros, es algo, por tanto, que viene impuesto al objeto de determinar la existencia o no de un razonamiento suficiente para esa negativa. Este examen puede realizarse tanto en el supuesto de que el correspondiente acuerdo aparezca adoptado en forma motivada –a lo que no se oponen la Constitución ni los Reglamentos de las Cámaras, pese a que éstos impongan carácter secreto a las deliberaciones previas a la aprobación de tales acuerdos– como en el supuesto que dicha motivación no se aporte. El examen puede revestir, en este último supuesto, mayores dificultades, pero siempre cabrá resolver que el razonamiento en que el acuerdo parlamentario se fundamenta es o no deducible, bien mediante las alegaciones que por la representación de la correspondiente Cámara se formulen en el proceso de amparo, bien a partir de las circunstancias que concurrieron en la acción penal que dio lugar al suplicatorio.” (FJ 7)

En pura lógica el Tribunal Constitucional no podía exigir como *condictio sine qua non*, la motivación expresa de la resolución salvo que declarara que el régimen actual no se adecuaba a la Constitución. La obligatoriedad de la motivación expresa casa mal, primero, con que la resolución se adopta por el Pleno en votación secreta y nada asegura que en dicha votación se haya tenido en cuenta

<sup>282</sup> Al respecto vide FIGUERUELO BURRIEZA, A.; “El grado de suficiencia en la motivación del Suplicatorio y la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista de las Cortes Generales*, n.º 27, 1992, pp. 33-66..

el Dictamen de la Comisión correspondiente, y segundo, con la posibilidad de denegar la autorización por silencio de la Cámara. Por ello, el Tribunal sólo exige que la decisión no sea arbitraria deduciéndolo de la motivación, si existe, o de otras circunstancias obrantes en el caso.

La STC 90/1985, cuyo origen se encuentra en una querrela literaria surgida y planteada ante los tribunales ordinarios con anterioridad a la elección del demandado como Senador, es uno de los casos en que más claramente se observa un abuso de la institución, pues la adecuación de la denegación a la finalidad de la institución no pudo deducirse por ninguna de las dos vías y las circunstancias de la querrela en nada hacían pensar en la existencia de móviles torpes, por lo que se había producido una vulneración del artículo 24.1 CE:

“En el presente caso, el acuerdo del Pleno del Senado por el que se denegó la autorización para procesar aparece desprovisto de motivación alguna, y ésta tampoco ha sido aportada en las alegaciones que la representación de las Cortes Generales ha formulado, como puede apreciarse en el resumen que de ellas se contiene en los antecedentes de la presente sentencia.

En cuanto a las circunstancias de la querrela que en su día interpuso el hoy demandante de amparo, debe tenerse en cuenta que la misma fue ocasionada por un escrito del que era autor quien fue elegido posteriormente Senador y respecto a quién se solicitó del Senado autorización para procesar. Además de que el carácter estrictamente literario del escrito por nadie ha sido desmentido, no concurren elementos que permitan apreciar, en la interposición de la querrela, la existencia de móviles o intenciones referidos al funcionamiento o composición del Senado. Al contrario, todo contribuye a poner de relieve que tales móviles o intenciones no pudieron existir, pues en el momento de formularse la querrela, ni la persona frente a la que se dirigía tenía aún la condición de Senador, ni siquiera cabía aventurar que iba a serlo, ya que todavía no se había convocado las correspondientes elecciones, ni, en consecuencia, eran conocidas las candidaturas a éstas.” (FJ 7).

Recapitulando: la STC 90/1985 (caso Barral I) viene a establecer que el ejercicio de la facultad que a las Cámaras atribuye el art. 71.2 CE es libre por parte de éstas, pero que ese ejercicio se inscribe en el marco constitucional y está por ello sujeto a las reglas de Derecho del mismo, en particular a los derechos fundamentales por ella reconocidos, y, en razón de ello, sujeta a la fiscalización del Tribunal Constitucional. A renglón seguido se viene a excluir que la Cámara, cuando examina la solicitud para proceder, venga a hacer un juicio de fondo – propio de la jurisdicción– sin embargo, estima el Alto Tribunal que como la autorización para proceder es requisito de la acción penal, su denegación puede lesionar el derecho del art.24.1. CE. En consecuencia, el suplicatorio sólo estará rectamente denegado

cuando la facultad de autorizar se ejerza de conformidad con el fin propio de la institución, que es el fin político de procurar mantener libre de perturbación el funcionamiento de la Asamblea y su composición política. El juicio de oportunidad correspondiente es susceptible de fiscalización en tanto en cuanto el mismo sea conducente a dicho fin, y para ello el acuerdo parlamentario debe ser congruente con dicha finalidad, congruencia que puede derivarse o bien de la motivación del acto, si éste lo ha sido, o, de no haberlo sido, de una serie de circunstancias tales como las alegaciones que por la representación de la correspondiente Cámara se formulen en el proceso de amparo, o partir de las circunstancias que concurrieron en la acción penal que dio lugar al suplicatorio.

De ello se deduce que no se trata tanto de analizar la motivación de la decisión como la congruencia de la misma con la finalidad de la institución. Así se deducirá de la STC 206/1992, de 27 de noviembre (Caso González Bedoya) en la que el Tribunal Constitucional considera insuficiente la existencia de una motivación y exigirá una motivación “coherente” con la finalidad de la institución. El caso González Bedoya tiene su origen en la denegación del suplicatorio para proceder contra el Senador González Bedoya que, en el transcurso de su actividad política (no parlamentaria, quede claro), realizó unas declaraciones contra otro personaje político, en aquel entonces, Presidente de la Diputación General de Cantabria, Sr. Hormaechea que reaccionó presentando una querrela ante la cual el Tribunal Supremo eleva el correspondiente suplicatorio a la Cámara. En este caso, la decisión de la Cámara fue motivada, sin embargo esto no es suficiente. Se exige unos requisitos de fondo a dicha motivación: básicamente que la misma responda a la finalidad de la institución:

“Ante todo es de tener en cuenta cómo, en aquel caso<sup>283</sup>, este Tribunal se encontraba ante un Acuerdo carente de toda suerte de motivación o, en nuestra propia expresión, de “juicio de oportunidad o de intencionalidad”. Ello no quería decir, sin embargo, que, para el Tribunal, cualquier fórmula de motivación tuviera la virtualidad de despejar cualquier objeción a la constitucionalidad del Acuerdo parlamentario. La fundamentación o motivación, en efecto, no es ni puede ser garantía por sí misma, si no es en cuanto expresión de la coherencia del Acuerdo parlamentario con la “finalidad” de la inmunidad, a la vista de las circunstancias del caso concreto.” (FJ 4).

Por lo tanto, lo que el Tribunal Constitucional puede revisar es si la Cámara en cuestión ha llevado a cabo el juicio de oportunidad o de intencionalidad “de modo suficiente”, es decir “en términos razonables o argumentales”<sup>284</sup>. De ahí se deriva que esta exigencia no se cumple con la mera existencia de una motivación sino con la congruencia entre la decisión y la finalidad de la institución independiente-

<sup>283</sup> STC 90/1985 de 2 de julio, Caso Barral.

<sup>284</sup> Recoge así lo señalado en la Sentencia 90/1985.

mente de que esta coherencia se deduzca de forma directa del acuerdo motivado o, si éste no existió, de las circunstancias a las que ya se ha hecho referencia, por lo que de lo que se trata no es de un mero examen formal sino material (ver si existe coherencia en la decisión). En conclusión:

“La exigencia constitucional no lo fuera exclusivamente de la existencia, sin más, de un juicio de oportunidad, sino de que el mismo se hubiera producido “de modo suficiente, esto es, en términos razonables o argumentales”, todo ello con independencia de que esa argumentación pudiera ser suplida también, posteriormente, a través de “las alegaciones que por la representación de la correspondiente Cámara se formulen en el proceso de amparo”, o incluso “a partir de las circunstancias que concurrieron en la acción penal que dio lugar al suplicatorio” (f. j. 7º).

De ahí que nuestra exigencia de un “juicio de oportunidad” tuviera un sentido predominantemente material: no se trata tanto de que el Acuerdo adopte una “forma motivada”, cuanto de que exista en, o quepa deducir del Acto parlamentario una motivación coherente con la finalidad de la prerrogativa parlamentaria.” (FJ 4).

En el caso ahora analizado, el Tribunal admite que la decisión de la Cámara, desde el punto de vista formal, estaba motivada. Ello le permite llevar a cabo un juicio de oportunidad material que le lleve a la conclusión de si la motivación era o no coherente con la finalidad de la prerrogativa parlamentaria. La lectura del acuerdo de la Cámara lleva al Tribunal a una conclusión negativa: el senador hizo uso de su libertad de expresión como personaje político y no en su calidad de senador como pretendía dicho acuerdo, hecho que, tal como señala el Tribunal, haría entrar en juego la inviolabilidad parlamentaria; por otra parte, del hecho de que los querellantes decidieran utilizar la vía penal en vez de la civil no puede deducirse en absoluto la existencia de un *fumus persecutionis*; y, en tercer y último lugar, y no por ello menos importante, el acuerdo no hacía mención alguna a la incidencia de la concesión o no del suplicatorio en la composición de la Cámara o en su normal funcionamiento”. Este último argumento del Tribunal es, a nuestro entender, el determinante, pues, tal como se ha venido señalando, mantiene el Alto Tribunal que la decisión de la Cámara no entra en conflicto con el artículo 24.1 CE en el sólo caso de que responda a la finalidad de la institución, circunstancia que en este caso el acuerdo del Senado, de forma sorprendente, no analiza.

La sentencia fue acompañada por los votos particulares de los magistrados RODRÍGUEZ BEREJO, GIMENO SENDRA y GARCÍA-MON Y GONZÁLEZ-REGUERAL. Dejando al margen la crítica, ya analizada, de que dicha sentencia instaura una concepción reduccionista de la finalidad de la inmunidad, la segunda crítica que se hace por dichos magistrados, y asumida por determinados autores, se centra en los requisitos que ahora viene a imponer el Tribunal Constitucional respecto de la motivación. Recordemos que el Tribunal Constitucional exige para

denegar el suplicatorio no cualquier motivación sino una motivación acorde con la finalidad de la inmunidad que no es otra que no se perturbe indebidamente la composición o el funcionamiento de la Cámara. Es ese requisito material de la motivación el objeto de crítica por parte del magistrado GARCÍA-MON. Empieza el magistrado por diferenciar este caso del caso Barral que dio lugar a la sentencia 90/1985. En este último caso, el Acuerdo del Senado carecía de razonamiento alguno, mientras que en el actual existe una motivación. Lo que ahora hace el Alto Tribunal es examinar desde el punto de vista material dicha motivación, es decir, en palabras del propio magistrado, “se revisa la suficiencia o insuficiencia de las razones contenidas en el Acuerdo”. En este caso, y como hemos visto, la Cámara en base a los hechos (tratarse de una discusión política y que el Senador ha hecho el uso del libre ejercicio del derecho de crítica que reviste especial importancia para los representantes políticos) resuelve que no ha lugar al otorgamiento del suplicatorio. Ello no obstante, como hemos visto, el Alto Tribunal no considera dicha motivación acorde con la finalidad de la institución. Con ello, entiende el magistrado, el margen de actuación que se deja a la Cámara en este campo es prácticamente nulo, viniendo, de esta manera, el Tribunal Constitucional “a sustituir prácticamente a las Cámaras en la facultad que a ellas otorga la Constitución”. En sentido similar se manifestará RODRÍGUEZ BEJEIRO. Para el magistrado, en esta sentencia lo que ha hecho el Tribunal, cosa que le estaría vedada, es revisar o sustituir la valoración o juicio de oportunidad o de intencionalidad de la Cámara por el suyo propio, suplantando a ésta en una función que la Constitución le ha encomendado expresamente. La referencia hecha por el Tribunal a la falta de motivación del acuerdo de la Cámara en el punto relativo a la existencia de una intencionalidad de alterar indebidamente la composición o el funcionamiento de la Cámara, deja un muy estrecho margen al juicio de oportunidad o intencionalidad del Senado convirtiendo en ilusoria la institución misma, lo que no casa con el hecho, destacado por el propio Tribunal Constitucional y ahora recordado por el magistrado, de que todos los preceptos de la Constitución están vigentes y el que regula la institución no es una excepción, rechazándose cualquier concepción jerarquizada de los mismos. Por ello “la sentencia da un salto cualitativo de tal magnitud que contrasta llamativamente con la doctrina de este Tribunal desarrollada a propósito de la motivación de las sentencias y resoluciones de los órganos judiciales y deja tan reducido el margen de apreciación política a las Cámaras que, salvo hipótesis patológicas extremas de conflicto entre poderes difícilmente concebibles en un sistema democrático, puede hacer prácticamente imposible la denegación de la previa autorización para inculpar o procesar a un Diputado o Senador, y con ello ilusoria la institución misma de la inmunidad parlamentaria. Institución que ha sido conscientemente querida por el constituyente español de 1978 e incorporada al Texto de nuestra Constitución.”. Coincide, en definitiva, con el anterior magistrado al advertir que con ello “por esta vía, ya no habrá prácticamente ningún Acuerdo de las Cámaras “ex” art. 71.2 CE del que no venga

llamado a conocer y decidir el Tribunal Constitucional, con riesgo de convertirse en Comisión misma de suplicatorios”.

Ello no obstante, defiende GARCÍA MORILLO, la doctrina sentada en dicha sentencia, y afirma, no sin razón, “qué sentido tiene exigir una motivación si luego no es susceptible de revisión el contenido de la misma”. Si desde el caso Barral, el Tribunal Constitucional establece como exigencia ineludible la motivación del acuerdo de la Cámara, lo que no puede hacer, desde ese momento, es conformarse con cualquier tipo de motivación reduciendo dicho requisito a un mero requisito formal. Es decir, desde estos planteamientos, la mera existencia de una explicación, independientemente de si tiene algo que ver con la institución de la inmunidad, sería suficiente para denegar el suplicatorio, cosa que se nos antoja inviable. “No sería aceptable una motivación puramente formal o aparente y carente de contenido real, o una motivación absolutamente desconectada de los hechos controvertidos”<sup>285</sup>.

Hay que advertir que, en puridad, la exigencia de un examen material de la motivación, no se fija en la sentencia 20/1992, sino que ya en la sentencia 90/1985, advertía el Tribunal Constitucional, como hemos visto, que la motivación debería hacerse en términos “razonables y argumentales”. Era, pues, lógico que en la primera ocasión que tuviera, y que se la deparó el caso González Bedoya, el Tribunal Constitucional analizara el carácter razonable y argumentado del juicio de discrecionalidad de la Cámara que para él pasa por la conexión entre la denegación y la finalidad de la institución. Por ello, sigue señalando GARCÍA MORILLO, la motivación que el Senado aportó para denegar el suplicatorio en el caso González Bedoya, “resiste difícilmente un análisis detenido”. No le falta razón a este autor cuando critica que los argumentos del acuerdo tienen un trasfondo claramente jurídico pues que el Senado argumentara que el Senador había hecho uso, como cualquier otro ciudadano, de su libertad de expresión, de su derecho de crítica, en un asunto que se enmarca en el ámbito de la discusión política y es un juicio que corresponde hacer al órgano judicial “pues es éste y no la Cámara quien ha de apreciar conforme a Derecho si tales afirmaciones se incardinan en el ámbito de la libertad de expresión”<sup>286</sup>.

<sup>285</sup> GARCÍA MORILLO, J., “Contenido, finalidad...”, op. cit., p. 104. Advierte este autor que no entrar a analizar desde el punto de vista material la motivación podría llegar al absurdo de que las cámaras diseñasen un “modelo tipo” de motivación indiscriminadamente aplicable a todos los casos

<sup>286</sup> GARCÍA MORILLO, J., “Contenido, finalidad...”, op. cit., p. 106. En Este sentido puede verse FERNÁNDEZ SEGADO, cuando recuerda la jurisprudencia constitucional en el sentido de que el sacrificio de un derecho no puede ser fruto de una decisión arbitraria sino que ha de responder a una determinada finalidad que ha de asentarse en una justificación razonable, no bastando, por lo tanto, la afirmación sin más, de un interés público para justificar el sacrificio de un derecho, por lo que “el Tribunal Constitucional no ha dado lugar a un giro copernicano en su jurisprudencia, cuando como ha acontecido en la sentencia 206/1992, ha entrado a revisar la suficiencia o insuficiencia de las razones contenidas en el acuerdo del Senado” (FERNÁNDEZ SEGADO, F., “Las prerrogativas...”, op. cit., pp. 40 y ss.

En definitiva, la única motivación congruente y razonable, coherente con la institución, es la que deduzca de los datos existentes la existencia de indicios de persecución política, algo que, como hemos señalado para nada se alude en el caso González Bedoya<sup>287</sup>.

## f. Efectos de la decisión

Cabe distinguir al respecto dos posibles situaciones. En primer lugar la concesión del suplicatorio, que no plantea mayores problemas, y, en segundo lugar, la denegación de la autorización, objeto de mayores controversias doctrinales. Vayamos, pues, por partes.

### f.1. Concesión del suplicatorio

Acordada la estimación del suplicatorio el Presidente de la Cámara da traslado al Tribunal Supremo. Como la autorización para proceder no es otra cosa que un requisito de procedibilidad, la autorización tiene por efecto levantar dicho obstáculo procesal de tal modo que el Tribunal Supremo puede continuar el procedimiento, tal como señala expresamente el artículo 7 de la ley de 1912:

“Si la autorización fuese concedida, continuará el procedimiento hasta que recaiga resolución o sentencia firme”,

Circunstancia que la ley extiende al caso de que en el ínterin se hayan disuelto las Cámaras, de tal modo que parece deducirse del artículo 7 que el aforamiento se mantiene en dichos casos aunque el diputado o senador ya no es tal, circunstancia que no casa con la jurisprudencia constitucional

Señala JIMÉNEZ DE ASUA, que la autorización “opera como una condición de perseguibilidad, pues los tribunales sólo pueden operar contra el diputado por el delito concreto que las Cortes reconocieron como causa para conceder el suplicatorio enviado por el juez”<sup>288</sup>. Ello no obstante, entendemos que hay que matizar la anterior afirmación. En el auto de procesamiento, la calificación jurídica de los hechos no es vinculante por lo que a lo largo del proceso puede variar. En el caso de que esta variación fuera *a la baja*, es decir que al final se le procesara por un delito de menor entidad del que aparece en el auto de procesamiento y siempre cuando se tratara de delitos de la misma naturaleza, es decir, que atentara al mismo bien jurídico protegido (homicidio por asesinato), entendemos, que no haría falta la solicitud de nuevo suplicatorio ni cuando los hechos se calificaran como constitutivos de un delito más grave que el que aparece en el originario auto de procesamiento (variación *al alza*), aunque fueran de la misma naturaleza (asesinato

<sup>287</sup> Vide, en este sentido, GARCÍA MORILLO, J., “Contenido, finalidad...”, op. cit., p. 107 y FERNÁNDEZ SEGADO, F., “Las prerrogativas...”, op. cit., p. 42.

<sup>288</sup> JIMÉNEZ DE ASUA, L. *Tratado...* op. cit. p. 1.321.

por homicidio), aunque sí sería necesario nuevo suplicatorio cuando se calificaran los hechos como delito de naturaleza distinta al que aparecía en el auto de procesamiento, independientemente de si la pena señalada para el segundo delito es mayor o menor que el que aparecía en un primer lugar, en la medida en que en ambos casos se hace necesario un nuevo auto de procesamiento y, en buena lógica, a nuevo auto de procesamiento nuevo suplicatorio.

Se pregunta GARCÍA MORILLO sobre la incondicionabilidad e irreversibilidad del acuerdo de la Cámara, cuestiones que, advierte el autor, no están previstas en ningún ordenamiento. Los argumentos del citado autor podrían sintetizarse como sigue: en cuanto a la primera cuestión, advierte que los procedimientos en nuestro país se prologan en el tiempo por la propia situación de la Administración de Justicia a lo que hay que añadir, en este caso, la propia actitud de la parte acusadora, que puede tener más interés en mantener vivo el proceso que en que haya sentencia, por lo que el citado profesor se preguntaba sobre si las Cámaras podrían adoptar alguna medida en el caso de que el juicio oral no se celebre con la rapidez exigible. Entendemos que la respuesta ha de ser negativa, pues, tal entrometimiento, una vez iniciado el proceso, podría atentar contra el principio de independencia de los tribunales garantizado por el propio artículo 117.1. CE y chocaría con la exclusividad de la función jurisdiccional con que la Constitución, en su artículo 117. 3. CE, reconoce a jueces y magistrados. Una vez iniciado el proceso, las medidas a adoptar son estrictamente judiciales y no de oportunidad política. Existen mecanismos para impulsar el proceso y para, en caso de obstruccionismo, exigir las oportunas responsabilidades, además de que podría llegarse a situaciones de desigualdad provocadas por la propia Cámara que en unos casos, normalmente cuando el parlamentario formara parte de la mayoría, impulsaría tales medidas, y en otros, normalmente cuando formara parte de la oposición, no tendría tal *rapidez de reflex*<sup>289</sup>.

Ahora bien, sí puede aceptarse que el proceso, una vez iniciado, pueda ser utilizado políticamente para desgastar el prestigio del parlamentario, del grupo político y del partido político del que forma parte, así como, en último término, del propio Parlamento. Es amplia la jurisprudencia y las aportaciones doctrinales sobre los famosos juicios paralelos que pueden provocar un daño irreparable<sup>290</sup> además de que un proceso contra un parlamentario siempre tiene alguna incidencia, aunque sea pequeña, en el funcionamiento o composición de la Cámara. Por lo que lo que si puede plantearse es la regulación de un proceso especial y sumario a fin de dar pronta solución al conflicto y minimizar en lo posible estos efectos extrajudiciales.

<sup>289</sup> GARCÍA MORILLO, J., "Contenido, finalidad...", op. cit.

<sup>290</sup> Sobre la cuestión vide CATALÁ i BAS, A. H., *Libertad de expresión e información...*, op. cit. , en el que se recoge la jurisprudencia del TEDH y del Tribunal Constitucional sobre la cuestión. De la preocupación que dicha cuestión levanta entre el Poder Judicial es buena muestra el comunicado del Consejo General del Poder Judicial de 25 de enero de 1995 y que se le haya dedicado a la cuestión un número especial de la *Revista del Poder Judicial.*, resultado del I encuentro jueces periodistas, el número 17, noviembre 1999, *Justicia, información, opinión pública.*

Podría alegarse en contra que ello podría suponer una vulneración del derecho a la igualdad, ello no obstante, no hay que perder de vista que el diputado o senador, por el cargo que ocupa, no es un ciudadano más sino un representante del pueblo soberano lo que podría justificar este tratamiento especial.

En cuanto a la reversibilidad del suplicatorio se plantea el anterior autor la posibilidad de que las Cámaras puedan revocar su suplicatorio si, en un momento posterior a su concesión, percibieran un ánimo perseguidor. Para el autor el carácter restrictivo con que ha de ser interpretada una prerrogativa excepcional, cual es la inmunidad, abona, en principio, la irreversibilidad del suplicatorio, “sin embargo, sería concorde con la finalidad de la inmunidad el que, aun habiéndose concedido el suplicatorio, la cámara pueda impedir la continuidad del procedimiento si percibe después un *fumus persecutionis*”<sup>291</sup>. No podemos menos que discurrir de esta posibilidad por los mismos argumentos acabados de esgrimir, iniciado el proceso sólo el Tribunal Supremo sería competente para concluir que existe una intencionalidad torpe en la pertinente acusación. Además, esta postura concuerda difícilmente con lo dicho por el propio autor en el sentido de que, en este caso, el *fumus persecutionis* claramente sería atribuible no solo a la persona acusadora sino al propio Tribunal Supremo<sup>292</sup> con lo que la Cámara se convertiría en un órgano supervisor en esta materia de la actuación de los tribunales, cuestión que con la Constitución en la mano es difícilmente sostenible.

Señala el artículo 21.2. RC que firme el auto de procesamiento, tras la concesión del suplicatorio, el Diputado quedará suspendido en sus derechos y deberes parlamentarios en el caso de que se hallare en situación de prisión preventiva y mientras dure ésta. En cambio, el artículo 22.6 RS afirma que concedido el suplicatorio y firme el auto de procesamiento, la Cámara podrá acordar por mayoría absoluta de sus miembros, y según la naturaleza de los hechos imputados, la suspensión temporal en la condición de Senador. Las diferencias entre ambos reglamentos son significativas. El Reglamento del Congreso asocia la suspensión directa de los derechos y deberes parlamentarios a la pérdida de libertad del diputado como consecuencia de dictarse auto de prisión provisional contra su persona y mientras dure dicha situación, mientras que del Reglamento del Senado se desprende que la prisión provisional del Senador en cuestión no conduce a la suspensión automática en sus derechos y deberes sino que ésta ha de ser acordada en votación secreta independientemente de la situación personal en la que se encuentre el Senador y sólo teniendo como parámetro para tomar la decisión la gravedad de los hechos imputados, lo que dicho sea de paso, obliga a que un juicio de oportunidad se resuelva no desde criterios políticos sino estrictamente jurídicos. ¿Cómo se analiza y desde qué perspectiva “la naturaleza” de los hechos imputados?

<sup>291</sup> GARCÍA MORILLO, J., “Contenido, finalidad...”, op. cit., p. 111.

<sup>292</sup> GARCÍA MORILLO, J., *Ibidem*, pp. 97 y 98.

Al respecto cabe recordar que a tenor del artículo 384 bis, LECrim introducido por Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión, por lo que en este caso queda eliminada la facultad discrecional del Senado.

Otra cuestión que ofrece dudas, y a la que hemos hecho referencia anteriormente es, si, una vez solicitado y otorgado el correspondiente suplicatorio, y, consiguientemente, procesado el parlamentario, se hace necesario elevar otro suplicatorio para poder decretar su prisión provisional. Sólo señalar aquí que compartimos la tesis de MANUEL ABELLÁN, en el sentido de que la concesión de la autorización para procesar lleva implícita o comprende la autorización para detener y para, en su caso, decretar la prisión provisional que la LECrim prevé como anejas al procesamiento<sup>293</sup>, además de que, en definitiva, levantada la prerrogativa el parlamentario queda sometido al régimen común como el resto de ciudadanos. Cabe recordar que de la normativa existente solo parece derivarse una obligación de comunicar a la Cámara tal acontecimiento. Así el artículo 9 de la Ley de 1912 señala simplemente que los autos de detención, arresto o prisión provisional *serán comunicados* a la Cámara correspondiente. Por su parte, el artículo 14 RC solo establece la obligación de la autoridad judicial de *comunicar* los autos y sentencias que se *dicten y afecten personalmente* al Diputado.

14  
156

### *f.2. La denegación del suplicatorio*

La segunda posibilidad es la de que el suplicatorio sea denegado ya de forma expresa, a través del correspondiente acuerdo de la Cámara, ya por silencio tal como prevén los artículos 14.2 RC y 22.5. RS. A la cuestión de la denegación por silencio ya nos hemos referido anteriormente. Reiterar aquí que dicha posibilidad casa mal con la exigencia de que la denegación del suplicatorio sea razonable, es decir, congruente con la finalidad de la prerrogativa, cosa difícilmente deducible en este caso.

Centrémonos aquí en la cuestión pura de los efectos de la denegación. La legislación actual muestra, una vez más, signos de oscuridad fruto de sus deficiencias. A tenor del artículo 754 LECrim, la denegación de la autorización comporta el sobreseimiento sin mayores especificaciones sobre el tipo de sobreseimiento, provisional o libre:

“Si el Senado o el Congreso negasen la autorización pedida, se *sobreseerá* respecto al Senador o Diputado a Cortes”.

<sup>293</sup> MANUEL ABELLÁN, A., *El Estatuto...*, op. cit., p. 89-90.

La Ley de 1912, cuya constitucionalidad, aunque puesta en entredicho por la doctrina, el Alto Tribunal no se ha cuestionado dispone en su artículo 7 el sobreseimiento libre:

“Si el Senado o el Congreso denegasen la autorización para procesar, se comunicara el acuerdo al Tribunal requirente, que dispondrá el *sobreseimiento libre* respecto al Senador o Diputado”.

El sobreseimiento es definido por HERCE QUEMADA<sup>294</sup>, como la resolución judicial que adopta la forma de auto y que produce la terminación del proceso penal o la suspensión del mismo, por faltar los presupuestos necesarios para decretar la apertura del juicio oral. Por lo que aquí nos interesa el sobreseimiento puede ser libre o provisional. El sobreseimiento libre implica la conclusión del proceso. Es una resolución definitiva equiparable a una sentencia absolutoria. De acuerdo con el artículo 637 LECrim procede cuando no existen indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiera dado motivo a la formación de la causa, cuando el hecho no es constitutivo de delito o cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores. Por su parte el sobreseimiento provisional, de acuerdo con el artículo 641 LECrim implica únicamente la suspensión del proceso con la posibilidad de que en un futuro pueda reabrirse si aparecen nuevos datos. Procede cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa, o cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no hay motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas, como autores, cómplices o encubridores.

Los efectos son, asimismo, distintos. En cuanto al sobreseimiento libre, respecto al procesado y querellante, existe la posibilidad de que en el auto de sobreseimiento se declare que la formación de la causa no perjudica su reputación o que a su instancia se le reserve el derecho de perseguir al querellante como calumniador, lo que también puede hacer el Tribunal de oficio en los casos en que se permite la acción pública para la persecución y castigo de dicho delito. Respecto del objeto del proceso, que es lo que aquí tiene verdadera trascendencia, el sobreseimiento libre produce la excepción de cosa juzgada material, e impide que se inicie una nueva instrucción sobre el mismo hecho que ha dado lugar a tal resolución. En cambio, el sobreseimiento provisional se limita al archivo provisional de las actuaciones y la suspensión del curso de la causa.

No plantea problemas, la cuestión de la continuación del proceso en cuanto las personas no protegidas por la inmunidad o cuya inmunidad se hubiese levantado. El artículo 754 LECrim señala que el proceso continuará contra los demás procesados. Es decir, se prevé el sobreseimiento parcial, en contraposición al sobreseimiento total. Es total cuando el sobreseimiento afecta a todos los imputados

<sup>294</sup> HERCE QUEMADA, V, *Derecho Procesal...*, op. cit., pp. 228 y ss.

en supuestos de litisconsorcio pasivo, es parcial cuando, en el mismo supuesto, se limita sólo a alguno o algunos de los imputados, acordándose la apertura del juicio oral respecto de los procesados a quienes no les afecte el sobreseimiento (artículo 634-2 LECrim).

Fijados, concepto, clases y efectos del sobreseimiento pasemos a analizar la cuestión de fondo que no es otra que el hecho de que el artículo 7 de la Ley de 1912 señale que el sobreseimiento que procede en caso de denegación es el sobreseimiento libre. MARTÍN-RETORTILLO resume el sentir mayoritario de la doctrina al afirmar que “hoy con el texto de la Constitución en la mano y dado el carácter transitorio de la inmunidad, no se justifica el libre sobreseimiento aun cuando se deniegue el suplicatorio. Nada debe impedir que la causa siga adelante una vez que se agote el período de mandato”<sup>295</sup>. La imposibilidad de reabrir la causa una vez expirado el mandato parlamentario se traduce en la atribución a las Cámaras de una declaración de irresponsabilidad y casa mal con la finalidad de la institución, fijada por el propio Tribunal Constitucional y que no es otra, recordemos, que impedir que se altere indebidamente la composición y el funcionamiento de la Cámara.

Advierte MANUEL ABELLÁN, siguiendo a SANTAOLALLA que “con el sobreseimiento libre nuestra legislación extravasa los límites propios de la inmunidad, supone una desnaturalización y un abuso de la misma y contradice el artículo 71.2 de la Constitución, que la extiende sólo al tiempo de mandato del parlamentario. Esta regulación no es aceptable en un Estado de Derecho y, además, contraria al principio de igualdad ante la ley (art. 14 de la Constitución) y al derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (art. 24.1 de la Constitución)”<sup>296</sup>. Y al hilo de lo anterior se pregunta Eloy GARCÍA ¿puede un órgano constitucional disponer por propia iniciativa, y sin más fundamento legal que el que le confiere una norma preconstitucional, el quebrantamiento de una Ley Fundamental?. Para este autor, la cuestión del sobreseimiento libre “debe considerarse definitivamente superada por la disposición derogatoria, apartado 3 de la Constitución: “asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”<sup>297</sup>. No compartimos la postura del profesor GARCÍA MORILLO para quien la regulación actual es coherente. Para este autor, la vinculación de la inmunidad a su objeto de evitar la persecución política no puede arrojar más que un resultado: en el caso de que el suplicatorio sea denegado se estará reconociendo

<sup>295</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Inmunidad parlamentaria...”, op. cit., p. 57.

<sup>296</sup> MANUEL ABELLÁN, A., El estatuto de los parlamentarios..., op. cit., pp. 127-128. SANTAOLALLA, F., *Derecho parlamentario...*, op. cit., p. 131.

<sup>297</sup> GARCÍA, E., *Inmunidad...*, op. cit., p. 80. Vide al respecto también, y por todos, FERNÁNDEZ SEGADO, F., “Las prerrogativas...”, op. cit., p. 27, FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., “Del intento...”, op. cit., p. 16. FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., La inviolabilidad..., op. cit., p. 109, TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional español*, 3ª edición Vol II, Madrid, 1992, p. 109.

que el proceso penal ha sido infundado o artificioso o fraudulentamente utilizado; se estará reconociendo, en suma, que la acusación penal no tiene otra base que la persecución política. En tal caso, la única consecuencia procesal coherente es, precisamente, el sobreseimiento libre, que procede, recuérdese, cuando no existen indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que dio motivo a la causa, o cuando el hecho no es constitutivo de delito o cuando los procesados están exentos de responsabilidad (art. 637 LECrim)<sup>298</sup>. Cabe objetar a esta opinión lo siguiente: en primer lugar, el propio autor advierte, con muy buen criterio, que en caso de denegación por considerar la Cámara que existe una intencionalidad política la cuestión no afecta a la acusación sino que a quien se le está atribuyendo tal actuación es al propio Tribunal Supremo: “la denegación lleva a pensar que el juez que solicitó el procesamiento, impulsado por una persecución o finalidad política, prevaricó. En efecto, resulta difícil que un proceso instigado por un ánimo persecutorio pueda ser tramitado, y culminar en la petición del suplicatorio, si no concurren o la prevaricación dolosa o la negligencia o la ignorancia inexcusable”<sup>299</sup>. En segundo lugar, al recordar las causas por las que se ha de dictar un auto de procesamiento libre (cuando no existen indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que dio motivo a la causa, o cuando el hecho no es constitutivo de delito o cuando los procesados están exentos de responsabilidad) así como al advertir que con la denegación del suplicatorio se está reconociendo que el proceso penal era infundado, artificioso o fraudulentamente utilizado parece estar exigiendo valoraciones jurídicas al acuerdo de la Cámara. En tercer lugar, existe una incoherencia del sistema imposible de salvar con el sobreseimiento libre. El auto de procesamiento que dicta el Tribunal Supremo se dicta sobre la base de la existencia de indicios racionales de criminalidad contra una persona (artículo 384 LECrim). El auto de sobreseimiento libre que ha de dictar con posterioridad el Tribunal Supremo en caso de denegación del suplicatorio es un acto debido, que el Tribunal, por lo tanto, está obligado a llevar a cabo independientemente de que, en su opinión, sigan existiendo indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la causa (artículo 637 LECrim). Es decir, se le obliga al Tribunal Supremo a dictar un auto de sobreseimiento libre cuando él sigue considerando que existen indicios racionales de criminalidad contra el parlamentario en cuestión<sup>300</sup>. Por lo tanto, el auto de sobreseimiento libre a que está obligado el Tribunal Supremo no puede, sin más, ser reconducido a una de las circunstancias del artículo 637 LECrim.

<sup>298</sup> GARCÍA MORILLO, JA., “Contenido, finalidad...”, op. cit., p. 96.

<sup>299</sup> GARCÍA MORILLO, J., *Ibidem*, pp. 97 y 98.

<sup>300</sup> Y en este sentido cabe recordar los casos Barral. El caso Barral III dio lugar a la STC 125/1988, de 24 de junio. En este caso, tras las sentencias 90/1985 y 92/1985 en las que el Tribunal Constitucional declaró nulos el acuerdo de la Cámara y los autos de sobreseimiento del Tribunal Supremo, tal como se señala en los antecedentes de hecho de la STC 125/1988, la Sala, al entender que seguían existiendo indicios razonables de responsabilidad criminal solicitó nuevamente autorización para el procesamiento.

Como se ha visto, la doctrina mayoritaria se inclina por considerar que la previsión del artículo 7 de la Ley de 1912 choca frontalmente con la Constitución española, siendo el sobreseimiento provisional el que debería entrar en juego pues supone simplemente un aplazamiento hasta el momento en que el parlamentario dejara de tener tal condición con lo que no se produciría una vulneración del 24.1 CE. Pero, ¿cual es la opinión de nuestro Tribunal Constitucional al respecto? Como bien recuerda MARTÍN-RETORTILLO, en el caso Barral II (STC 92/1985, de 14 de agosto), el Tribunal Constitucional “escurrió el bulto” y no entró a considerar la posible inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 754 LECrim a pesar de haber sido planteado de forma expresa por la parte recurrente<sup>301</sup>. Al respecto, señalar que el demandante comete un error imperdonable, la no referencia al artículo 7, auténtico meollo del asunto, que es el que hace referencia al sobreseimiento libre, omisión que, un tanto sorprendentemente, es remediada por el propio Tribunal Constitucional al enmarcar el tema en los siguientes términos: “en esta línea de razonamiento, debe tenerse en cuenta que mientras el art. 754 LECrim. se limita a establecer la procedencia de declarar el sobreseimiento cuando se deniegue por una de las Cámaras la autorización para procesar, tal sobreseimiento será “libre” en virtud del art. 7 L 9 febrero 1912”<sup>302</sup>. Estaba, por lo tanto, el Tribunal Constitucional en disposición de elevar una autocuestión de inconstitucionalidad vía artículo 55.2. LOTC. Ello no obstante, pasa de puntillas sobre el asunto y se centra en la cuestión de si los autos del Tribunal Supremo decretando el sobreseimiento libre tras el acuerdo denegatorio de la Cámara vulneran el artículo 24 CE. Ello no obstante, puede entenderse que el Tribunal Constitucional tácitamente está reconociendo la constitucionalidad del artículo 7 de la Ley de 1912, al establecer los términos en que debería fijarse el debate y hacer oídos sordos a la petición de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, dando por bueno que el resultado de la denegación es el auto de sobreseimiento libre y recordar expresamente y por remisión a la STC 90/1985, que ello agota la vía judicial y deja expedita la vía del recurso de amparo:

“No cabe, por tanto, la posibilidad de un nuevo procesamiento, pues tal sobreseimiento, que implica los efectos de cosa juzgada material, así lo impide por sí mismo” (FJ 5)

Cabe preguntarse ahora por las consecuencias de que se dicte auto de sobreseimiento libre que, recordemos, produce el efecto de cosa juzgada material, no

<sup>301</sup> En el Antecedente cuarto de la sentencia resume el Tribunal Constitucional cómo quedaba planteado el dilema: “Se solicita de este Tribunal Constitucional que declare que han sido vulnerados los derechos en que la demanda de amparo se fundamenta por la Sala 2ª del Tribunal Supremo, y que por la Sala correspondiente de este Tribunal Constitucional se eleve al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad del art. 754 LECrim., en relación con los arts. 113 y 114 CP cuando, por aplicación de lo previsto en el art. 71.2 CE, se produzca la prescripción de algún delito cometido por parlamentario.”

<sup>302</sup> FJ 5.

cabiendo recurso alguno contra dicho auto<sup>303</sup>. Como señala el Tribunal Constitucional en la STC 92/1985, es evidente que, una vez dictado el auto de sobreseimiento, el actor no dispone ya de más instrumentos procesales en la vía penal, por lo que ha de considerarse cumplido el requisito del art. 44.1.a) LOTC<sup>304</sup> y queda abierta la vía del recurso de amparo. La cuestión a dilucidar se centra en ver qué debe recurrirse, el acuerdo denegatorio de la Cámara o el auto de sobreseimiento del Tribunal Supremo. A esto se responde con los casos Barral I y Barral II en el que demandante recurre en amparo, por una parte, el acuerdo del Senado por el que se deniega la autorización para procesar al senador Carlos Barral y que da lugar al caso Barral I, STC 90/1985, de 14 de agosto, y, por otra parte, los autos del Tribunal Supremo en los que se decreta el sobreseimiento libre de la causa, que da lugar al caso Barral II, STC 92/1985, de 14 de agosto. En ambos casos, el Tribunal Constitucional otorgó el amparo, pero en el caso Barral II, el fallo no podía ser otro al haberse dictado poco antes la STC 90/1985 que declaraba la nulidad del acuerdo del Senado. Ello no obstante, no cabe deducir de estos dos casos que cada vez que se dicte un acuerdo denegatorio haya que interponer dos recursos uno contra tal acuerdo y otro contra el auto de sobreseimiento. La cuestión es mucho más sencilla, simplemente hay que recurrir en amparo el acuerdo denegatorio de la Cámara pues si el Alto Tribunal otorga el amparo, ello conllevará, tal como se señala en el fallo de la STC 90/1985, la nulidad del acuerdo así como “de todos los actos posteriores que sean consecuencia del mismo”.

Por otra parte, el otorgamiento de amparo por considerar que el acuerdo de la Cámara no ha sido respetuoso con el derecho a la tutela judicial efectiva no produce el efecto de levantar la inmunidad sino simplemente el fallo lo que reconoce es el derecho del demandante a que la autorización no sea denegada por razones ajenas a la finalidad de la institución de la inmunidad parlamentaria, quedando restablecido el derecho del recurrente con la retroacción de las actuaciones y la obligación de la Cámara de dictar nuevo acuerdo. Dicho nuevo acuerdo no tiene necesariamente porque ser favorable a los intereses del recurrente en el sentido de otorgar la solicitada autorización para procesar al demandado. Lo único que exige el Tribunal Constitucional es una motivación del acuerdo conforme a su objetivo de tal manera que el nuevo acuerdo puede muy bien volver a tener un sentido denegatorio y no vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva si reúne las exigencias materiales a las que antes hemos hecho referencia.

Ahora bien, nos podemos encontrar con el caso, un tanto esperpéntico, de un nuevo acuerdo denegatorio y un nuevo recurso de amparo contra el mismo que declare que el nuevo acuerdo no ha cumplido con aquellas exigencias con

<sup>303</sup> Vide artículos 636, 637 y 848 LECrim.

<sup>304</sup> Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes: a) que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial.

lo que se obliga a dictar a la Cámara un nuevo acuerdo que puede volver a ser denegatorio y así sucesivamente, convirtiéndose en un pulso de fuerza entre las dos instituciones hasta que una de las dos de su brazo a torcer o el parlamentario deje de serlo con lo que la inmunidad deja de producir efectos no siendo, por lo tanto, necesario la solicitud del suplicatorio. Lo único cierto es que, como señala GARCÍA MORILLO, la anulación del acuerdo parlamentario denegatorio del suplicatorio impedirá que se produzca los efectos de libre sobreseimiento, por lo que aun cuando la Cámara vuelva reiteradamente a denegar el suplicatorio, si el Tribunal Constitucional persiste también en anular dichas denegaciones el parlamentario podrá ser procesado en el momento en que deje de ostentar su condición de Diputado o Senador<sup>305</sup>.

Lo anterior nos lleva a plantear un nuevo problema: el de la posible prescripción del delito<sup>306</sup>. GARCÍA MORILLO en su anterior declaración hace una importante puntualización al respeto: “salvo, naturalmente que el delito haya prescrito”<sup>307</sup>. Ello no obstante, Eloy GARCÍA, haciéndose eco de la doctrina extranjera, y partiendo de que una vez que el parlamentario deja de serlo, nada impide que judicialmente le sean exigidas cuantas responsabilidades pudieran derivarse de los comportamientos mantenidos en el periodo anterior, advierte, en último extremo, que el tiempo que transcurre mientras la inmunidad impide procesar al parlamentario “no se computa a efectos de prescripción”<sup>308</sup>. En el mismo sentido se manifiesta MARTÍNEZ SOSPEDRA para quien la naturaleza misma de la autorización como condición de procedibilidad exige la suspensión del procedimiento en tanto dure la condición de parlamentario. Ahora bien, tal configuración exige como complemento indispensable la interrupción de la prescripción del delito, ya que de no hacerlo se produciría igualmente el efecto que hace inconstitucional la cláusula de sobreseimiento libre de la ley de 1912: la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art.24.1. CE<sup>309</sup>. Pensemos en este sentido en los casos conocidos de aforados que en su momento fueron juzgados y considerados culpables de graves delitos. De no quedar suspendida la prescripción en estos casos, la inmunidad podría ser utilizada, en claro ejemplo de abuso de la institución, como forma de escapar impunemente a la acción de la justicia simplemente haciendo que el parlamentario repitiera cargo legislatura tras legislatura (y, para mayor seguridad, nombrándolo miembro de la Diputación Permanente entre legislaturas). La cuestión se le planteó, junto a la cuestión del sobreseimiento libre, al Tribunal Constitucional en el caso

<sup>305</sup> GARCÍA MORILLO, J., “Contenido, finalidad...”, op. cit., p. 109.

<sup>306</sup> Vide en este sentido artículos 131 y 132 del Código Penal. De acuerdo con este segundo artículo los términos de la prescripción se computan desde el día en que se cometió la infracción, interrumpiéndose, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena.

<sup>307</sup> GARCÍA MORILLO, J., “Contenido, finalidad...”, op. cit., p. 109.

<sup>308</sup> GARCÍA, E., *Inmunidad...*, op. cit., p. 77.

<sup>309</sup> MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *La inmunidad...*, op. cit., p. 229

Barral II (STC 92/1985). Señalaba el demandante que del juego combinado del artículo 754 LECrim, en relación con los artículos 113 y 114 CP<sup>310</sup>, derivaba que el plazo establecido de 6 meses para la prescripción de los delitos de injurias graves volvería a correr, en el caso de Senadores y Diputados, a partir del momento en que se acuerde el sobreseimiento por haberse denegado la correspondiente autorización para procesar. ¿Qué responde a ello el Tribunal Constitucional?, desgraciadamente, y al igual que con el tema de la cuestión de inconstitucionalidad del sobreseimiento libre, nada. En palabras de MARTÍN-RETORTILLO, escurre el bulto, se muestra extremadamente cauto y parco:

“Finalmente, la cuestión que plantea el recurrente respecto a la prescripción del delito de injurias, de acuerdo con los arts. 113 y 114 CP, no es susceptible de examen y resolución en este recurso de amparo, dado que la eventual aplicación de tal prescripción es una hipótesis de futuro que es ajena al objeto del recurso de amparo, que ha de circunscribirse a la tutela de los derechos fundamentales y libertades incluidos en su ámbito frente a las violaciones que se han producido (art. 43.1 LOTC) y no frente a las que hipotéticamente pudiera producirse en el futuro, a juicio del recurrente” (FJ 6).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo tampoco ayuda a clarificar la cuestión, más bien parece que parece admitir que en estos casos si corren los plazos para prescripción. De esta manera en el ATS de 15 de noviembre de 1993 hace una serie de consideraciones en aras a clarificar la cuestión del aforamiento y al respecto señala que cesada la condición de parlamentario, los delitos cometidos con anterioridad al periodo de su mandato y los realizados durante él, con excepción de los amparados por la cláusula de inviolabilidad:

“*siempre que no hayan prescrito*, serán juzgados por el Juzgado o Tribunal que corresponda”.

Otra paradoja que puede producirse, y cuya solución no parece fácil, es la que deriva del hecho de que en el interregno, en ese *iter* de solicitar el suplicatorio, dictar acuerdo la Cámara, recurrir en amparo, otorgar el amparo, etc., el Tribunal Supremo modifique su anterior criterio (pensemos que el caso continua para aquellos que no son aforados o que siéndolo se les ha levantado la inmunidad) y ahora considere que ya no existen esos indicios racionales de criminalidad contra el parlamentario que dieron lugar a la solicitud del oportuno suplicatorio (pues, por ejemplo, del curso de los acontecimientos queda palmariamente demostrado la existencia de un *fumus persecutionis*). La cuestión, entre otras, es la siguiente: otorgado el amparo por el Tribunal Constitucional declarando nulo el acuerdo de la Cámara, ¿puede el Tribunal Supremo, que en este intervalo de tiempo por el curso de los acontecimientos considera ahora que no existen indicios racionales

<sup>310</sup> La referencia es al antiguo Código Penal.

de criminalidad contra el parlamentario, dictar la revocación del procesamiento o un auto de sobreseimiento libre?. Hay que poner de relieve que, ahora, de poderse dictar auto de sobreseimiento libre, dicho auto no es un acto debido sino que el Tribunal Supremo lo dicta porque considera que no existen indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que había dado lugar a la formación de la causa, y no obligado por la ley como efecto directo de la denegación del suplicatorio.

Existen ciertas dificultades a la hora de dar respuesta a esta cuestión pues en esos momentos la situación no está en sus manos sino que es una cuestión entre la Cámara y el Tribunal Constitucional quedando el Tribunal Supremo al margen hasta que o bien el Tribunal Constitucional considere que el acuerdo si reúne las exigencias materiales que se le requieren, por lo que en dicho caso el Tribunal Supremo se verá obligado a dictar auto de sobreseimiento libre o bien la Cámara accede a que se procese al parlamentario o se continúe con el proceso ya existente, en cuyo caso entendemos que, aunque pueda parecer paradójico, no hay obstáculos para que se dicte alguna de las siguientes resoluciones, según el momento procesal: la revocación del procesamiento, el auto de sobreseimiento libre, o la sentencia absolutoria.

En cuanto a la revocación del auto de procesamiento, advertir que nada prevé la LECrim sobre la posibilidad de que decretado el auto de procesamiento éste pueda ser revocado. Como señala HERCE QUEMADA uno de los problemas que se planteó fue el referente a si el auto de procesamiento podía ser dejado sin efecto de oficio por el propio juez que lo acordó<sup>311</sup>. Era opinión de algunos autores que el juez, una vez dictado el auto de procesamiento no podía ya revocarlo durante el desarrollo de la fase sumarial, fundándose en que la ley no contiene en esta materia un precepto especial que disponga, como sucede con relación a la prisión (art. 528), que tal situación durará tan sólo mientras subsistan los motivos que la hayan ocasionado, y en que el acto del instructor, al dejar sin efecto el procesamiento, equivalía a prejuzgar la inculpabilidad del procesado, estándole ello vedado, por ser facultad privativa del tribunal. Para este autor, este argumento carece de base ya que el acto de procesar no prejuzga la culpabilidad del procesado, y de la misma manera, el de revocación del procesamiento no prejuzga la inculpabilidad del mismo. En este sentido, cabe citar la Memoria de 15 de septiembre de 1989 de la Fiscalía del Supremo que declaró que siendo los indicios de criminalidad contra determinada persona el motivo que dio lugar a su procesamiento, puede el juez que lo acuerde alzarlo, si los indicios han quedado posteriormente desvirtuados.

Sentada la posibilidad de revocar el auto de procesamiento, cabe advertir que una cosa es la revocación del auto de procesamiento, dictada por el instructor, que no produce, como se desprende de lo anterior, efectos de cosa juzgada pues no es una sentencia anticipada y no impide que en un futuro la acción penal pueda dirigirse de nuevo contra el representante popular y otra distinta es el auto se

<sup>311</sup> HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal...*, op. cit., pp. 182 y ss.

sobreseimiento libre, dictada por el tribunal juzgador, que tiene efectos de cosa juzgada y supone una sentencia anticipada y que impide, de entrada, una nueva instrucción sobre el nuevo caso. Este sería el caso de que concedido el suplicatorio se decidiera en el momento procesal oportuno, lo que se ha venido en llamar *fase intermedia del proceso penal*, dictar auto de sobreseimiento libre y no pasar a la fase de juicio oral. Por último, si nos encontrásemos en la fase de juicio oral, habría que esperar a una sentencia absolutoria.

## 6. La incidencia de la inmunidad en los derechos fundamentales

De lo hasta aquí dicho se desprende que el ejercicio de la prerrogativa de la inmunidad puede entrar en conflicto con determinados derechos fundamentales. La cuestión ya ha sido tratada a lo largo de los epígrafes anteriores con lo que aquí, más que nada, sistematizaremos lo que ya se ha venido diciendo.

En primer lugar, la cuestión se plantea en términos de un conflicto entre la prerrogativa de la inmunidad y un derecho fundamental pero no en términos de un conflicto entre derechos fundamentales como el derecho a ejercer funciones o cargos públicos y el presuntamente vulnerado por la denegación del suplicatorio.

En segundo lugar, aunque parezca obvio, hay que recordar que, como advierte el Alto Tribunal en su sentencia 206/1992, de 27 de noviembre, todos los preceptos de la Constitución son constitucionales, con contenido y eficacia propios, así como que la Constitución ha de ser vista como un todo y no como una suma de mandatos o instituciones inconexas sino que están encaminados a hacer posible el orden jurídico fundamental de la comunidad política que pretende hacer realidad el mandato que establece el artículo 1 apartado 1, es decir, que aquellas se constituye en un Estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político:

“la primera observación que procede hacer, no por obvia acaso menos necesaria, es la de que, desde una perspectiva material, los preceptos que integran la Constitución son todos ellos constitucionales y, como tales, gozan del contenido y de la eficacia normativa que de su respectiva dicción resulta. La inmunidad, como prerrogativa de los miembros de las Cortes Generales, forma parte de nuestro Texto constitucional, con idéntica legitimidad a la del resto de los institutos constitucionales. Ocurre, sin embargo, que la Constitución no es la suma y el agregado de una multiplicidad de mandatos inconexas, sino precisamente el orden jurídico fundamental de la comunidad política, regido y orientado a su vez por la proclamación de su art. 1, en su ap. 1º, a partir de la cual debe resultar un sistema coherente en el que todos sus contenidos encuentren el espacio y la eficacia que el constituyente quiso otorgarles” (FJ 3).

En tercer lugar, no ha lugar a establecer una especie de jerarquía entre preceptos orgánicos y dogmáticos, pues el sistema constitucional es ajeno a cualquier concepción jerárquica:

“el sistema constitucional es ajeno a cualquier concepción jerarquizada, de forma más o menos latente, entre sus contenidos “dogmático” y “orgánico”. Derechos fundamentales y estructura democrática son ambas expresiones y soporte del mismo y único modelo de comunidad política que, desde sus orígenes, la Constitución representa” (FJ 3).

Sentado lo anterior analicemos alguno de los casos más significativos.

#### a. El derecho a la tutela judicial efectiva

Como hemos señalado, el derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo que podemos sintetizar como sigue: derecho de acceso a la jurisdicción, derecho a una resolución de fondo que resuelva todas las pretensiones deducidas conforme a Derecho, aunque no se vulneraría tal derecho si no se dictara sentencia de fondo por una de las causas legalmente establecidas, y derecho a la ejecución de la sentencia. Así pues, dado que el artículo 24.1 de la Constitución garantiza a todos la tutela efectiva mediante al acceso al proceso y a los recursos previstos en la ley, tal derecho limitarse en aras a un interés general como puede ser, en este caso, el normal funcionamiento y regular composición de la Cámara.

Como advierte GARCÍA MORILLO, “la inmunidad se proyecta también, sobre el derecho a la tutela de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos legítimos, pues es claro que quien inste una acción penal contra un parlamentario queda expuesto a que dicha acción decaiga sin producir sus efectos naturales si se deniega el suplicatorio”<sup>312</sup>. Efectivamente, como hemos señalado, el acuerdo por el que se deniega un suplicatorio es un acto parlamentario de carácter político, discrecional pero con trascendencia externa. Dicha trascendencia externa puede llevar a que incida o entre en contacto con el derecho a la tutela judicial efectiva del que ve como la denegación impide que prospere la acción penal contra el parlamentario y no se dicte una resolución sobre el fondo.

Ante la objeción, basada en la sentencia del Tribunal Constitucional 26/1983, de 13 de abril<sup>313</sup>, de que un acuerdo denegatorio del suplicatorio no puede conllevar una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva pues sólo los órganos

<sup>312</sup> GARCÍA MORILLO, J., “Contenido, finalidad...”, op. cit., p. 95.

<sup>313</sup> “...se precisan también nítidamente los actos supuestamente lesivos contra los que éste se dirige, que, naturalmente, no pueden ser otros que las llamadas “actitudes” de determinados órganos judiciales, pues son estos y no aquellos otros sujetos de derecho frente a los que se pide protección, sean públicos o privados, los que han de otorgar la “tutela judicial efectiva” y los únicos, en consecuencia, a los que cabe imputar la violación de ese derecho que la Constitución garantiza” (FJ 1).

jurisdiccionales pueden ser responsables de dicha vulneración, el Tribunal Constitucional en su sentencia 90/1985, de 22 de julio, tras advertir que un acto de un órgano de carácter no jurisdiccional puede ser el origen de una vulneración de este derecho<sup>314</sup>, reconoce que tal circunstancia puede darse cuando entra en juego la prerrogativa de la inmunidad:

“... no cabe, en efecto, excluir la posibilidad de que exigencias que derivan del mandato contenido en el art. 24.1 CE sean lesionadas por órganos parlamentarios cuando las mismas llegan a ser el objeto sobre el que incide una decisión de dichos órganos. Así puede suceder cuando normas legislativas regulen el acceso a la justicia o los distintos aspectos de los procesos judiciales, y bien puede suceder también con motivo de actuaciones singulares de las Cámaras parlamentarias en que se produzca igualmente una incidencia sobre el despliegue de aquellas exigencias para un supuesto concreto.

Esta incidencia se produce, sin duda, en el presente caso. Ha de tenerse en cuenta que la Constitución, mediante su mencionado art. 71.2, ha querido que, en relación a los delitos presuntamente cometidos por los Diputados o Senadores, sea la correspondiente Cámara la que decida acerca de la posibilidad de perseguir o no dichos delitos ante la jurisdicción penal. Ello es lo mismo que decir que, en tales supuestos, son órganos parlamentarios quienes adoptan decisiones acerca del acceso a la tutela judicial por parte de los ciudadanos afectados por las conductas supuestamente delictivas.

La disponibilidad del proceso penal se convierte, de esta manera, en el objeto sobre el que deciden dichos órganos parlamentarios, de los que no puede afirmarse, en consecuencia, que sean ajenos a la prestación de la tutela judicial. Esta, por el contrario, dependerá, en último término, de una actuación parlamentaria –la que conceda o deniegue el correspondiente suplicatorio–, actuación que adquiere relieve jurisdiccional y es, por tanto, susceptible de examen desde la perspectiva del art. 24.1 CE, no en cuanto suponga un enjuiciamiento en términos jurídicos de la conducta que motiva la solicitud del suplicatorio, lo que obviamente no lleva a cabo, sino en cuanto resuelve mediante un procedimiento específico sobre la pretensión de que ese enjuiciamiento se produzca en vía penal.” (FJ 4)

<sup>314</sup> “No cabe, por tanto, deducir de aquella sentencia una doctrina aplicable a la generalidad de los casos, y según la cual no sean imaginables supuestos en los que la vulneración del derecho del art. 24.1 CE se produzca directamente por órganos que no sean de naturaleza jurisdiccional. Esa doctrina, en lo que se refiere a órganos parlamentarios, chocaría, entre otras cosas, con lo que ha sido práctica reiterada de este Tribunal Constitucional, quien, en varios casos, ha tenido ocasión de entrar en el examen –y así lo ha hecho– de violaciones del derecho a la tutela judicial supuestamente producidas por actuaciones de dichos órganos.” (FJ 4).

No cabe, pues, excluir que un acto del Parlamento conlleve una injerencia en el derecho a la tutela judicial efectiva, y esta incidencia pueda venir dada como consecuencia de la prerrogativa de la inmunidad. De ahí cabe deducir que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva será atribuible, en todo caso, al acuerdo denegatorio de la Cámara y no al auto de sobreseimiento que, como consecuencia lógica y automática del anterior, dicte el Tribunal Supremo.

Por lo tanto, nos encontramos ante un conflicto entre un derecho y una prerrogativa. Aunque la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional deja poco margen de maniobra a la Cámara a la que se le solicita el suplicatorio, el acuerdo sigue siendo un acto discrecional de la misma por lo que, como reconoce el propio Alto Tribunal, tal petición no ha de resolverse siempre y en todos los casos en sentido favorable a la petición. Por lo tanto, no se vulneraría el artículo 24.1 CE cuando se deniegue el suplicatorio y el acuerdo de la Cámara sea consecuente con la finalidad de la institución. Así lo señala el propio Tribunal Constitucional en la STC90/1985, en los siguientes términos:

“Ello no significa, ciertamente, la necesidad de que, siempre que se requiera un suplicatorio de una Cámara Parlamentaria, ésta venga obligada a concederlo para permitir el acceso a la Justicia, pues tal necesidad, entre otras cosas, haría vana la existencia misma de la inmunidad parlamentaria, en los términos que nuestra Constitución la establece. Es preciso, por el contrario, reconocer que esa inmunidad implica siempre una posibilidad de que sea denegado el derecho al proceso penal, posibilidad que, en sí misma, no contradice el mandato del art. 24.1 CE, pues, según ha reiterado este Tribunal Constitucional, el derecho a las distintas acciones procesales que de dicho mandato deriva no es un derecho incondicionado, sino que está en función del cumplimiento de los requisitos que las correspondientes normas establezcan para el ejercicio de tales acciones, y habrá de entenderse que uno de esos requisitos, en el caso de acciones penales dirigidas contra Diputados o Senadores, es, por imperativo del art. 71.2 CE y de las normas que lo desarrollan, el otorgamiento de suplicatorio por la respectiva Cámara” (FJ 6).

El problema se reduce, en definitiva, y en palabras del Tribunal Constitucional, a determinar en cada caso el alcance con que el derecho a la tutela judicial ha de aplicarse en el ejercicio de la prerrogativa. Y ello sólo puede hacerse ponderando todas las circunstancias concurrentes a partir una premisa clara: el derecho a la tutela judicial efectiva, como cualquier otro derecho puede ser objeto de injerencias, pero las mismas han de aplicarse de forma restrictiva lo que supone que la negativa a la concesión del suplicatorio ha de responder de forma necesaria y proporcional al objetivo de la institución convirtiéndose en un abuso cuando el acuerdo no responda a tales exigencias. Ello no obstante, la cuestión no sería insalvable si lo que se dictara como consecuencia del acuerdo denegatorio fuese un auto de sobreseimiento provisional. En este caso la lesión de la tutela judicial efectiva podría ser

reparada en un futuro, cuando el parlamentario dejara de serlo<sup>315</sup>. La inmunidad ha sido definida como un obstáculo procesal temporal por lo que una vez superado queda libre el acceso a la jurisdicción. Ello no obstante, existe un obstáculo que puede convertirse en insalvable y que puede suponer, de facto, una vulneración de este derecho: el artículo 7 de la ley de 1912 en cuanto decreta el sobreseimiento libre en caso de denegación de la autorización. El sobreseimiento libre produce, como se ha señalado, efectos de cosa juzgada por lo que es similar a una sentencia anticipada. Ello supone que no es posible interponer una acción penal por los mismos hechos una vez que el parlamentario ha dejado de serlo, al contrario del sobreseimiento provisional que no cierra el paso a iniciar un proceso una vez se de dicha circunstancia. Por lo tanto, el sobreseimiento libre como consecuencia derivada de forma obligatoria del acuerdo denegatorio del suplicatorio se convierte en un obstáculo insalvable en cuanto impide un pronunciamiento de fondo.

El conflicto se produce entre el derecho a la tutela judicial y el acuerdo denegatorio del suplicatorio. No entran en juego los derechos presuntamente vulnerados por el parlamentario que dan lugar al intento de procesamiento. Así por ejemplo, en los casos Barral I y II, el demandante de amparo alegaba que el Acuerdo denegatorio de la Cámara suponía una vulneración, entre otros, de su derecho a la integridad moral y de su derecho al honor (recordemos que el origen de estos casos está en unas declaraciones del Senador que podían ser constitutivas del delito de injurias graves). Ello no obstante, el Alto Tribunal deja claro que la negativa a conceder el suplicatorio ha de ser examinada únicamente desde la perspectiva del artículo 24 CE en cuanto denegación del acceso a la justicia y a un pronunciamiento de fondo, pero en ningún momento entran en juego los derechos que se encuentran en el origen del conflicto, sobre los que la Cámara en ningún caso resuelve. Así en la STC 90/1985, de 14 de agosto, ante el acuerdo denegatorio de la Cámara, afirma el Alto Tribunal:

“según se reconoce expresamente en el propio escrito de amparo, la lesión de tales derechos habría tenido su origen, en todo caso, en la publicación en que se hicieron las afirmaciones que el solicitante de amparo considera injuriosas, sin que, como consecuencia del acuerdo aquí impugnado, haya podido obtener la tutela judicial para esos derechos. Resulta, por ello, evidente que la supuesta violación de estos derechos no pudo ser producida por dicho acuerdo que en modo alguno resuelve, como no podía hacerlo, acerca de los bienes jurídicos protegidos mediante la tipificación penal del delito de injurias o sobre la autoría de éste.

No es posible, en consecuencia, estimar la pretensión del recurrente, en cuanto se fundamenta en los derechos reconocidos por los arts. 15 y 18.1 CE, cuya invocación en este proceso de amparo únicamente responde

<sup>315</sup> Lo que no sería obstáculo para que, por otra parte, se produjera una lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

a una indebida extensión del derecho a la tutela judicial, reconocido por el art. 24.1, también CE, hasta incluir en una presunta violación de éste la de los derechos cuya tutela se pretende.” (FJ 3)

Por último, cabe detenerse en una última cuestión: la elección de la vía penal y su incidencia en el derecho a la tutela judicial efectiva, motivo de oposición aducido por la representación del Senador y por el Letrado de las Cortes Generales, en el sentido de que no se había producido indefensión en la medida en que el actor dispuso de otras posibilidades para obtener la tutela de sus derechos e intereses legítimos como sería la correspondiente reclamación en vía civil, a través, se supone, del procedimiento establecido en la Ley 1/1982 de protección civil del honor, intimidad y propia imagen lo que en principio evitaría la necesidad de solicitar el oportuno suplicatorio<sup>316</sup>. Ello no obstante, el Alto Tribunal deja bien claro que el derecho a la tutela judicial encierra el derecho de escoger la vía judicial que se estima como más conveniente para la defensa de derechos e intereses legítimos, por lo que siempre que la vía escogida sea procesalmente correcta, conforme a las normas legales vigentes, la privación o denegación de la misma, si fuere indebida, habría de estimarse que equivale, a una privación o denegación de tutela judicial efectiva. Lo mismo puede decirse de la posibilidad de querrellarse contra otras personas distintas del Senador pues al actor le asiste el derecho a señalar las personas que han de considerarse demandados o sujetos pasivos en la correspondiente acción penal

14

170

En definitiva, y con relación al caso Barral I, el Tribunal Constitucional concluye que:

“En el caso que nos ocupa, la procedencia inicial de la vía penal emprendida por el solicitante de amparo, así como la existencia de indicios de criminalidad en la conducta de la persona frente a la que dirigió su querrela, vienen demostradas por el hecho, según consta en los antecedentes, de que dicha querrela dio lugar, en un primer momento, a que se dictara auto de procesamiento contra esa persona. En consecuencia, a pesar de que existieran otros cauces procesales para la defensa de los derechos que el solicitante de amparo consideró lesionados y aunque existieran, incluso, otras personas frente a las que la acción penal hubiera podido dirigirse, ello no es motivo para impedir que se entre en un examen de fondo acerca de la violación del art. 24.1 CE, supuestamente producida por el acuerdo del Senado que impidió proseguir la acción iniciada por el solicitante de amparo.” (FJ 5).

<sup>316</sup> Paradójicamente en el momento de dictar sentencia estaba vigente el punto dos del artículo 2 redactado conforme a la LO 3/1985, de 29 de mayo, que exigía la previa autorización de la Cámara correspondiente para seguir un proceso civil en aplicación de la LO 1/1982.

## b. El derecho a la igualdad

El segundo derecho que ha sido invocado con relación a la denegación del suplicatorio es el derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución<sup>317</sup>. De acuerdo con la STC 49/1982, de 14 de julio, la igualdad a que el art. 14 se refiere, es la igualdad jurídica o igualdad ante la Ley que no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva sino que:

“Significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados” (FJ 2).

En la sentencia 103/1983, de 22 de noviembre, se ahonda en el significado de la igualdad ante la ley en los siguientes términos:

“La igualdad ante la ley consiste en que cuando los supuestos de hecho sean iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan de tales supuestos de hecho han de ser asimismo iguales. Y que deben considerarse iguales los supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro, haya de considerarse falta de un fundamento racional y –sea por ende arbitraria– por no ser tal factor diferencial necesario para la protección de bienes y derechos, buscada por el legislador. De esta suerte, dos situaciones consideradas como supuestos de hecho normativos son iguales si el elemento diferenciador debe considerarse carente de la suficiente relevancia y fundamento racional.” (FJ 5).

Por lo tanto, la introducción de una diferenciación entre supuestos, en principios iguales, no supondrá una vulneración del derecho a la igualdad cuando dicha diferenciación tenga un fundamento racional y sea necesario para la protección de derechos o bienes. Desde estos parámetros cabe analizar si la introducción del obstáculo procesal en que consiste la inmunidad supone una vulneración del derecho a la igualdad. Es evidente que la diferenciación viene establecida por la propia Constitución. Para el Tribunal Constitucional, este caso como en el supuesto del procedimiento para exigir responsabilidad criminales a jueces y magistrados, no cae en ninguna de las categorías sospechosas del artículo 14 CE sino que la especificidad viene dada por la especial función que desempeñan las personas amparadas por la prerrogativa. Así tuvo ocasión de manifestarlo en la STC

<sup>317</sup> Al respecto vide RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LOPEZ, M<sup>a</sup> F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, 1986, y en relación con las prerrogativas parlamentarias, FIGUERUELO BURRIEZA, A., “Prerrogativas parlamentarias y quiebra del principio de igualdad”. *Revista de las Cortes Generales*, n.º 17, 1989, pp. 103-118..

61/1982, de 13 de diciembre con ocasión del antejuicio de jueces y magistrados, en la que también hace referencia al caso de los parlamentarios<sup>318</sup>, criterio que aplicará expresamente a la inmunidad en la STC 92/1985, de 24 de julio, en el que introduce, además de la trascendencia de la función, otro elemento a tener en cuenta: que el demandante alegue el *tertium comparationis*, lo que como señala MARTÍNEZ SOSPEDRA, es “cosa manifiestamente imposible en este caso: no hay nadie fuera de los parlamentarios nacionales situado en la posición de los parlamentarios nacionales”<sup>319</sup>:

“En cualquier caso, no sería posible apreciar la existencia de esa vulneración sin que, previamente, se aportase un término de comparación respecto al que la desigualdad tuviere lugar. El objeto del presente recurso de amparo son, según acaba de señalarse, dos resoluciones del Tribunal Supremo. En consecuencia, dicho término de comparación únicamente pudiera venir dado por otras resoluciones del mismo órgano superior de la jurisdicción ordinaria en que se hubiera aplicado la legalidad de modo diferente para un supuesto de hecho igual, esto es, en las que no se hubiera acordado el sobreseimiento de actuaciones penales seguidas contra un parlamentario en caso de haberse denegado por la correspondiente Cámara la autorización para su procesamiento. Ninguna resolución de esta naturaleza es aportada por el demandante de amparo, con lo que no existe base siquiera para examinar la vulneración constitucional que alega.

Tampoco cabe plantear la existencia de discriminación por el trato favorable recibido por el Senador cuyo encausamiento fue sobreseído, pues, según apunta el M<sup>o</sup> Fiscal en su escrito de alegaciones, ello, en rigor, no entraña agravio o discriminación padecidas, desde la perspectiva de la titularidad del derecho a la igualdad que corresponde al demandante de amparo, perspectiva desde la que sólo es pertinente, como se ha indicado, considerar el trato judicial distinto que hubiesen recibido titulares del mismo derecho en la misma situación jurídica, lo que no es, obviamente, el caso de aquel Senador.” (FJ 2).

<sup>318</sup> “Este procedimiento, ineludible para el ciudadano que intente exigir responsabilidad criminal a los Jueces y Magistrados, no puede considerarse atentatorio al principio de igualdad porque, en ningún caso, permite cerrar el paso a la acción penal en atención a motivos personales concurrentes en los querrelados, sino valorar la procedencia o no de admitir la querrela con mayores formalidades procesales que las previstas en los arts. 312, 313 e, incluso, 789 LECr., en consideración a la especificidad de la función que aquéllos ejercen y que concierne, de modo relevante, al interés público, mediante la adecuación de normas instrumentales también específicas, que, como ha señalado el Fiscal, están también previstas en otros supuestos, así cuando la Ley exige previa licencia del órgano judicial (calumnia e injuria causada en antejuicio –arts. 467.2 CP y 805 LECr.-) o autorización de las Cámaras para la inculpación de parlamentarios (arts. 72.2 CE y 750 y ss. LECr.).” (FJ 4).

<sup>319</sup> MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *La inmunidad...*, op. cit., p. 156.

Como señala GARCÍA MORILLO, “no es la inmunidad en sí lo que crea una situación de desigualdad: un parlamentario no goza de ningún privilegio porque para procesarle sea preciso el suplicatorio, como tampoco goza de un privilegio el Juez por no poder ser procesado sin antejuicio. Lo que genera la desigualdad es la negativa arbitraria, injustificada, irrazonable y, en suma, ajena a la finalidad de la inmunidad, de las Cámaras para que los procesen. El hecho de que para procesar a un parlamentario haya que obtenerse autorización de la Cámara a la que pertenece no es, en sí, desigual. Lo desigual será que la Cámara deniegue el suplicatorio si no concurre la justificación o finalidad de la inmunidad. Porque si el procesamiento obedecía a una persecución política, lo desigual y arbitrario sería, precisamente, el procesamiento: se procesa a alguien por ser parlamentario y no se le procesaría si no lo fuese”<sup>320</sup>.

Efectivamente, si la prerrogativa se utiliza de forma abusiva ya no protege al parlamentario sino que crea un privilegio en favor de un ciudadano. Si tenemos en cuenta que la consecuencia de la denegación es el sobreseimiento libre, es decir, una especie de sentencia absolutoria anticipada, en definitiva, una impunidad a favor de dicho ciudadano, deberemos concluir que ello sí vulnera claramente el derecho a la igualdad.

### c. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

Una cuestión que cabe plantearse es la incidencia de la prerrogativa en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, recogido en el artículo 24.2 CE. De acuerdo con la STC 43/1985, de 22 de marzo, por proceso sin dilaciones indebidas hay que entender el que se desenvuelve en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en los que los intereses litigiosos puedan recibir pronta satisfacción. Nuestro Tribunal Constitucional sigue plenamente la doctrina elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en cuanto a lo que hay que entender por un proceso tal, así, la sentencia 5/1985, de 23 de enero, establece, al tratar la cuestión de si la Constitución introduce una definición de mayor rigor que la del texto europeo, que «por dilación indebida no se está diciendo cosa distinta de lo que el artículo 6.1 de la Constitución europea y de lo que desde la afirmación de este precepto ha señalado el TEDH»<sup>321</sup>. Se trata, tal y como señalan, entre otras, las sentencias 36/1984, de 14 de marzo y 5/1985, de 23 de enero, de un concepto jurídico indeterminado o abierto que ha de ser dotado de contenido concreto en cada caso atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico. Dichos criterios, que el TEDH ha ido perfilando a través de sus sentencias (tales como SsTEDH Köning, Guzzardi, Buchholz, Foti, Zimmermann, etc.) y que nuestro Tribunal Constitucional recoge en su totalidad, son: la complejidad del asunto, el comportamiento de las partes y la forma en

<sup>320</sup> GARCÍA MORILLO, J., “Contenido, finalidad...”, op. cit., p. 93.

<sup>321</sup> En el mismo sentido STC 36/1984, de 14 de marzo.

que el asunto ha sido llevado por las autoridades administrativas y judiciales. Llegado a este punto hay que remarcar, de acuerdo con la STC 5/1985, de 23 de enero que el artículo 24.2 no ha constitucionalizado el derecho a los plazos, ha constitucionalizado, configurado como un derecho fundamental, con todo lo que esto significa, el derecho de toda persona a que su causa se resuelva dentro de un tiempo razonable. Por otra parte, y para concretar aún más el carácter de este derecho, la sentencia 36/1984, de 14 de marzo, advierte que cuando el retraso en la resolución de los asuntos es debido no a una conducta dolosa o negligente de los órganos jurisdiccionales, sino a causas independientes de su voluntad, como el exceso de trabajo, «pueden exculpar a los jueces y magistrados de toda responsabilidad personal, pero no priva a los ciudadanos del derecho a reaccionar frente a los retrasos, ni permite considerarlos inexistentes, o dicho con mayor exactitud, no autoriza a considerar que la dilación no es indebida».

Nos encontramos ante un derecho fundamental, sobre el que hay que afirmar su carácter autónomo, y no meramente aclarativo, del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1. Este último derecho consiste, como hemos visto, en el libre acceso a los Tribunales, en que los litigantes obtengan una resolución judicial motivada, que se pronuncie sobre el fondo de las pretensiones deducidas por ellos ante el órgano jurisdiccional, y que dicho fallo se cumpla, aunque no se vulneraría el mismo si se produjese una resolución motivada de inadmisión o de extinción del proceso, que impide llegar al fondo del asunto. La diferenciación entre ambos derechos la pone de relieve la sentencia 26/1983, de 13 de abril:

«el derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo (...) esta complejidad (...) no hace, sin embargo, de este derecho a la tutela efectiva de jueces y magistrados un concepto genérico dentro del cual hayan de entenderse insertos derechos que son objeto de otros preceptos constitucionales distintos, como es, por ejemplo, el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas (...), jurídicamente en el marco de nuestro ordenamiento es forzoso entender que se trata de derechos distintos que siempre han de ser considerados separadamente y que, en consecuencia, también pueden ser objeto de distintas violaciones” (FJ 2)

Por lo tanto, puede darse una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas de forma independiente del derecho a la tutela judicial efectiva. ¿Cuándo nos encontraríamos en tal supuesto? Indudablemente los plazos que transcurran entre la solicitud del suplicatorio, el acuerdo de la Cámara y la comunicación del mismo al Tribunal no pueden ser tenidos en cuenta a la hora de concluir que ha existido una dilación indebida, pues forman parte del procedimiento legalmente establecido. Ello no obstante, se ha hecho referencia en este trabajo, haciéndose eco de que doctrina a que la prerrogativa puede usarse en claro abuso de la misma, de tal manera que la Cámara puede adoptar una situación de fuerza y negarse reiteradamente a conceder el suplicatorio con lo que al querellante sólo le quedaría la opción de esperar a que el parlamentario dejara de serlo. Si nos enfrentáramos

ante una tal situación, entendemos que si ha transcurrido un plazo de tiempo de cierta entidad, la negativa sistemática de la Cámara a conceder el suplicatorio y la demora consiguiente en iniciar el proceso pueden conllevar la vulneración del derecho en cuestión. No olvidemos que, por una parte, la negativa de la Cámara que desoye de forma reiterada al Tribunal Constitucional no es razonable y, por otra, uno de los criterios a tener en cuenta para decidir si han existido dilaciones indebidas es la actitud de las autoridades en el caso. En un caso de este tipo, de negativa sistemática y reiterada, con intención diletante, a conceder el suplicatorio, la vulneración de un derecho sin dilaciones indebidas sería evidente.



## IV. EL AFORAMIENTO



## 1. Concepto y objeto

Queda por analizar la tercera prerrogativa, el aforamiento, íntimamente ligada a las otras dos prerrogativas pero especialmente a la inmunidad. El aforamiento, en palabras del propio Tribunal Constitucional opera como complemento y cierre de las anteriores prerrogativas y está orientada, al igual que ellas a los mismos objetivos siendo su objetivo específico la protección de la independencia del Parlamento y el ejercicio de las funciones del cargo constitucionalmente relevantes. Pese a que, de entrada, parece ser la prerrogativa que plantea menos problemas, lo cierto es que su regulación es altamente confusa e incoherente lo que conlleva problemas de interpretación y aplicación. Así lo reconoce el Tribunal Constitucional en su sentencia 22/1997, de 11 de febrero en los siguientes términos:

“La regulación legal de la prerrogativa de aforamiento de Diputados y Senadores se encuentra en un confuso marco normativo (Ley 9 febrero 1912; arts. 303,5, 309 y 750 a 756 LECr.; arts. 20,2 y 21 Rgto. del Congreso de los Diputados y art. 22 Rgto. del Senado), integrado parcialmente por normas preconstitucionales y cuya persistencia al día de hoy sólo se explica por el olvido del Legislador, pese a nuestros llamamientos anteriores –que hemos de reiterar ahora– sobre la inseguridad jurídica que tal situación comporta (STC 206/1992, f. j. 3º). La inseguridad jurídica que genera la inadecuación de la vieja normativa hoy existente sobre la regla procesal del aforamiento de Diputados y Senadores exige, para una interpretación coherente y sistemática de este instituto, una pronta acción del Legislador.” (FJ 4).

A pesar de que el procedimiento para proceder contra diputados y senadores está encuadrado en el Libro cuarto de la LECrim intitulado *De los procedimientos especiales*, hay que advertir con HERCE QUEMADA que “esos llamados “procedimientos especiales” no son en rigor, otros tantos tipos procesales. En la mayoría de los casos, se trata de variantes del proceso ordinario y no de verdaderos procedimientos especiales. (...) En el título <sup>322</sup> se tiene en cuenta la calidad personal del inculpado para establecer exclusivamente las condiciones de su procesamiento”<sup>323</sup>.

<sup>322</sup> “Del modo de proceder cuando fuere procesado un Senador o Diputado a Cortes”.

<sup>323</sup> HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal penal...*, op. cit., p. 327.

En el caso de los parlamentarios, el juez ordinario predeterminado por la ley no es aquel que corresponde según las reglas generales de distribución de las competencias. El apartado tercero del art.71 de la Constitución establece un supuesto de aforamiento referido a los miembros de las Cortes Generales: en las causas penales contra los mismos el juez competente es la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Tal regla no se recoge en la LECrim de 1881, pesar de que se introduce en la Constitución de 1876<sup>324</sup> y con posterioridad se recoge en la ley de 1912. Viene desarrollada la prerrogativa en estos momentos por el artículo 57 Ley Orgánica del Poder Judicial, en tanto que el artículo 2 de la ley de 1912 regula el modo de proceder de los jueces y magistrados que instruyeran causa en la que resultare implicado un miembro de las Cortes Generales. Para determinados autores el aforamiento supone por sí solo un importante refuerzo de la inviolabilidad y la inmunidad, pues resulta fácticamente más difícil manipular políticamente al Tribunal Supremo que al que fuere juez natural en defecto de aforamiento. Esta fue la razón de su aparición. En su momento se consideró que el juez natural no tenía una posición lo suficientemente sólida como para resistir a las presiones políticas.

De acuerdo con el artículo 71.3.CE:

“En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”.

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley de 1912:

“Corresponderá a la Sala del Tribunal Supremo el conocimiento de las causas contra Senadores y Diputados, aun cuando sólo tengan el carácter de electos”

Por su parte, señala el artículo 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá:

2.º) De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra..., Presidentes del Congreso y del Senado, (...), miembros del Gobierno, Diputados y Senadores,

<sup>324</sup> Artículo 47 *in fine*: “El Tribunal Supremo conocerá de las causas criminales contra los senadores y diputados en los casos y en la forma que determine la ley”. Nótese, una vez más, la incoherencia del sistema. La Constitución de 1876 introduce el aforamiento. La LECrim de 1881 no hace referencia al mismo y hay que esperar a la ley de 1912. El origen de esta incoherencia es que el legislador que redactó la Ley de Enjuiciamiento criminal no hizo otra cosa que recoger lo que señalaba la Ley provisional de enjuiciamiento criminal de 1872. En este sentido puede verse los artículos 755 y ss. de la Compilación General de las disposiciones vigentes sobre el Enjuiciamiento Criminal, que realizada en 1978 recopila la legislación vigente en esta materia. Estos artículos fueron reproducidos fielmente en la LECrim de 1881 sin caer en la cuenta que la Constitución de 1876 había sido aprobado entre medio y sin tener en cuenta, por lo tanto, lo prescrito en ella.

Con relación a los diputados autonómicos, la Sala competente será el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma salvo que el delito se hubiese cometido fuera del territorio de la Comunidad en cuyo caso será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Así el artículo 23.3 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana señala que:

“Durante su mandato no podrán ser detenidos ni retenidos por actos delictivos cometidos en el territorio de la Comunidad Valenciana, sino en caso de flagrante delito correspondiendo decidir en todo caso sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma. Fuera de dicho territorio la responsabilidad penal será exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo<sup>325</sup>.

## 2. Extensión

### a. Ámbito temporal

Íntimamente conectado con las dos anteriores prerrogativas pero especialmente con la inmunidad, el aforamiento liga su duración temporal con la de la inmunidad, de tal suerte que será juez ordinario predeterminado por la ley el Tribunal Supremo o, en su caso, los Tribunales Superiores de Justicia, mientras se goce de la condición de parlamentario. Ello supone que si una persona tiene abierto un proceso penal, desde el momento que es proclamado electo, la causa ha de ser remitida, sin mayor dilación, al Tribunal Supremo o al Tribunal Superior de Justicia y, a *sensu contrario*, desde el momento en que un parlamentario deja de ostentar tal cargo, dichos tribunales dejan de ser el juez ordinario y la causa ha de ser remitida al juez que corresponda según las reglas generales. Lo contrario, y tal como advierte el Tribunal Constitucional en su sentencia 22/1997, de 11 de febrero, supondría una extensión del ámbito temporal de la prerrogativa, convirtiéndola predominantemente en privilegio personal, que redundaría en una desproporcionada e innecesaria alteración del régimen común del proceso penal, de tal suerte que sólo se prolongaría la competencia del Tribunal Supremo, una vez acabado el mandato en el caso de que los hechos cometidos estuvieran directamente relacionados con el ejercicio de la función pública inherente al cargo:

<sup>325</sup> En el mismo sentido artículo 26.6 del Estatuto vasco: “Durante su mandato, por los actos delictivos cometidos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, no podrán ser detenidos ni retenidos sino en caso de flagrante delito, correspondiendo decidir, en todo caso, sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Fuera del ámbito territorial del País Vasco, la responsabilidad penal será exigible en los mismos términos ante la Sala de lo penal del Tribunal Supremo”. Por el resto de Estatutos vide por todos, artículo 57.2 del Estatuto de Catalunya o el artículo 11.6 del Estatuto de la Comunidad de Madrid.

“La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ante la precaria regulación legal y, en particular, el art. 7 de la preconstitucional Ley 9 febrero 1912, entendió –en una interpretación restrictiva de la prerrogativa de aforamiento basada en primar teleológicamente la dimensión funcional y objetiva de la prerrogativa respecto de la vertiente meramente personal y subjetiva– que “durante el periodo de su mandato los Diputados y Senadores no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara. Fuera del periodo de su mandato, la competencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo sólo se extiende a los Diputados y Senadores electos o cuando, al finalizar su mandato, estuviera concedida y vigente la autorización de la Cámara para proceder, pero siempre que los hechos cometidos estuvieran directamente relacionados con el ejercicio de la función pública inherente al cargo representativo”. Esta interpretación, ciertamente, no se ajusta al tenor literal de la Ley 9 febrero 1912, pero tratándose de una norma preconstitucional nada impide al Tribunal Supremo modularla a las circunstancias del caso, deduciendo de la Constitución y de las normas procesales la pauta interpretativa a seguir.” (FJ 8)<sup>326</sup>.

Por lo tanto, si bien queda claro que perdida la condición de parlamentario, el Tribunal Supremo, o en su caso, el Tribunal Superior de Justicia, dejan de ser competentes, se abre una excepción: que al finalizar su mandato, estuviera concedida y vigente la autorización de la Cámara para proceder, pero siempre que los hechos cometidos estuvieran directamente relacionados con el ejercicio de la función pública inherente al cargo representativo. Circunstancia que también es objeto de controversias como pone de relieve el ATS de 15 de noviembre de 1993:

“Cuando el Diputado o Senador cesa, el aforamiento no tiene ya razón de ser, según un criterio, pero otros mantienen que debe subsistir cuando el delito guarde relación con su condición parlamentaria”.

Al respecto, dos observaciones: la primera que se deja la puerta abierta en tanto a la indeterminación pues habrá que precisar en cada caso si los hechos estuvieron directamente relacionados con el ejercicio de la función parlamentaria. Por otra parte, cabría preguntarse el por qué de dicha excepción que no puede encontrarse en una falta de independencia, imparcialidad o *sabiduría jurídica* del juez ordinario según las reglas generales de la competencia, como se ha preocupado el Tribunal Supremo de advertir a la hora de defender su competencia para conocer de las causas contra aforados, sino sólo en el tipo o finalidad del delito: relacionado directamente con la función parlamentaria.

<sup>326</sup> Vide, por todos, los autos de 15 de noviembre de 1993, de 24 de septiembre de 1998 y de 13 de abril de 1999.

## b. Ámbito material

Por lo tanto, ya de entrada podemos anotar las siguientes circunstancias. Por una parte, el aforamiento se circunscribe a las cuestiones penales, circunstancia lógica si anudamos esta prerrogativa con la inmunidad, por otra, el aforamiento de los diputados de los parlamentos autonómicos tiene una doble vertiente. Para los delitos cometidos en el territorio de la Comunidad Autónoma es competente el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma respectiva, para el caso de que el delito haya sido cometido fuera del territorio de la Comunidad, será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. En tercer lugar, la competencia del Tribunal Supremo se extiende a “las causas” y no a los “delitos”, según el tenor literal del artículo 71.3 CE, criterio que corrobora el artículo 57.2. LOPJ, a pesar de que los estatutos de autonomía hablen de delito, en consecuencia el aforamiento se extiende a la totalidad de las causas penales, tanto si se instruyen por falta como por delito y sea cual sea el procedimiento que, de entre los contemplados por la LECrim, sea pertinente por razón de la infracción imputada.

El artículo 2 de La ley de 1912 establece al efecto que cuando un juez o magistrado actuando como instructor aprecie que en la causa, sea cual sea ésta, aparecen indicios de responsabilidad contra un diputado nacional o senador, debe remitir las diligencias “en el plazo más breve posible” al Tribunal Supremo. A este corresponde de un lado la instrucción, y del otro la sustanciación de la causa ex artículo 57.2. LOPJ, con la salvedad de que si se tratara de un supuesto de delito flagrante puede el juez ordinario ordenar la detención del parlamentario, dando cuenta inmediata al Tribunal Supremo para que éste, a su vez lo comunique a la Cámara correspondiente y correspondiendo la decisión definitiva sobre dicha detención, o prisión provisional en su caso, al Tribunal Supremo ( art.5 párf. tercero de la ley de 1912).

La consecuencia lógica del aforamiento es que como corresponde siempre y necesariamente tanto la instrucción como la sustanciación de la causa a la Sala de lo Penal del Supremo, es este último Tribunal el único competente para elevar a la Cámara la petición de autorización para proceder mediante el correspondiente suplicatorio (artículo 5, primer párrafo de la ley de 1912); del mismo modo la resolución de la Cámara sobre el suplicatorio debe ser comunicada únicamente al citado Tribunal, como establece el art.7 de la ley de 1912 y el art.22.4 RS<sup>327</sup>.

Ello no obstante, la práctica del Tribunal Supremo aporta nuevas confusiones al tema, pues con relación a las faltas parece separarse de lo anterior manteniendo una posición favorable a la competencia del Juzgado de Instrucción para la celebración de juicios de faltas contra aforados. Así el ATS de 5 de junio de 1995 advierte que:

<sup>327</sup> Pero no el RC, cuyo artículo 14.1. habla de “la autoridad judicial”.

“La reiterada referencia a “causas” y a “causas por delito” ha sido entendida en un sentido restrictivo y a la par técnico-jurídico, referido a delito y no a falta para los que la competencia se atribuye a los Juzgados de Instrucción por una constante doctrina de esta Sala – ver por todos, los autos de 13 de marzo de 1992, 7 de mayo de 1993 y 20 de diciembre de 1994, por citar entre los más recientes”<sup>328</sup>.

Por último, cabe referirse al artículo 23 del nuevo Estatuto de la Comunidad Valenciana, cuyo tercer párrafo *in fine* parece extender el aforamiento a las causas civiles: 3.

“Igualmente, gozarán de aforamiento en materia de responsabilidad civil por actos cometidos y opiniones emitidas en el ejercicio de su cargo”<sup>329</sup>.

La redacción de este precepto es más que confusa pues las opiniones emitidas en el ejercicio del cargo de los diputados autonómicos están protegidas por la inviolabilidad parlamentaria por lo que no ha lugar a hablar de aforamiento pues, como hemos visto *supra*, hay una absoluta irresponsabilidad *extra* Cámara por éstas, lo que impide al Tribunal Superior de Justicia o al Tribunal Supremo entrar a valorar si hubo o no conducta merecedora de responsabilidad civil. Por ello, en todo caso, la cuestión debería circunscribirse a “los actos cometidos en el ejercicio del cargo”, que no sean votos ni producto del ejercicio de la libertad de expresión del diputado. Señalado lo anterior, y circunscribiendo la cuestión a la extensión del aforamiento al ámbito civil nada hay que objetar desde un punto de vista constitucional, tal como señala el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen sobre la “Proposición de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía”, de marzo 2006:

“Nada puede objetarse, desde el punto de vista de la constitucionalidad de la medida, teniendo en cuenta que la ampliación del fuero especial se pretende recoger en la disposición estatutaria, contemplándose esta posibilidad en el artículo 73.2.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a cuyo tenor, “Esta Sala conocerá igualmente: (...) En única instancia, de las demandas de responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio de sus respectivos cargos, dirigidas contra... los miembros de la Asamblea Legislativa, cuando tal atribución no corresponda, según los Estatutos de Autonomía, al Tribunal Supremo”.

<sup>328</sup> Vide igualmente AaTS de 4 de diciembre de 1981, de 22 de octubre de 1982, de 1 de marzo de 1985, de 6 de marzo de 1985, de 15 de enero de 1992 y de 7 de mayo de 1993, aunque este último parece añadir la exigencia de previa autorización de la Cámara, con lo cual la cuestión se hace más confusa teniendo en cuenta que la competencia exclusiva para ello es del Tribunal Supremo.

<sup>329</sup> En sentido similar vide el artículo 92.3 *in fine* de la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía. “Igualmente, gozarán de aforamiento en materia de responsabilidad civil por actos realizados y opiniones emitidas en el ejercicio de su cargo. Fuera del territorio de Andalucía la responsabilidad civil será exigible ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo”.

### 3. El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley

Con carácter previo se hace obligado un análisis, aunque solo sea somero, del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Históricamente, y como señala ALMAGRO NOSETE, la garantía el juez natural encuentra su explicación concreta en la necesidad de evitar “jueces especialmente designados para resolver un caso o una serie de casos; es decir jueces comisionados o *post facto*<sup>330</sup>, lo que en el absolutismo era perfectamente posible dado que el Rey personificaba la Justicia y, por tanto, sus deseos, por irracionales que fuesen, resultaban perfectamente legítimos. En consecuencia una de las reivindicaciones revolucionarias va a ser la de la independencia del Juez.

El artículo 24.2 de la Constitución garantiza este derecho en los siguientes términos:

“Todos tienen derecho al juez predeterminado por la ley”.

De acuerdo con la STC 47/1983, de 31 de mayo, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley:

“exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional.

Pero exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por Ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente. De esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta –y que se recoge expresamente en el art. 14.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 6.1 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales–, garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudiera alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercitar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse” (FJ 2)<sup>331</sup>.

La predeterminación legal del Juez significa que la Ley, con generalidad y con anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso. La interpretación sistemática del artículo 24.2 CE

<sup>330</sup> ALMAGRO NOSETE, J., “Artículo 24”, en ALZAGA VILLAMIL, O., *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, Vol. III, p. 45.

<sup>331</sup> En el mismo sentido y por todas SsTC 44/1985 de 22 de marzo y 148/1987, de 28 de septiembre.

y del artículo 117.3 CE<sup>332</sup>, pone de manifiesto que el interés directo que protege este derecho es la independencia e imparcialidad de los jueces<sup>333</sup>. Como señala la LOPJ, la independencia judicial es frente a todos, también frente a otros órganos jurisdiccionales y frente al propio Consejo del Poder Judicial. La jurisprudencia del TEDH y del Tribunal Constitucional han ido perfilando estos conceptos. Recogido en el artículo 6.1 CEDH, “ocupa un lugar tan destacado que una interpretación restrictiva del artículo 6, párrafo 1 no se correspondería con el fin y el objeto de esta disposición”<sup>334</sup>. La STEDH Piersack de 1 de octubre de 1982, establece que por “imparcialidad del Poder Judicial” hay que entender la ausencia de prejuicio o idea preconcebida<sup>335</sup>.

Distingue el TEDH entre una dimensión subjetiva y otra objetiva de este término. Así se pone de manifiesto, por ejemplo en la STEDH Gautrin de 20 de mayo de 1998:

“La primera consiste en intentar determinar la convicción personal de tal o tal juez en tal ocasión. La segunda busca asegurar que ofrezca garantías suficientes para excluir toda duda legítima a este respecto” (Párf. 58)

Desde la primera dimensión “partiendo de la base de que la parcialidad no se presume, podría probarse que, en concreto, el juez tiene postura tomada en cuanto a la sentencia del proceso de que se trate. Por otra parte, la imparcialidad debe apreciarse de un modo objetivo, que prescinda de la subjetividad del juez respecto al caso concreto. La primera apreciación de la falta de imparcialidad es difícil que tenga éxito, porque requiere la prueba de un factor interno o espiritual como es el de un determinado pre-juzicio del juez respecto del caso. La segunda apreciación ha sido, en cambio, realizada por el TEDH en varios casos significativos”<sup>336</sup>. Desde esta segunda perspectiva de lo que se trata, de acuerdo con la STEDH Hauschildt de 24 de mayo de 1989, es ver:

“si, con independencia de la conducta personal del juez, algunos hechos que pueden comprobarse permiten poner en duda la imparcialidad del juez. (...) Para resolver si en un determinado caso hay un motivo legítimo para temer que un juez no sea imparcial, el punto de vista del acusado es importante, pero no es decisivo...lo que sí será decisivo es que sus temores estén objetivamente justificados” (Párf. 48).

<sup>332</sup> “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y hacer juzgar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las normas establezcan”.

<sup>333</sup> Vide en este sentido SSTC 47/1983, de 31 de mayo, 101/1984 de 8 de noviembre y 93/1988, de 24 de mayo.

<sup>334</sup> STEDH Delcourt de 17 de enero de 1970 (Párf. 25). En el mismo sentido SsTEDH Airey de 9 de octubre de 1979 (Párf. 24) y De Cubber, de 26 de octubre de 1984 (Párf. 30).

<sup>335</sup> En el mismo sentido, vide STEDH Worm de 29 de agosto de 1997.

<sup>336</sup> ORTELLS RAMOS, M., “El juez ante el Convenio europeo de Derechos Humanos y ante las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Seminario sobre Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Generalitat Valenciana, 1998, pp. 181 y 182.

El Tribunal Constitucional recoge de forma muy clarificadora esta jurisprudencia. Así, por ejemplo en la STC 162/1999, de 27 de septiembre (caso Hormaechea) señala:

“El método de apreciación de estas exigencias empleado por el T.E.D.H., cuya jurisprudencia constituye un obligado y valioso medio hermenéutico para configurar el contenido y alcance de los derechos fundamentales (art. 10.2 C.E.), se caracteriza por distinguir dos perspectivas –subjettiva y objetiva–, desde las que valorar si el Juez de un caso concreto puede ser considerado imparcial [Sentencias del T.E.D.H. dictadas en los casos Piersack (§ 30) y De Cubber (§ 24), antes citados, a cuya doctrina se remiten las posteriores]. La perspectiva subjettiva trata de apreciar la convicción personal del Juez, lo que pensaba en su fuero interno en tal ocasión, a fin de excluir a aquel que internamente haya tomado partido previamente, o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos. Desde esta perspectiva, la imparcialidad del Juez ha de presumirse, y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas. La perspectiva objetiva, sin embargo, se dirige a determinar si, pese a no haber exteriorizado convicción personal alguna ni toma de partido previa, el Juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto (caso Hauschildt, § 48); por ello, desde este punto de vista, son muy importantes las consideraciones de carácter funcional y orgánico, pues determinan si, por las funciones que se le asignan en el proceso, el Juez puede ser visto como un tercero en el litigio, ajeno a los intereses que en él se ventilan” (FJ 5)<sup>337</sup>.

Una de las cuestiones que ha tenido que resolver nuestro Tribunal Constitucional es si la Audiencia Nacional es un juez ordinario predeterminado por la ley. La duda la resolvió de forma afirmativa en la sentencia 199/1987, de 16 de diciembre. Tras recordar que La Constitución prohíbe Jueces excepcionales o no ordinarios, pero permite al legislador una determinación de las competencias de acuerdo a los intereses de la justicia, y teniendo en cuenta experiencias propias y ajenas, afirma, en definitiva que:

“Existen supuestos que, en relación con su naturaleza, con la materia sobre la que versan, por la amplitud del ámbito territorial en que se producen, y por su trascendencia para el conjunto de la sociedad, pueden hacer llevar razonablemente al legislador a que la instrucción y enjuiciamiento de los mismos pueda llevarse a cabo por un órgano judicial centralizado, sin que con ello se contradiga el art. 152.1 CE ni los preceptos estatutarios que aquí se alegan, ni tampoco el art. 24.2 CE.” (FJ 6).

<sup>337</sup> Vide también STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 8 y 9.

#### 4. El Tribunal Supremo o el Tribunal Superior de Justicia como juez ordinario predeterminado por la ley para conocer de las causas contra diputados y senadores

Con los anteriores antecedentes estamos en condición de abordar la cuestión de si la Sala Segunda del Tribunal Supremo o la Sala de lo civil y penal de los Tribunales Superiores de Justicia cumplen con las exigencias señaladas anteriormente para ser consideradas, en estos casos, un juez ordinario predeterminado por la ley. La respuesta sólo puede ser afirmativa. Efectivamente, cumplen todos y cada uno de los requisitos para ser considerados tales, a saber:

- a. Que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica.
- b. Que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial.
- c. Que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial y excepcional.
- d. Que la composición de órgano judicial venga determinada por ley, siguiéndose en cada caso concreto el procedimiento legalmente establecido para la designación de sus miembros.

Solo hay una cuestión que enturbia lo anterior. Si en el caso de la Audiencia Nacional se produce una “especialización” según el tipo de delito, aquí se establece la competencia al Tribunal Supremo, o en su caso del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, en razón de la condición personal del procesado o inculpado. Se pregunta FERNÁNDEZ-VIAGAS, si los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derecho, según la formulación clásica de la Declaración francesa, y si los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna “¿por qué unos señores por el hecho de ejercer determinadas funciones van a ser juzgados por Jueces distintos a los demás?”<sup>338</sup>. Ello no obstante, esta queja va más encaminada a poner en duda la conveniencia de que sea el Tribunal Supremo, o, en su caso, el Tribunal Superior de Justicia, el juez que haya de conocer en caso que a poner en duda que dichos Tribunales sean efectivamente un juez ordinario predeterminado por la ley. Es decir, una cosa es afirmar que no nos encontramos ante el juez ordinario y otra es opinar que no se ve la necesidad de que el juez ordinario para conocer de estos asuntos sea el Tribunal Supremo y no el juez derivado de aplicar las reglas generales de distribución de la competencia.

Que el Tribunal Supremo, o en su caso el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, sea juez ordinario predeterminado por la ley lo afirma con absoluta rotundidad el Tribunal Constitucional en su STC 22/1997, de 11 de febrero en la que el Alto Tribunal advierte que, perdida la condición de parlamentario, ya

<sup>338</sup> FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *El juez natural de los parlamentarios*, Cívitas, pp. 68 y 69.

no existe razón de ser para el mantenimiento del aforamiento por lo que desde ese momento el Tribunal Supremo deja de ser el juez ordinario predeterminado por la ley:

“Constatada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo la pérdida sobrevinida de esa condición, la devolución de la causa al Juzgado de Instrucción no supuso vulneración alguna del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24,1 CE) y al Juez predeterminado por la ley (art. 24,2 CE), toda vez que la cognición del Tribunal Supremo en este tipo de procesos sólo se justifica constitucionalmente por razón de la prerrogativa de aforamiento (art. 71,3 CE)” (FJ 8)<sup>339</sup>.

Con PIZORUSSO “debe señalarse que allí donde tales atribuciones de competencia se realicen mediante una ley que haya entrado en vigor ante los hechos sobre los que se ha de juzgar no puede encontrarse en aquellas violación alguna del principio del juez natural, que requiere la preconstitución del juez, pero no excluye en absoluto que las normas sobre la jurisdicción y sobre la competencia puedan prever excepciones a las reglas que ellas mismas adoptan. Tampoco cuando se establezca la competencia de jueces ordinarios distintos de los normalmente competentes, podrá deducirse de ello una violación del principio constitucional que prohíbe la institución de jueces especiales, ya que tal principio no tiene obviamente nada que ver con la repartición de la competencia entre los jueces ordinarios”<sup>340</sup>.

Sentado lo anterior cabe detenerse en la confusión, puesta de manifiesto por GIMENO SENDRA, CONDE PUMPIDO y GARBERI LLOBREGAT, que provoca el artículo 2 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, a cuyo tenor:

“Si, por razón del aforamiento del acusado, el juicio del Jurado debe celebrarse en el ámbito del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia, el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado será un Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo o de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, respectivamente”.

<sup>339</sup> En el mismo sentido puede verse el auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 19 de mayo de 1988:

“Es cierto que este Tribunal es también juez natural de las causas que el Estatuto de Autonomía de Andalucía le hubiere conferido y, en particular, del enjuiciamiento de los Diputados y demás Altos cargos que en su articulado se relacionan. Como dice la STC 22/1997, de 11 de febrero, la Sala Segunda del Tribunal Supremo es respecto de las acciones penales dirigidas contra Diputados y Senadores, “el juez ordinario predeterminado por la Ley” a que se refiere el artículo 24.2CE, esto es, aquel constituido con arreglo a las normas procesales de competencia preestablecidas, en este caso, por la Constitución misma en su artículo 71.3. Predeterminación constitucional del órgano jurisdiccional competente que comporta el seguimiento de una distinta tramitación procesal de las causas contra Diputados y Senadores”

<sup>340</sup> PIZORUSSO, A., “Las inmunidades...”, op. cit., pp. 47-48.

Como ponen de relieve estos autores, “la cuestión es no que se refiere a los Diputados y Senadores nacionales es si, habida cuenta de la previsión constitucional atribuyendo la competencia la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, puede entenderse que en tal previsión viene comprendido también el Tribunal del Jurado presidido por un Magistrado de la referida Sala. Es decir, si es lo mismo, a estos efectos, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que un Tribunal del Jurado compuesto por nueve jurados y presididos en la forma señalada. En definitiva, si el Tribunal del Jurado presidido por un Magistrado de la Sala Segunda, es la Sala Segunda”. Cuestión que, con acertado criterio, responden de forma negativa. Existe por lo tanto, una incongruencia entre el artículo 2 LOTJ y artículo 57 LOPJ. El problema, para estos autores, tiene fácil solución pues la previsión competencial tiene rango constitucional. “El artículo 71.3 de la Constitución no establece que la competencia corresponde al Tribunal Supremo, ni que el enjuiciamiento se verificará en el ámbito del mismo, sino en forma más precisa, que la competencia corresponde a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, la cual tiene entidad propia (art. 55 de la LOPJ), composición legalmente determinada y reglas de procedimiento precisas que no permiten la equiparación con un Tribunal del Jurado aunque esté presidido por un Magistrado de la referida Sala Segunda”<sup>341</sup>. En conclusión “se entiende que el enjuiciamiento de Diputados y Senadores corresponde en todo caso a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo por imperativo constitucional, sin que resulte procedente el enjuiciamiento por el Tribunal del Jurado sea cual sea el delito perseguido”<sup>342</sup>, criterio seguido por la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 3/1995, de 27 de diciembre, “sobre el proceso ante el Tribunal del Jurado su ámbito de aplicación”.

## 5. Momento en el que el Tribunal Supremo o, en su caso, el Tribunal Superior de Justicia, asumen la competencia para conocer del caso

La cuestión parece clara. Desde el momento en que se descubren indicios contra aforados el juez o tribunal ha de remitir la causa a la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Sin embargo también aquí la cosa se presta a confusiones. En el Auto de 10 de febrero de 1995, el Tribunal Supremo exige indicios racionales de criminalidad, equiparando, por lo tanto, estos indicios con los que dan lugar al auto de procesamiento, punto en el que no podemos estar de acuerdo:

“Esta Sala, en distintos Autos que constituyen ya una doctrina consolidada, ha estimado procedente, en el caso de aparecer como implicados en una denuncia, personas aforadas, que sean los jueces, (...) quienes

<sup>341</sup> GIMENO SENDRA, V., CONDE PUMPIDO TOURON, C., y GARBERI LLOBREGAT, J.S, *Los Procesos penales...*, op. cit. pp. 9 y 10.

<sup>342</sup> *Ibidem*, p. 11.

lleven a cabo la inicial investigación y que únicamente cuando en esa investigación, rodeada como siempre de todas las garantías establecidas en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico, se descubran *indicios racionales de criminalidad* contra personas aforadas respecto de la competencia de esta sala, se remita la actuación con la correspondiente exposición a la misma...”

Más conformes nos mostramos con el auto de 26 de enero de 1998 cuando hace referencia meros “indicios de criminalidad”, rebajando, por tanto, las exigencias del auto anterior:

“...remitiéndonos las actuaciones, a los efectos que fueren procedentes en derecho, sólo en el caso de que a su entender, se dedujesen *indicios de criminalidad* contra el aforado que hubieren de ser esclarecidos por la actividad instructora de esta Sala”.

En total desacuerdo nos encontramos con el ATS de 13 de abril de 1998 que señala que la competencia queda determinada por la mera presentación de una querrela contra un aforado:

“Formulada querrela contra quien ostenta la condición de Senador, procede admitir la competencia conforme a lo dispuesto en el artículo 71.3. de la Constitución española”.

Postura que se contradice con la propia doctrina del Tribunal Supremo que exige que se practiquen las diligencias necesarias para concretar la imputación antes de que el Tribunal Supremo se considere competente. En este sentido, puede verse el Auto de 26 de enero de 1998 y el Auto de 23 de abril de 1998. De esta manera, el primero de ellos señala:

“Ahora bien, así como los hechos expuestos en la querrela podrían justificar desde ahora la incoación de un procedimiento para su más acabada investigación, no puede decirse, antes de que ésta se haya iniciado siquiera que existan elementos para tener por inculpado, en razón de tales hechos al querrellado con fuero especial, presupuesto indispensable para que pueda declararse la competencia que a esta Sala se atribuye en la querrela. Es preciso, pues, que por el juzgado de instrucción territorialmente competente, se practiquen las diligencias necesarias encaminadas a la determinación de los hechos, así como de las personas eventualmente responsables de los mismos si fuesen constitutivos de delito.”

La cuestión es, ahora, determinar hasta que punto puede el juez territorialmente competente continuar con la investigación. El propio Auto nos da la solución:

“...absteniéndose naturalmente dicho juzgado de practicar diligencia alguna que tuviese como finalidad la investigación de la posible responsabilidad del querrellado sometido a la competencia especial de esta Sala”.

En definitiva, el juez o tribunal competente según las reglas generales se detendrá en el momento en que aparezcan indicios de criminalidad contra una persona aforada. Desde ese momento ha de detener la investigación y trasladar la causa a la Sala del Tribunal Supremo, que, ello no obstante, y como se desprende del Auto de 23 de abril de 1998, puede llegar a la conclusión de que las actuaciones realizadas no se desprenden dichos indicios que permitan justificar su competencia.

## 6. La extensión de la competencia a imputados no aforados

Puede ocurrir que en la causa que se sigue contra un aforado estén implicados personas no aforadas. En estos casos la persona aforada arrastra al no aforado siempre y cuando sea absolutamente imposible disociar el comportamiento indiciariamente delictivo del aforado del no aforado. En caso contrario, es decir, cuando se pueda separar dichos comportamientos, lo correcto será separar ambas causas, quedando la del no aforado en la sede del juez o tribunal que le corresponda por las normas generales de la competencia y la del aforado en la del Tribunal Supremo, pues, como señala este último en su auto de 18 de julio de 1995, juzgar a un ciudadano, en el que no ocurre la condición de Diputado o Senador –en análoga situación, de otras Altas Autoridades del Estado o de las Comunidades Autónomas– por un Tribunal que, en principio, no conocería de la causa, si no fuera porque el delito por él presuntamente cometido está íntima e indestructiblemente unido a otro que se presume realizado por un aforado, puede constituir un agravio, por lo que enseguida se dirá, que, a veces, no es fácilmente explicable para la persona afectada. En efecto, el que determinadas personas estén sometidas a un “status” especial por el cargo que desempeñan, desde el punto de vista de su enjuiciamiento, no debe, en principio, arrastrar una desviación de la competencia ordinaria de los que no tienen tal “status”, salvo cuando ello sea indispensable. Por ello:

“Cuando, de acuerdo con las reglas que respecto de la conexión establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 17 y concordantes, sea absolutamente inseparable el comportamiento indiciariamente delictivo del aforado y del no aforado, es obvio que esta exigencia de inescindibilidad del enjuiciamiento habrá de primar sobre cualquier otra consideración, y éste deberá realizarse conjuntamente por el Tribunal que haya de conocer del comportamiento indiciariamente delictivo del aforado.

Pero, en cambio, cuando la abrazadera o denominador común se sitúe, desde la perspectiva procesal, a una cierta distancia, será procedente la separación. El aforado, con su “status” indivisible, inseparable de su persona, debe ser enjuiciado por el Tribunal que corresponda, conforme a estas reglas especiales, y ninguna objeción válida podrá hacerse a la consecuencia de verse privado de unos determinados recursos, puesto que él será, de manera directa e inmediata, el Juez ordinario predeterminado por la Ley.

Pero, por el contrario, esta consideración puede ser puesta en tela de juicio si, como ya se anticipó, el no aforado llevó a cabo su comportamiento en lejanía, desde la perspectiva de los principios inspiradores de la conexión, porque sólo por ella –aunque tal consideración sea legítima y legal– es juzgado por quien en principio no era “su Juez natural”, expresión que se utiliza en sentido muy amplio.”.

## 7. La necesidad o conveniencia de mantener la prerrogativa

Como se deduce de lo hasta aquí dicho, la cuestión no se centra tanto en el examen de si el Tribunal Supremo es o no, juez ordinario predeterminado por la ley, respuesta afirmativa, sino, como se ha apuntado, en la conveniencia o necesidad de que lo sea lo cual requiere, en palabras de PIZZORUSSO, una reflexión sobre las razones que han inducido al constituyente o a los legisladores a adoptar este tipo de excepciones a las normas generales aplicables, de tal suerte que “solo si se demuestra que tales excepciones se hallan justificadas puede darse un juicio positivo sobre estas soluciones”<sup>343</sup>.

Nuestra doctrina se halla dividida. ÁLVAREZ CONDE se muestra extremadamente crítico con la figura de la inmunidad preconizando su desaparición, “postulando la necesidad de que los parlamentarios, como ciudadanos que son, les sea aplicable el régimen general”, sin embargo, se muestra más benévolo con el aforamiento sin llegar a defenderlo a ultranza, al añadir “quizá con la única excepción del aforamiento, que en todo Estado democrático debe ofrecer las garantías materiales y procesales suficientes”<sup>344</sup>.

La cuestión gira en torno a la finalidad de la prerrogativa. Al respecto nuestro Tribunal Constitucional une la finalidad del aforamiento a la de las otras dos prerrogativas. En la STC 22/1997, de 11 de febrero, en primer lugar, recuerda que mediante las prerrogativas constitucionales, entre las que se encuentran las que integran el estatuto de los Diputados y Senadores ex art. 71 CE, la Constitución ha querido proteger de forma cualificada la libertad, autonomía e independencia de los órganos constitucionales, interés superior del ordenamiento de todo Estado Democrático de Derecho (art. 1,1 CE) e instrumento imprescindible para garantizar la efectiva separación entre los distintos poderes del Estado. Esta protección jurídica cualificada se articula constitucionalmente, en el caso de las prerrogativas parlamentarias, mediante el tratamiento de situaciones subjetivas no parangonables con las ordinarias, puesto que se atribuyen a los miembros de las Cortes Generales no en atención a un interés privado de sus titulares, sino a causa de un interés general, cual es el de asegurar su libertad e independencia en tanto que reflejo de la que se garantiza al órgano constitucional al que pertenecen. Por esta razón:

<sup>343</sup> PIZZORUSSO, A., “Las inmunidades...”, op. cit., p. 48.

<sup>344</sup> ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 100.

“y en tanto que “sustracciones al Derecho común conectadas a una función” (STC 51/1985, f. j. 6º), las prerrogativas parlamentarias son imprescriptibles e irrenunciables (STC 92/1985), y no es constitucionalmente legítima una extensión legislativa (STC 186/1989) o una interpretación analógica de las mismas (STC 51/1985). Como garantías jurídicamente vinculadas a la satisfacción de un interés institucional y permanente del Ordenamiento, las prerrogativas parlamentarias son “ius cogens” y, por tanto, indisponibles para sus titulares, y sólo susceptibles de una interpretación estricta y vinculada a los supuestos expresamente contemplados en la Constitución” (FJ 5).

El Alto Tribunal une la suerte del aforamiento, por lo tanto, al resto de prerrogativas. Todas persiguen un mismo objetivo último:

“A partir de estas premisas que han informado, desde su inicio, los distintos pronunciamientos de este Tribunal sobre el art. 71 CE, debe configurarse también la prerrogativa de aforamiento especial que, teleológicamente, y en sede estrictamente procesal, opera como complemento y cierre –aunque con su propia y específica autonomía– de las de la inviolabilidad y la inmunidad, orientadas todas ellas hacia unos mismos objetivos comunes” (FJ 6),

siendo el objetivo último del aforamiento proteger la independencia del órgano y el ejercicio de las funciones del cargo constitucionalmente relevantes:

“Aflora así, la finalidad cuya salvaguarda se persigue mediante la constitucionalización de la prerrogativa de aforamiento especial de Diputados y Senadores. Proteger la propia independencia y sosiego, tanto del órgano legislativo como del jurisdiccional, frente a potenciales presiones externas o las que impugnada.” (FJ 7).

La doctrina ha dado por bueno este objetivo, lo que ha discutido es si dicha finalidad, garantizar la independencia y sosiego de Parlamento y del Poder Judicial, se cumple mejor atribuyendo la competencia en estos casos al Tribunal Supremo o al Tribunal Superior de Justicia. ¿Está diciendo el Tribunal Constitucional que la independencia y sosiego, especialmente de los miembros del Poder Judicial corre el peligro de quedar disminuida si conoce el juez que corresponda según las reglas de distribución de la competencia. La cuestión pasa a ser de jurídica a puramente fáctica y se reduce a esta pregunta ¿resulta fácticamente más difícil de manipular ya sea por otros órganos del Estado, ya sea por la propia opinión pública, al Tribunal Supremo que al juez natural en defecto de aforamiento? Para el Tribunal Constitucional, con el aforamiento se intenta alejar el caso del lugar donde se ha producido a fin de evitar presiones de la opinión pública, evitando lo que MARTÍN RETORTILLO llama “todo un cotejo de escuelas que un asunto tal es capaz de provocar en un ambiente provinciano”<sup>345</sup>. Por otra parte, se supone, que, como señala PIZZORUSSO, el aforamiento persigue que sean los jueces de mayor aptitud

<sup>345</sup> MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L., “Inmunidad parlamentaria...”, op. cit., p. 63.

los que conozcan de estos casos<sup>346</sup>. Ello no obstante, amplios sectores doctrinales han criticado la institución. Especialmente críticos se muestran SOLE TURA y APARICIO PÉREZ para quienes “se recoge así, de nuevo, un concepto cuasi-religioso y jerárquico de las garantías jurisdiccionales que parte de la base de que, cuanto más elevado sea el órgano, más garantías proporciona. Esto no deja de ofrecer ciertas perplejidades en un Estado de Derecho, puesto que parece dar a entender que un órgano jurisdiccional inferior, que podría ser también colegiado, ofrece “menos garantías”. Ponen de relieve estos autores como, además, se produce la paradoja de que el aforamiento se convierte en un enemigo del propio parlamentario, de suerte que tiene una especie de efecto *boomerang* en cuanto se vuelve contra él pues “ese especial aforamiento significa que sólo la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo podrá conocer, es decir, que juzga en primera y única instancia, sin que contra sus resoluciones quepan más recursos que los que pueden deducirse ante la propia Sala. Con ello, el resultado es que, una vez concedido el suplicatorio, el parlamentario tiene menos garantías (en sentido cuantitativamente estricto) que las que puede poseer un ciudadano normal”<sup>347</sup>.

A esta cuestión hace referencia igualmente FERNÁNDEZ-VIAGAS. El derecho al recurso en materia penal forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Aparece recogido expresamente en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Protocolo número 7 del CEDH aunque se advierte que este derecho podrá ser objeto de excepciones, entre las que se encuentran, de acuerdo con el artículo 2.2. “los casos en que el interesado haya sido juzgado en primera instancia por un tribunal superior”. La cuestión se planteó en el caso Castells. En la sentencia 51/1985, de 10 de abril el Tribunal Constitucional recuerda su anterior jurisprudencia con relación a que el artículo 14 del PIDCP aunque es derecho interno no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes. En el caso enjuiciado sucede que contra la sentencia del Tribunal Supremo no cabe recurso de casación por prohibirlo explícitamente el artículo 847 de la LECrim. A continuación el Tribunal Constitucional de forma poco afortunada crea una confusión al añadir que el senador había decidido utilizar el fuero, como si ello fuere algo de lo que se pudiera disponer:

“Y hay que añadir que si en el presente caso ha ocurrido así, ha sido porque el solicitante del amparo ha utilizado el fuero privilegiado, que sin duda como Senador le correspondía, y ha sido juzgado por el más alto Tribunal de la Nación, que es el dato que impide la revisión de su sentencia” (FJ 3)<sup>348</sup>.

<sup>346</sup> PIZZORUSSO, A., “Las inmunidades...”, op. cit. p. 48.

<sup>347</sup> SOLE TURA, J., Y APARICIO PÉREZ, M.A., Las Cortes..., op. cit., p. 73.

<sup>348</sup> Al respecto vide el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 20 de enero de 1995 en el que el Tribunal no admitió la renuncia al fuero de una diputada del Parlamento de Andalucía. El Tribunal con buen criterio distinguió entre la renuncia a la condición de parlamentario, perfectamente posible, y la renuncia a las prerrogativas, imposible en nuestro ordenamiento pues éstas son insitas a la condición de parlamentario e inescindibles de la misma.

Ello no obstante, el Senador no tuvo elección, como a continuación aclara el propio Tribunal Constitucional:

“Además, es de tener en cuenta que, en supuestos como el que nos ocupa, la necesidad de que en las causas contra Diputados y Senadores sea competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que es el “órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales” (art. 123.1 CE), está impuesta por el art. 71.3 CE.” (FJ 3).

¿Cuáles son las causas de que estas personas no tengan opción a un recurso? El Tribunal contesta, con argumentos, en nuestra opinión, escasamente convincentes.

“Determinadas personas gozan, “ex Constitutione”, en atención a su cargo, de una especial protección que contrarresta la imposibilidad de acudir a una instancia superior, pudiendo afirmarse que esas particulares garantías que acompañan a Senadores y Diputados disculpan la falta de un segundo grado jurisdiccional, por ellas mismas y porque el órgano encargado de conocer en las causas en que puedan hallarse implicados es el superior en la vía judicial ordinaria.” (FJ 3)<sup>349</sup>

Es decir, que el hecho de ocupar un alto cargo, la especial protección que se les dispensa (se supone que se estará haciendo referencia a las prerrogativas de la inviolabilidad y, especialmente, de la inmunidad) y el hecho de que son juzgadas por el órgano superior de la magistratura les priva de una segunda instancia. En nuestra opinión es una muestra más de la incoherencia del sistema. Además, como bien apunta FERNÁNDEZ-VIAGAS, ¿qué sucede con los imputados no aforados que pierden su propio juez por razón de la conexión?<sup>350</sup> éstos también se ven privados de un recurso y sin embargo no reúnen ninguna de las características de los aforados. Entendemos que no causaría mayores problemas instaurar una segunda instancia en el seno del propio Tribunal Supremo que podría ser el pleno de dicho Tribunal.

FERNÁNDEZ-VIAGAS, por otra parte, aludiendo al fenómeno de los juicios paralelos, señala que sólo en la medida en que la situación de un país hiciera pensar que la sumisión al Juez del lugar de los parlamentarios pudiere alterar las condiciones de un justo proceso, al tener que enfrentarse el imputado no sólo a los términos de una acusación penal sino también a un estado de opinión que le obligase a dedicar tanto tiempo a su defensa estrictamente técnica como a evitar

<sup>349</sup> Hay que advertir que el Senador Castells acudió a Estrasburgo, alegando la vulneración del artículo 6 en cuanto no había gozado del derecho a un recurso y del artículo 10 en cuanto la sanción impuesta había supuesto una vulneración de su libertad de expresión. La ComEDH declaró inadmisibile la demanda en cuanto al artículo 6 (Vide Decisión parcial de 9 de mayo de 1989, Decisión de inadmisibilidad de 7 de noviembre de 1989 e Informe de 8 de enero de 1991).

<sup>350</sup> FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *El juez natural...*, op. cit., p. 151.

que el órgano judicial se dejase influir por los “prejuicios” resultante del contacto de los medios, o por las presiones que, directamente, intentaren condicionar su actuación, podría reconocerse que el establecimiento de un fuero para los mismos resulta perfectamente justificado<sup>351</sup>. Un tanto exageradamente afirma que “la influencia de los “juicios paralelos” sobre la serenidad de ánimo de los Tribunales de Justicia hoy por hoy es indudable”<sup>352</sup>. Indudablemente, en la actual sociedad de la información un juicio contra un parlamentario cobra un gran protagonismo mediático. Ello no obstante, los famosos juicios paralelos, la información sobre procesos judiciales en los que la prensa puede incluso opinar y adelantar hipótesis forma parte de la libertad de expresión. Decía KELSEN que la publicidad de los actos de gobierno es característica de la democracia, mientras que la autocracia “mantiene el principio del secreto de gobierno”<sup>353</sup>. Esta afirmación no es sólo aplicable a los actos del Ejecutivo sino que se extiende a los actos de los restantes poderes del Estado, el Legislativo y el Poder Judicial. Así, por ejemplo, la actuación del Poder Legislativo está regida, destaca MARC CARRILLO, por el principio general de publicidad<sup>354</sup>, tal como se desprende del artículo 80 CE. En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional, en su sentencia 136/1989, de 19 de julio, ha afirmado que la publicidad de la actividad parlamentaria es una exigencia de todo Estado democrático que deriva del carácter representativo de los Parlamentos pues permite el control político de los elegidos por parte de los electores. Por lo tanto, en aquellos casos es que la actividad de las Cámaras sea secreta ello supone una excepción a este principio general<sup>355</sup>. En cuanto a la actuación del Poder Judicial, indudablemente una Justicia pública es un logro de la democracia pues es garantía de un proceso justo. Este principio deriva directamente de nuestra Constitución, artículos 24.2 y 80. Lo que acontece en sede judicial, la administración de justicia, es un tema que interesa a los ciudadanos e informar u opinar sobre ella forma parte del derecho a la libertad de expresión e información cuya dimensión más trascendental es que la sociedad esté informada sobre todo lo concerniente a la *res publica*. Afirmaba KANT que “son injustas todas las acciones que se refieran al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados”<sup>356</sup>. De ahí podríamos deducir que lo que acontece en los tribunales ha de poder soportar la publicidad. Ahora bien, que consideremos a la actuación de los tribunales susceptible de noticia periodística no supone que la libertad de expresión e información no se sujete a una serie de exigencias con el fin de no alterar el normal desarrollo de la actividad jurisdiccional.

<sup>351</sup> FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *El juez natural...*, op. cit., p. 70.

<sup>352</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>353</sup> KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia*, Labor, 1934, p. 120.

<sup>354</sup> CARRILLO, M., *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Cívitas, 1993, p. 59

<sup>355</sup> Vide igualmente, artículos 64 y 97.1 del Reglamento del Congreso y artículos 75 y 191 del Reglamento del Senado.

<sup>356</sup> KANT, I., *Sobre la paz perpetua*, Edición Tecnos, 1994, apéndice II, pp. 61-62.

Es un hecho que muchos casos judiciales alcanzan notoriedad pública debido, en gran medida, a la especial atención que le prestan los medios de comunicación. Las portadas de los periódicos, la apertura de los informativos de la televisión o las tertulias radiofónicas, por poner tres ejemplos, están ocupadas en muchas ocasiones por casos judiciales. No digamos ya de los programas que, rayando el amarillismo, se dedican exclusivamente a informar sobre casos escabrosos<sup>357</sup>. Si bien es cierto que los medios de comunicación cumplen una importante labor como unos de los cauces para crear opinión pública y uno de los medios de controlar la actuación de los poderes públicos, no ha de caerse en el error de pensar en la absoluta benignidad de las intenciones de los medios<sup>358</sup>. Las grandes empresas periodísticas también se mueven por los beneficios económicos que pasan por vender más periódicos o obtener mayores índices de audiencia, y para vender más es importante vender bien la noticia y ello hace que en este campo, en muchos casos, los acontecimientos se presenten de modo más o menos espectacular o tremendista con el fin de crear un interés, casi siempre morboso, entre la población y, de esta manera, conseguir dichos objetivos empresariales.

Surgen así los conflictos, unos entre la libertad de expresión e información y el respeto debido a los tribunales, otros, más graves, entre dicha libertad y los derechos de las partes en los procesos, especialmente el derecho a un juez imparcial y a la presunción de inocencia<sup>359</sup>. Se hace necesario, como viene señalando reiteradamente el TEDH, encontrar un justo equilibrio entre los derechos o intereses en conflicto, pues si los medios de comunicación ejercen, en palabras del propio Tribunal, el papel de perro guardián (*chien de garde*) no es menos cierto que la actividad de los tribunales ha de ser tratada con sumo rigor informativo a fin de que no padezcan innecesariamente dichos derechos o intereses<sup>360</sup>. El TEDH, aunque en términos que dejan entrever cierta desconfianza hacia dicho fenómeno, defiende la legalidad de los mismos siempre y cuando se lleven a cabo de forma moderada,

<sup>357</sup> En este sentido da qué pensar sobre la función que los medios de comunicación han de cumplir en una sociedad (coadyuvar a la existencia de una opinión pública libre, pieza clave para la existencia de una sociedad democrática) el hecho de que estos programas, junto a los que se ocupan del *corazón*, copen los horarios de mayor audiencia, mientras que otros que tratan estrictamente sobre cuestiones relativas a la *res publica* quedan relegados a horarios de escasa audiencia, pasando totalmente desapercibidos.

<sup>358</sup> En este sentido vide DE ESTEBAN, J., "los medios de comunicación como control del poder político", *Revista de Derecho Político*, núm. 42, 1997, pp. 13 y ss.

<sup>359</sup> Al respecto vide JUANES PECES, A., "Los juicios paralelos. Doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Derechos Humanos. El Derecho a un proceso justo", *Revista del Poder Judicial*, número especial XVII, noviembre 1999, pp. 141 y ss; LÓPEZ ORTEGA, J. J. "La dimensión constitucional del principio de la publicidad de la justicia", *Revista del Poder Judicial*, número especial XVII, noviembre 1999, pp. 37; GOMIS SANAHUJA, L., "Publicidad del proceso y derecho a un proceso con todas las garantías. Los denominados juicios paralelos", *Revista del Poder Judicial*, número especial XVII, noviembre 1999, pp. 159 y ss.

<sup>360</sup> Vide en este sentido SsTEDH Prager y Oberschlick de 26 de abril de 1995, De Haes et Gijssels de 24 de febrero de 1997, y Schöpfer de 20 de mayo de 1998.

advirtiendo que pueden colisionar tanto con el prestigio del Poder Judicial como con los derechos de las partes.

En nuestro país, este fenómeno ha sido visto con gran reticencia por jueces y magistrados. especialmente crítico se mostró el Consejo General del Poder Judicial en su comunicado de 25 de enero de 1995 en el que reclamó la intervención del legislativo a fin de encauzar este problema<sup>361</sup>: No podemos compartir la tesis de SIERRA GIL DE LA CUESTA, Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que ante el fenómeno de los juicios paralelos, que le merecen una opinión negativa, los excesos que se producen desaparecerían “si la información de los medios de comunicación se desarrollara dentro de los cauces del reportaje neutral, o sea, cuando la información se limita a transmitir el dato sin hacer comentarios en pro o en contra; o también, cuando no se da la permeabilidad del juzgador, o sea, cuando éste permanece impávido ante la información”<sup>362</sup>.

De la jurisprudencia de TEDH y Tribunal Constitucional se desprende que informar de lo que acontece en los tribunales, adelantar hipótesis, dar la información en un determinado sentido, etc. es perfectamente legítimo<sup>363</sup>. La sentencia que fija

<sup>361</sup> “El Consejo General del Poder Judicial quiere expresar sin ambages su criterio negativo acerca de los fenómenos de juicios paralelos, que no sólo pueden lesionar legítimos derechos, sino también contrariar la independencia del quehacer judicial y empañar la imagen social de la justicia. El Consejo ha de recordar que respecto de este fenómeno, existe en España, como en otros países, un vacío legal, que debe llenarse cuanto antes con normas que conciten un sólido y amplio consenso social y en las que se tutele el derecho al honor y el derecho a un juicio justo y se conjuren los riesgos de cercenar derechos fundamentales y libertades –como la de información y opinión– de los que depende decisivamente el carácter genuinamente democrático de la vida política”

<sup>362</sup> SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, “Los denominados juicios paralelos” en el libro *Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*, Colex, 1999 pp. 605-606. Se manifiesta de forma crítica sobre este fenómeno RODRÍGUEZ BEREJJO al señalar que “el poder que tiene el juez es enorme; hay límites, por supuesto, pero que pueden desbordarse por una de las perversiones de ese triángulo Poder Judicial–poder político–poder mediático del que habla Alain Minc. Y así a veces sucede que ese poder del juez tiene una traducción paralela en los medios de comunicación, que van desarrollando un proceso paralelo al judicial. De forma que lo que luego resuelvan los jueces acaba por tener una importancia secundaria frente a lo inmediato, que es la prensa, los medios de comunicación”. RODRÍGUEZ BEREJJO, A., *País Semanal*, número 1078, 25 de mayo de 1997, p. 62. En términos igualmente críticos se manifiesta Marc CARRILLO que pone de relieve que la comparecencia ante los tribunales en muchas ocasiones provoca con relación a la persona involucrada “una condena social implícita (el juicio paralelo)”, añadiendo que “el proceso judicial no puede ser un cheque en blanco para que el medio de comunicación convierta a aquel en pasto e información sensacionalista (...). el contenido de ciertos programas de televisión y la singular cobertura informativa de algunos procesos por parte de determinados medios escritos españoles (...) se inscribe de forma flagrante en esta manera espuria de ejercer el derecho fundamental a informar”. CARRILLO, M., “Juicios paralelos y derecho a la información”, *El País*, 2 de abril de 1988. Vide también TOMÁS Y VALIENTE, F. en “Conciencia del límite” y “Sobre la independencia judicial”, *A orillas del Estado*, Taurus, 1996, pp. 111 y 123.

<sup>363</sup> Al respecto vide por todas S TEDH Sunday Times de 26 de abril de 1979 y Worm de 29 de agosto de 1997 y STC 171/1990, de 12 de noviembre.

más claramente los límites en los juicios paralelos es la STEDH Worm de 29 de agosto de 1997, en la que se hace especial hincapié en que los juicios paralelos pueden colisionar con los derechos de las partes tales como el derecho a un proceso justo. El TEDH consideró que el artículo periodístico en el que se criticaban duramente las respuestas dadas por un antiguo ministro durante el juicio en el que se le acusaba de fraude fiscal, había excedido los límites del ejercicio legítimo de la libertad de expresión, en la medida en que, según la tesis de los tribunales austriacos compartida por el TEDH, el periodista había pretendido erigirse en juez del caso al intentar influir sobre la opinión de los miembros del jurado con lo que había menoscabo de los derechos del encausado.

Dicho lo anterior, que se hacía necesario para encuadrar el problema, la cuestión es que dudamos mucho de que el Tribunal Supremo pueda escapar a estos efectos perniciosos. Un juicio en Madrid contra un diputado o senador levanta igual o más polvareda, provoca igual o más desasosiego en la Cámara y en el seno del Poder Judicial que si se desarrollara, por utilizar los términos de MARTÍN RETORTILLO, en “provincias”. Lo único que, justificaría, pues, el aforamiento es que los miembros del Tribunal Supremo fueran menos influenciables a estos avatares extrajudiciales que sus colegas de otros órganos judiciales. Afirma FERNÁNDEZ-VIAGAS, “que lo que está verdaderamente en juego es la capacidad de nuestros Jueces para resistirse con eficacia a los mandamientos de los medios. Si no lo consiguen, corremos el riesgo de que las causas contra los parlamentarios se conviertan en espectáculos públicos teledirigidos, con olvido de las exigencias de “tutela judicial efectiva” a las que tiene derecho todo imputado. Y es indudable que la capacidad de presión será mucho mayor cuanto más cerca se esté del presionado”<sup>364</sup>. Entendemos que está por demostrar que la capacidad de respuesta del Tribunal Supremo ante estos problemas para mantener la calma y juzgar conforme a Derecho sin ningún tipo de presión exterior sea mayor que la de los miembros de tribunales de *provincias*, además de que, por otra parte, el aforamiento crea una sensación de desconfianza sobre el resto de órganos judiciales. Acusación de la que el propio Tribunal Supremo se defiende de forma un tanto sibilina en el ATS de 15 de noviembre de 1993 en los siguientes términos:

“El aforamiento no es un privilegio, en absoluto, es el establecimiento de un enjuiciamiento a determinadas personas que, por su condición en la vida política o judicial, se encomienda al más alto de los órdenes jurisdiccionales dentro de la jurisdicción, es decir, al Tribunal Supremo que, por razón de su propia naturaleza, *se piensa* que puede ejercer su tarea juzgadora con mayores garantías, sin que ello suponga, esto es obvio, una minoración del reconocimiento de la independencia y serenidad de cualquier otro Tribunal”<sup>365</sup>.

<sup>364</sup> FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *El juez natural...*, op. cit., p.41.

<sup>365</sup> Es decir, el Tribunal Supremo *modestamente* no dice que él reúne mayores garantías en la función juzgadora sino que otros (el legislador) “piensan” que ello es así.

**V. EL FUTURO ¿INCIERTO?  
DE LAS PRERROGATIVAS  
PARLAMENTARIAS**



## 1. ¿Tiene sentido mantener el actual régimen de las prerrogativas parlamentarias? El abuso de las prerrogativas

Superados los condicionamientos históricos que dieron lugar al nacimiento de estas prerrogativas, y asegurada la independencia e imparcialidad del Poder Judicial, la cuestión se centra en la necesidad de su perduración. La prerrogativa de la inmunidad es la que más críticas levanta, no en lo relativo a la prohibición de detención fuera del caso de flagrante delito sino en relación a la necesidad de solicitar la oportuna autorización o suplicatorio. PÉREZ SERRANO con relación a ésta se pregunta ¿por qué impedir a los tribunales de justicia vía libre para la averiguación de la verdad y castigo de los culpables? Siendo un hecho la independencia judicial, y ya que se invoca tanto la separación de poderes, resulta inadmisibles que la cámara extravase su órbita y se arrogue atribuciones jurisdiccionales sólo para defender a quienes acaso no merecía semejante cuidadosa preocupación<sup>366</sup>. Señala ÁLVAREZ CONDE, con relación a ella que “puede llegar a afirmarse que su existencia es superflua, pues ya han desaparecido los condicionamientos históricos que la hicieron surgir. Es decir, se impone su desaparición<sup>367</sup>, CARRO MARTÍNEZ, advierte que lo mejor es que caiga en desuso<sup>368</sup>.

La excepción, un juez estrella que tenga ganas de notoriedad, o un juez corrupto que desee prevaricar o realizar cohecho, no pueden justificar un régimen como el actual que parece anclado en una especie de desconfianza hacia el Poder Judicial. La independencia e imparcialidad de los tribunales hacen imposible pensar en que si desaparecen estas prerrogativas se amordazará a los parlamentarios. De hecho, muchos de ellos están constantemente en la arena política y mediática, sin el escudo protector de la inviolabilidad y no por ello parecen hacer un uso más restrictivo de sus derechos, especialmente de su libertad de expresión. Por eso nos parece exagerada la opinión de MARTÍN-RETORILLO, de que “para nadie es un secreto que en la España actual, en la que hay voluntarios para todo, no faltan los abogados especializados en poner en marcha los más peregrinos pleitos, sin que sea tampoco de despreciar el dato de que algunas fuerzas políticas muestran

<sup>366</sup> PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de Derecho Político*, op. cit., p. 781.

<sup>367</sup> ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional*, Vol II., op. cit., p. 100.

<sup>368</sup> CARRO MARTÍNEZ, A. “La inmunidad parlamentaria, *Revista de Derecho Político*, n.º 9, 1981.

especial afán por sus comparencias judiciales, en los más variados asuntos<sup>369</sup>. Cabe recordar al respecto que el derecho de defensa es un derecho fundamental y cuando el mismo se quiera utilizar de forma torpe ahí están los tribunales para ponerle freno a los abusos. Amén de que, en el momento actual, otro peligro que se cierne con relación a ellas es que, como pone de relieve FERNÁNDEZ-MIRANDA, sean utilizadas como instrumentos de dominación de las mayorías, de tal suerte que la prerrogativa de la inmunidad sea utilizada como arma arrojada en perjuicio exclusivo de las minorías, convirtiéndose en un instrumento de utilidad política de los grupos mayoritarios<sup>370</sup>, circunstancia que terminaría por desnaturalizar la institución<sup>371</sup>.

Como hemos señalado, los parlamentos se plagan de parlamentarios de nulas convicciones democráticas. Se han oído ya gritos a favor de los terroristas, pronto se escucharán declaraciones racistas o xenóforas. Estos serán, a buen seguro, los que harán mejor uso de estas prerrogativas, o mejor dicho un mal uso o un abuso, y es incomprensible que contra ello no pueda hacerse nada. Podemos caer en la paradoja de que un parlamentario que defienda la necesidad de limpiar étnicamente un territorio no tenga que responder ante los tribunales de su país pero sí ante un tribunal penal internacional.

Se podría elaborar una doctrina sobre el abuso de las prerrogativas a partir de la doctrina del fraude ley y de la doctrina del abuso del derecho<sup>372</sup>. Con relación al fraude de ley, como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, “se caracteriza por implicar la vulneración de una norma imperativa o prohibitiva oblicuamente. Se realiza un determinado acto o actos con el propósito de conseguir un resultado que prohíbe aquella norma debidamente interpretada, buscando la cobertura y amparo de la que regula el acto y protege el resultado normal de él”<sup>373</sup>. La figura del fraude de ley es objeto de regulación en el artículo 6.4. del Código civil, a cuyo tenor:

“Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que hubiere tratado de eludir.”

En cuanto a la doctrina del abuso, a la que dedicamos más atención, como dicen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN “el acto realizado en el ejercicio de un derecho es, por principio, un acto lícito y justo (*qui in suo iure utitur neminem laedit*). Como con-

<sup>369</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Inmunidad parlamentaria...”, op. cit., p. 22.

<sup>370</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., “La inmunidad...”, op. cit., p. 238.

<sup>371</sup> Peligro puesto de manifiesto en la STC 206/1992, de 27 de noviembre: “la inmunidad, como prerrogativa institucional, quedará inmediatamente desnaturalizada si quedase a merced del puro juego del respectivo peso de las fracciones parlamentarias” (FJ 3).

<sup>372</sup> Al respecto vide FIGUERUELO BURRIEZA, A., “Derechos fundamentales y abuso de inmunidad”, *La Ley*, núm. 2.160, 1989.

<sup>373</sup> DÍEZ-PICAZO L., y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho civil*, Vol. I, 1995, pp. 114 y ss.

secuencia de ello, la actuación es considerada como causa suficiente de justificación y, por consiguiente, de exclusión de la responsabilidad. Si del acto de ejercicio del derecho se sigue un daño a otra persona, como existe causa de justificación y exclusión de la responsabilidad, no se debe reparación ni indemnización”. En definitiva “el hecho de actuar en el ejercicio de un derecho excluye el carácter ilícito del acto y, por consiguiente, la responsabilidad por los daños que se puedan seguir”<sup>374</sup>. Ello no obstante, como siguen señalando estos autores, este dogma aparecía “demasiado estrecho frente a los casos en los cuales el acto de ejercicio había sido inequívocamente guiado por el propósito de causar daño”<sup>375</sup>. Nacen así los actos de emulación que comprendían los realizados en el ejercicio de un derecho pero sin propia utilidad y con la intención manifiesta de perjudicar o de causar daño a otro. Este elemento subjetivo, el *animus nocendi*, restringía la posibilidad de atacar este tipo de actos ante la dificultad de probarlo, por lo que la cuestión se objetiviza y la atención se centra no en la intención sino en la falta de utilidad del ejercicio del derecho para su titular, desembocando en una doctrina objetiva del abuso del derecho.

En nuestro ordenamiento el abuso de derecho aparece recogido con carácter general en el artículo 7.1 del Código civil en el que basa el abuso del derecho no solo en la intención del autor sino también en causas objetivas como el objeto o las circunstancias que rodeen al ejercicio del derecho:

“La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”<sup>376</sup>,

Como advierten DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, la doctrina del abuso del derecho fue fijada en la STS de 14 de febrero de 1944<sup>377</sup> en la que se sigue lo expuesto por

<sup>374</sup> DÍEZ-PICAZO L., y GULLÓN, A., *Instituciones...*, op. cit. Vol. I, 1995, p. 277.

<sup>375</sup> DÍEZ-PICAZO L., y GULLÓN, A., *Idem*.

<sup>376</sup> Por su parte, el artículo 11.2. de la Ley Orgánica del Poder judicial, advierte que: “Los juzgados y tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de Ley o procesal.”. Vide también los artículos 10 y 11 de la Ley de Defensa de los Consumidores o el artículo 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.

<sup>377</sup> Los hechos que dieron lugar a la anterior sentencia fueron los siguientes: el Consorcio de la Zona Franca de Barcelona tenía una concesión en exclusiva para extraer arenas de las playas del litoral de dicha ciudad. La sociedad demandante poseía una central eléctrica en San Adrián del Besós, situada junto a la desembocadura del río de ese nombre y frontera a una playa en la que el Consorcio comenzó la extracción de arenas, en uso de su derecho. La extracción de arenas, en gran volumen y por procedimientos mecánicos, produjo una disminución de la superficie de la playa y la desaparición de las defensas naturales contra las avenidas de río y la acción del mar. Como consecuencia de ello, unos temporales produjeron daños en la central y la sociedad demandante demandó al Consorcio.

CALVO SOTELO en su tesis doctoral sobre el abuso del derecho en la que afirma que “incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa en realidad, los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daños para tercero o para la sociedad”. En la sentencia el Tribunal Supremo fijó los requisitos que dan lugar al abuso del derecho: 1. Uso de un derecho objetivo o externamente legal. 2. Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica. 3. Inmoralidad o antisociabilidad del daño, manifestada subjetivamente (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar, o sencillamente, sin un fin serio o legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho)<sup>378</sup>. En definitiva, señala ROCA JUAN que “el ejercicio de un mismo derecho será normal o abusivo según se realice o no por un motivo legítimo, el cual sólo puede apreciarse según un criterio objetivo, ya que cada derecho tiene un objeto, una propia finalidad, un destino, de donde el abuso del derecho equivale a un ejercicio anormal, en el sentido de un ejercicio contrario al destino económico social del derecho subjetivo”<sup>379</sup>.

De acuerdo con PÉREZ LUÑO, “la teoría del abuso de derecho adquiere especial trascendencia como límite del contenido del derecho de informar. Esta extralimitación o abuso equivale, por tanto, a utilizar la libertad de información al margen de los límites constitucionalmente establecidos para ejercitar el derecho fundamental, es decir, se trata de una conducta que ya no puede beneficiarse de los cauces de tutela previstos por los derechos fundamentales”<sup>380</sup>. Advierte este autor que si bien esta vía ha sido poco explorada por nuestro Tribunal Constitucional, pueden encontrarse ejemplos de su utilización. En la STC 172/1990, de 12 de noviembre (caso accidente de aviación-*Diario 16*), el Tribunal Constitucional afirma que la necesidad de que el ejercicio de la libertad de información que implica una intromisión en otros derechos, como por ejemplo el de la intimidad exige orientarse hacia el interés general. De otra forma el derecho a la información se convertiría en una cobertura formal pero excediendo del discurso público en el que debe desenvolverse, atentar sin límite alguno y con abuso del derecho al honor y a la intimidad de las personas<sup>381</sup>. De igual manera, en la STC 105/1990, de 6 de junio (Caso José María García), el Tribunal Constitucional no amparó las expresiones, afirmaciones o calificativos claramente vejatorios desvinculados de la información y que resultan proferidos gratuitamente sin justificación alguna, en cuyo caso nos encontramos ante la mera descalificación o incluso ante el insulto

<sup>378</sup> DÍEZ-PICAZO L., y GULLÓN, A., *Instituciones...*, op. cit. pp. 278 y 279.

<sup>379</sup> ROCA JUAN, J., Artículo 7.2., en VV. AA. *Comentarios a las Reformas del Código civil. El nuevo Título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1995*, Tecnos, 1977, p. 392.

<sup>380</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., “Perfiles morales y políticos del derecho a la intimidad”, *Separata de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*. Año XLVIII, 73, Curso académico 1995-96, Madrid, 1996, p. 331.

<sup>381</sup> FJ 2.

sin la menor relación con la formación de una opinión pública libre. En definitiva, la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el art. 10.1 del texto fundamental<sup>382</sup>. Por lo tanto, aprovechar la libertad de expresión para pretender tener un derecho al insulto supone un abuso del derecho.

La figura del abuso del derecho ha sido claramente recogida en diferentes instrumentos internacionales. El Convenio Europeo de Derechos Humanos impide, en su artículo 17 utilizar las disposiciones del CEDH justamente para destruir los derechos y libertades reconocidos en el mismo:

“Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”<sup>383</sup>.

El Tribunal europeo en su sentencia Lawless de 1 de julio de 1961 ha interpretado dicho artículo en el siguiente sentido:

“Considerando que, en opinión del Tribunal, el propósito del artículo 17, en la medida en que se refiere a grupos o a individuos, impide que se reconozca en su favor un derecho a llevar a cabo actos destinados a la destrucción o que de cualquier otra manera perjudiquen los derechos y libertades recogidos en el Convenio; que, consiguientemente, nadie puede intentar beneficiarse de las disposiciones del Convenio en aras a llevar a cabo actos destinados a destruir aquellos. (Párf. 6)

Por lo tanto, y de acuerdo con COHEN-JONATHAN, este precepto esta encaminado a “preservar el libre funcionamiento de las instituciones democráticas, condición necesaria para la aplicación y el respeto de los derechos humanos”<sup>384</sup>. De una lectura finalista del artículo 17 se desprende que los intolerantes, para difundir justamente sus mensajes de odio y violencia no puedan explotar en su favor las instituciones democráticas<sup>385</sup>.

<sup>382</sup> FJ 8. Jurisprudencia que se ha visto respaldada por el TEDH en la sentencia Fuentes Bobo de 29 de febrero de 2000.

<sup>383</sup> En sentido similar art. 30 Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 5.1. del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y más recientemente, art. 54 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>384</sup> COHEN-JONATHAN, G., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*. Económica, París, 1989, p. 553.

<sup>385</sup> Como bien advierte el TEDH en la propia sentencia este artículo no quiere decir que a los intolerantes no se les reconozcan, por ejemplo, los derechos recogidos en los artículos 5 y 6 CEDH. Es decir, los intolerantes tienen igual derecho que otra persona a un juez imparcial, a la presunción de inocencia o a un proceso público.

Advierte GÓMEZ BENÍTEZ, que “el abuso de la inviolabilidad es cuestión no regulada, ni constitucional ni reglamentariamente”<sup>386</sup>. Para GÓMEZ SÁNCHEZ, “la figura del abuso de la inviolabilidad no recogida expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, ha sido, en cambio, dibujada con claridad en la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de julio de 1985”<sup>387</sup>, en la que el Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo interpuesto contra el acuerdo del Pleno del Senado por el que se denegó el suplicatorio para procesar al senador Carlos Barral Agesta. En esta sentencia, advierte el Tribunal Constitucional que se dará un abuso de la figura de la institución de la inmunidad cuando ésta sea utilizada para fines que no le son propios. A ello podemos unir las SsTC 243/1988, de 19 de diciembre y 186/1989, de 13 de noviembre, que estiman los recursos de amparo interpuestos contra sendos acuerdos del Pleno del Congreso de los Diputados por los que no se concedió la autorización para continuar los correspondientes procesos civiles de protección al honor promovidos por los demandantes advirtiendo que la previa autorización que requiere el artículo 71 CE no puede exigirse para la admisión, tramitación y resolución de demandas civiles que en nada afectan a la libertad personal, y la STC 9/1990, de 18 de enero por la que el Tribunal Constitucional estima la cuestión de inconstitucionalidad y declara inconstitucional la adición al artículo 2.2. de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, realizada por la Ley Orgánica 3/1985, de 29 de mayo que amplía la necesidad de obtener el suplicatorio a los procesos civiles en aplicación de la ley 1/1982.

14

208

Así pues, la figura del abuso del derecho aparece claramente dibujada por vía jurisprudencial, especialmente con relación a la inmunidad. No podemos compartir en absoluto la afirmación de FERNÁNDEZ-VIAGAS cuando afirma que “si excluyéramos de la inviolabilidad a las manifestaciones injuriosas o calumniosas contra los particulares, estaríamos privando de contenido esencial al mencionado instituto”<sup>388</sup>. Todo lo contrario, permitir mediante la prerrogativa estos abusos es desvirtuar y corromper la prerrogativa que nunca se pensó para injuriar, calumniar, lanzar mensajes racistas o violentos, atacar a minorías étnicas, proclamar la superioridad de la raza blanca, etc. ¿cómo es posible que quede sin respuesta, salvo, claro está, la respuesta disciplinaria interna, en nuestra opinión claramente insuficiente, la intervención de un/una *padre o madre de la patria* a favor de la limpieza étnica de Kosovo, o de los crímenes de la banda terrorista ETA, por poner dos ejemplos especialmente significativos? Si el resto de ciudadanos han de responder de tales actos con mayor motivo lo han de hacer los parlamentarios que han jurado acatar y defender la Constitución.

<sup>386</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “La inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 64, 1982, p. 39.

<sup>387</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Sobre las garantías...”, op. cit., p. 84.

<sup>388</sup> FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *La inviolabilidad...*, op. cit., p. 38.

En el momento actual, en un estado democrático como el nuestro, en el que el principio de legalidad está garantizado y la independencia e imparcialidad judicial asegurada, donde el parlamentario no sufre el acoso del monarca o, en todo caso, del ejecutivo, en la que esta excepción al derecho común puede utilizarse para vulnerar derechos fundamentales o para quebrar gravemente la paz social, la inviolabilidad debería perder ese carácter pretendidamente absoluto e introducir la posibilidad de que la Cámara levantara la prerrogativa en determinados supuestos. Ello no obstante, no se nos escapa el peligro de amordazar al parlamentario que por miedo a las consecuencias no osaría, especialmente si es de la oposición, discutir, insinuar, etc. Al respecto, cabe señalar dos cuestiones.

En primer lugar la libertad de expresión e información comporta amparar también aquello que molesta o irrita, lo que permite una cierta dosis de exageración o provocación, más acentuada en el ámbito político o, que, tal como señala la STC 171/1990, la libertad de expresión e información ampara también la posibilidad de adelantar conjeturas, de hacer insinuaciones, etc.; que en este campo entra en juego la *exceptio veritatis*, de tal manera que si el parlamentario lanza una acusación, de ello nunca derivaría responsabilidad alguna si prueba la veracidad de sus afirmaciones; que el TEDH ha amparado las opiniones, aunque fueran fuertemente críticas, cuando las mismas tenían una base fáctica. La realidad nos muestra que fuera del Parlamento se producen entre políticos grandes debates, cruces de acusaciones, descalificaciones, etc., y en ese ámbito extraparlamentario, la inviolabilidad no entra en juego por lo que el ejercicio de la libertad de expresión de los parlamentarios, que en gran parte son los responsables de esas manifestaciones pues son los políticos de mayor relevancia, aquí, está sometida al mismo régimen que el del resto de los ciudadanos y no por ello el debate político se ha visto cercenado, reducido, amordazado, o desvirtuado.

Pero admitamos que la inviolabilidad sólo tiene sentido, como se ha dicho, para proteger al parlamentario de un uso más allá de los límites permitidos en situaciones normales de la libertad de expresión y que sea necesario la prerrogativa con el fin de asegurar un libre debate de discusiones. Admitamos también que repugna a la conciencia democrática que un parlamentario pueda utilizar el estrado del Parlamento para defender, por ejemplo, el terrorismo, posturas claramente xenófobas o racistas, etc. Como señala GÓMEZ BENÍTEZ, “es posible construir una prerrogativa parlamentaria que no excluya determinados delitos de expresión”<sup>389</sup>. Visto esto nos inclinamos por que las opiniones que vulneren el honor, la intimidad o la propia imagen sean sólo perseguibles por vía civil quedando la penal para determinados delitos tales como los contemplados en los artículos 510.1, 578 607.2<sup>390</sup>. ¿Sería posible establecer un listado, *numerus clausus*, sin posibilidad de

<sup>389</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Inviolabilidad...”, op. cit., p. 67.

<sup>390</sup> 510.1 CP: “Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.”

interpretaciones extensivas, de delitos de la palabra que no estuvieran amparados por la inviolabilidad?

En segundo lugar, la postura de dejar caer en desuso la prerrogativa de la inmunidad como se ha apuntado por determinados autores no parece muy adecuada. Señala reiteradamente el Tribunal Constitucional que todos los preceptos de la Constitución están en vigor, no existiendo ningún precepto inconstitucional y no pudiéndose establecer una jerarquía entre parte orgánica y parte dogmática de la Constitución. Por lo tanto, mientras la Constitución recoja con su significado y extensión actuales, estas prerrogativas siguen totalmente vigentes y en cualquier momento pueden activarse.

Por ello, y el Tribunal Constitucional lo ha puesto de manifiesto, se hace necesaria una reforma profunda de la normativa existente que hoy por hoy es confusa y dispersa, tan es así que a ciencia cierta no se sabe que preceptos están en vigor y que preceptos pueden haber quedado derogados tras la entrada en vigor de la Constitución.

Hemos ya apuntado el sentido en que, a nuestro entender, debería configurarse la inviolabilidad en un futuro apostando por un sistema similar al alemán. Es decir, renunciando a configurarla con un carácter absoluto y evitando que cubra todo tipo de manifestación, quedando excluidas de la prerrogativa, de entrada, aquellas manifestaciones que inciten gravemente al racismo, a la xenofobia, o a cualquier otro tipo de intolerancia, o que defiendan o hagan apología del terrorismo.

Para MARTÍNEZ ELIPE, ello podría llevarse a cabo sin necesidad de reformar la Constitución, “bastaría por vía de usos parlamentarios, de reformas reglamentarias, o de interpretación del artículo 71.1 de la Constitución por vía jurisdiccional del Tribunal a quien corresponde la hermeneusis de la Ley Fundamental, señalar los límites que impidan el abuso derivado de la libertad de palabra que la inviolabilidad otorga a los miembros de la Cámara”<sup>391</sup>. Sin embargo, somos partidarios de que la introducción de límites a esta prerrogativa se recoja en la Carta Magna, como se hace en el caso alemán, más habida cuenta de la jurisprudencia constitucional que parece

578 CP: El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código.

607.2. CP: “La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.”

<sup>391</sup> MARTÍNEZ ELIPE, L., “Reflexiones sobre la inviolabilidad, inmunidad y aforamiento”, *Revista de las Cortes Generales*, n.º 55, 2002, pp.55.

configurarla con el carácter de absoluta. Una limitación de la extensión material y funcional de la prerrogativa sólo puede llevarse a cabo a partir de una reforma de la Constitución y, consecuentemente, de los reglamentos parlamentarios.

En cuanto a la inmunidad, la cuestión de la prohibición de la detención salvo caso flagrante delito no plantea mayores discusiones doctrinales. La cuestión se centra en la necesidad de solicitar el oportuno suplicatorio. La mayoría de la doctrina, a partir de la existencia de un Poder Judicial independiente e imparcial, de la desaparición de las circunstancias que motivaron su existencia, y de que, por lo tanto, es difícil, cuando no imposible, que un parlamentario sea perseguido por los tribunales por causas políticas, considera que no tiene sentido mantenerla. Además tenemos un importante precedente en nuestro país: los miembros de los parlamentos autonómicos solo gozan de una inmunidad relativa en el sentido de que no es necesaria la solicitud del oportuno suplicatorio y, sin embargo, ello no ha ocasionado perturbaciones en el funcionamiento y composición de las Cámaras. Si acudimos al derecho comparado observamos, por ejemplo que los parlamentarios holandeses no gozan de esta prerrogativa, en cambio, ello no ha supuesto ninguna distorsión en el objetivo que pretende proteger la prerrogativa. Por lo tanto, en este caso, la opinión mayoritaria de la doctrina aparece respaldada por la realidad. De mantenerse el requisito de la autorización previa, su denegación, entendemos, no puede conllevar el sobreseimiento libre sino, en todo caso, el sobreseimiento provisional.

En lo que concierne al aforamiento, no hay duda que el Tribunal Supremo o el Tribunal Superior de Justicia son juez ordinario predeterminado por la ley en el sentido del artículo 24.2 CE. La cuestión se centra simplemente en si estos tribunales reúnen mayores garantías de independencia e imparcialidad, circunstancia que, en nuestra opinión, y tal como hemos señalado, está por demostrar o, al menos es dudosa su respuesta.

## 2. Contradicciones, lagunas y algunas propuestas de reforma

A lo largo del presente estudio se ha puesto de manifiesto una postura especialmente crítica con el régimen actual de las prerrogativas parlamentarias amén de destacar las graves contradicciones y lagunas de que adolece de ahí que entendamos que se hace más que necesaria una reforma en profundidad. A continuación hacemos referencia a algunas de las cuestiones más llamativas que sería preciso reformar.

### a. Inviolabilidad parlamentaria

1. Consideramos que no tiene sentido mantener el carácter absoluto de la inviolabilidad *extra* Cámara. Todo ejercicio de la libertad de expresión más allá de los límites permitidos ha de ser sancionada. En todo caso

seríamos de la opinión de que las declaraciones que vulneraran el honor, la intimidad o la propia imagen dieran lugar a acciones civiles y no penales sustrayéndolas por lo tanto del régimen general teniendo en cuenta, además, que la mayoría de la doctrina opina que la vía penal no es la adecuada para perseguir este tipo de acciones. Aquí lo importante es la restitución del derecho no ingresar a nadie en la cárcel. Vía penal que quedaría abierta cuando las declaraciones fueran constitutivas de los delitos de xenofobia y racismo del artículo 510 CP, de apología del terrorismo del artículo 578 CP o de apología del genocidio del artículo 607.2. CP, si al final se declara constitucional.

2. De mantenerse el régimen actual habría que modificar el artículo 101.3 RC que permite a la Mesa si la causa de la sanción impuesta al diputado fuera constitutiva de delito poner el asunto en manos de los tribunales. Habría que dejar claro que tal posibilidad no se extiende a las opiniones y votos realizados en el ejercicio de las funciones parlamentarias.
3. De mantenerse el régimen actual, ha de permitirse el amparo ante el Tribunal Constitucional ante una vulneración del honor, la intimidad o la propia imagen, cuando la Cámara no haya adoptado las medidas necesarias para su restitución.

#### b. Inmunidad parlamentaria

En relación con la inmunidad somos de la opinión de que hoy en día no tiene sentido la exigencia de solicitar el oportuno suplicatorio decantándonos, en todo caso, por mantener la prohibición de detención salvo flagrante delito.

Por otra parte podemos enumerar las principales contradicciones y lagunas existentes en la normativa actual relativa a esta prerrogativa:

1. Contradicción en cuanto a la extensión temporal de la prerrogativa. De los artículos 71.2 CE, 11 RC y 22 RS se deduce sin ningún género de dudas que la inmunidad se extiende durante todo el mandato parlamentario por lo que, en todo caso, para procesarle será necesario solicitar el oportuno suplicatorio. En cambio, el artículo 752 LECrim permite procesar a un Diputado o Senador en un interregno parlamentario o procesar a un Diputado o Senador electo antes de reunirse las Cortes sin necesidad de solicitar el oportuno suplicatorio sino simplemente ponerlo en conocimiento de la Cámara de forma inmediata. Indudablemente, de mantenerse la actual extensión material de la prerrogativa se hace necesario derogar este último precepto.
2. Contradicción entre los artículos 71.2 CE, 11 RC y 22 RS y el artículo 751 LECrim en la medida en que los primeros impiden que un parlamentario sea procesado si no se ha otorgado el oportuno suplicatorio, mientras que la LECrim permite el procesamiento del parlamentario sin la necesidad

- de autorización de la Cámara correspondiente en el caso que haya sido detenido *in fraganti*. Esta contradicción solo puede ser salvada derogando el artículo 751 LECrim.
3. Confusión en cuanto a la extensión temporal de la inmunidad respecto de los senadores designados por los parlamentos autonómicos que unen su mandato a la duración de la legislatura estatal sino a la legislatura autonómica. Atendida la finalidad de la prerrogativa no tiene sentido que durante el periodo que media entre la disolución y nueva constitución del Senado, los senadores de designación autonómica mantengan las prerrogativas parlamentarias.
  4. Laguna en lo que respecta al régimen de las prerrogativas durante la vigencia de alguno de los estados excepcionales a los que se refiere el art.116 CE y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los Estados de alarma, excepción y sitio, ya que el artículo 55.1. CE contempla entre los derechos susceptibles de suspensión las garantías de la libertad personal del artículo 17 CE que cuenta con régimen específico en el artículo 16 de la Ley de Estados Excepcionales. Si en algún caso esta institución tiene sentido en sin duda en estos por lo que sería conveniente modificar en este sentido la ley 4/1981 impidiendo que dicha legislación pueda aplicarse a un diputado o senador.
  5. Confusión en cuanto al ámbito en el que entra en juego la prerrogativa. De entrada, la inmunidad solo entra en juego en el ámbito penal pero lo cierto es que hay otros procesos que pueden conllevar que una persona pierda su libertad. Así por ejemplo uno de incapacitación en el que se acuerde el internamiento de ésta en un establecimiento psiquiátrico. Entendemos que a estos casos no puede extenderse la necesidad de solicitar el suplicatorio. Por otra parte, además de la detención en caso de flagrante delito pueden existir otras situaciones en que un diputado o senador puede ver limitada su libertad personal: enajenación, intoxicación etílica o de otro tipo que ponga en peligro su vida o la de terceros, etc. que sería necesario recoger de forma taxativa.
  6. Es objeto de debate la cuestión de si es necesario un nuevo suplicatorio para, una vez procesado, decretar prisión provisional. Nuestra postura es negativa: no es necesaria una nueva autorización de la cámara en este supuesto pues el procesamiento comporta la posibilidad de que se decrete prisión provisional.
  7. En cuanto a la cuestión de si se ha de solicitar el suplicatorio para el caso en que el parlamentario sea perseguido por una falta que no lleva aparejada la privación de libertad, con la normativa actual la respuesta es positiva lo que no deja de ser un contrasentido. Habida cuenta que en ningún caso puede verse perjudicado ninguno de los objetos que según la

doctrina protegen la prerrogativa no tiene sentido sea necesario solicitar la autorización de la Cámara por lo que en una hipotéticas reforma debería quedar fuera de la necesidad de solicitar el suplicatorio.

8. Habría que clarificar si es necesario un nuevo suplicatorio cuando al final se juzgue al parlamentario por un delito distinto del que aparece en el auto de procesamiento. Si esta variación fuera *a la baja*, es decir que al final se le juzgara por un delito de menor entidad y siempre cuando se tratara de delitos de la misma naturaleza, lo que exige que se atente al mismo bien jurídico protegido (homicidio por asesinato), entendemos, que no haría falta la solicitud de nuevo suplicatorio ni tampoco cuando la variación fuera *al alza*, es decir, cuando los hechos se calificaran como constitutivos de un delito más grave si son de la misma naturaleza (asesinato por homicidio), aunque si sería necesario si se calificaran los hechos como delito de naturaleza distinta al que aparecía en el auto de procesamiento.
9. Debería clarificarse expresamente la situación del que en situación de prisión provisional es declarado Diputado o Senador electo. Los tribunales han optado por su puesta en libertad inmediata pero podría barajarse la posibilidad de la continuidad de dicha situación mientras la Cámara no resolviera el suplicatorio.
10. Es necesario arbitrar los mecanismos adecuados para que el diputado o senador detenido en flagrante delito sea puesto a disposición judicial de forma automática. El plazo de 72 h. que marca el artículo 17 CE y el artículo 520.1 LECrim se nos antoja excesivo así como el plazo de incomunicación que, de acuerdo con el 506 LECrim, puede prolongarse hasta cinco días.
11. Nada se dice en la normativa actual sobre la incondicionabilidad e irreversibilidad del acuerdo de la Cámara. Somos de la opinión de que la Cámara no puede poner ninguna condición a la hora de conceder el suplicatorio. De igual manera, concedido éste tal decisión es irrevocable y no hay marcha atrás por lo que no hay posibilidad alguna de que la Cámara dicte una resolución posterior revocando la concesión del suplicatorio.
12. En cuanto a la posibilidad de que se deniegue el suplicatorio por silencio tal como prevén los artículos 14.2 RC y 22.5 RS, habida cuenta de que la denegación solo puede ser acordada cuando responda a la finalidad de la inmunidad que no es otra que proteger de la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular, y el acuerdo, aunque de carácter discrecional, no es arbitrario y es controlable por el Tribunal Constitucional vía artículo 42 LOTC, entendemos que la misma supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por lo que debería reformarse dichos preceptos suprimiendo esta posibilidad.

13. Por lo que respecta a si la denegación del suplicatorio ha de ser motivada señalar que con el régimen actual, la obligatoriedad de la motivación expresa casa mal con que la resolución se adopta por el Pleno en votación secreta y nada asegura que en dicha votación se haya tenido en cuenta el Dictamen de la Comisión. Pero la no obligatoriedad de la motivación casa mal también con el derecho a la tutela judicial efectiva. La solución pasaría por que el Pleno se pronunciase, en primer lugar, por la concesión o denegación del suplicatorio y en caso negativo sería necesario, en segundo lugar, otra votación sobre el texto de la denegación, que podría ser entre dos o más alternativas.
14. En relación con la suspensión de derechos de los diputados o senadores que están en prisión provisional existe una clara diferencia entre lo señalado en el Reglamento del Congreso y lo establecido en el Reglamento del Senado. El artículo 21.2. RC establece que firme el auto de procesamiento, tras la concesión del suplicatorio, el Diputado quedará suspendido en sus derechos y deberes parlamentarios en el caso de que se hallare en situación de prisión preventiva y mientras dure ésta. En cambio, el artículo 22.6 RS afirma que concedido el suplicatorio y firme el auto de procesamiento, la Cámara podrá acordar por mayoría absoluta de sus miembros, y según la naturaleza de los hechos imputados, la suspensión temporal en la condición de Senador. Las diferencias entre ambos reglamentos son significativas. Por otra parte, hay que tener en cuenta que de acuerdo con el 384 bis LECrim, firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión, por lo que en este caso queda eliminada la facultad discrecional del Senado. Se hace necesaria una modificación de los reglamentos que unifique la cuestión. Nos inclinamos por la regulación contenida en el Reglamento del Congreso pues la regulación contenida en el Reglamento del Senado, por una parte, puede dar pie a tratamientos distintos según los apoyos parlamentarios con que cuente el Senador, y, por otra, introduce la incógnita de cómo se analiza y desde qué perspectiva “la naturaleza” de los hechos imputados. Obliga a resolver no desde criterios políticos sino estrictamente jurídicos cosa difícil de casar con las funciones de la Cámara.
15. Otra cuestión que es objeto de debates es la del sobreseimiento. A tenor del artículo 754 LECrim, la denegación de la autorización comporta el sobreseimiento sin mayores especificaciones sobre el tipo de sobreseimiento, provisional o libre. El artículo 7 de la Ley de 1912 dispone que el sobreseimiento será libre que implica la conclusión del proceso Entendemos que no se justifica el libre sobreseimiento pues no hay razón para que la causa siga adelante una vez que se agote el período de mandato. De ahí

que propongamos la derogación del artículo 7 de la ley de 1912 y la modificación del artículo 754 LECrim introduciéndose que el sobreseimiento será provisional.

16. En cuanto a la cuestión de la prescripción, el tiempo que transcurre mientras la inmunidad impide procesar al parlamentario no debería computarse a efectos de prescripción.

### c. Aforamiento

1. Somos de la opinión de que ni el Tribunal Supremo ni el Tribunal Superior de Justicia ofrecen mayores garantías de imparcialidad e independencia que otros tribunales o, a *sensu contrario*, el resto de órganos jurisdiccionales gozan de dichas cualidades en la misma medida que los dos primeros. Es más, el hecho de que los miembros de los parlamentos autonómicos estén aforados en el Tribunal Superior de Justicia rompe con el argumento defendido por partidarios de esta prerrogativa aplicada a diputados y senadores de que el Tribunal Supremo, por su posición, está en mejor disposición para conocer los procesos contra diputados y senadores. ¿Quiere ello decir que los diputados autonómicos tienen una menor garantía de ser juzgados con independencia e imparcialidad que los diputados y senadores nacionales?
2. Con la regulación actual los procesados no tiene derecho a la segunda instancia. Cabe preguntarse si esta limitación del derecho a la tutela judicial efectiva es necesaria y proporcionada, más si tenemos en cuenta que algunos de esos procesados pueden no ser aforados. Somos de la opinión de que sería conveniente introducir esa segunda instancia.

## VI. BIBLIOGRAFÍA



- ABELLÁN-GARCÍA GONZÁLEZ, A., *El Estatuto de los parlamentarios y derechos fundamentales*, Tecnos, 1992.
- AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Reus, 1914, Vol. V.
- ALBA NAVARRO, M., “Prerrogativas parlamentarias y jurisprudencia constitucional”, *Cuadernos y Debates*, n.º 9, Centros de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 3-42.
- ALMAGRO NOSETE, J., “Artículo 24”, en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, Vol. III, pp. 29-60.
- ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional*, Vol I, edición 1999.
- , *Curso de Derecho Constitucional*, Vol II, Tecnos edición 2000.
- ARANDA ÁLVAREZ, E., “Consideraciones sobre la naturaleza de la inmunidad parlamentaria y la necesidad de objetivar los criterios para la concesión de suplicatorios”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 28, pp. 101-120.
- BAÑÓN LEÓN, J.M. “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, pp. 155-179.
- BARTHELEMY-DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1933.
- BISCARETTI, P., *Derecho Constitucional*, Tecnos, 1965.
- BLANCO VALDÉS, R., *Introducción a la Constitución española de 1978*, Alianza editorial, 1998.
- , “Privilegios parlamentarios y proceso de comunicación pública (políticos, política y derechos en España)” en VVAA, *Constitución, Estado de las autonomías y Justicia Constitucional (Libro homenaje al profesor Gumersindo Trujillo)*, Tirant lo Blanch, 2005.
- BRETAL VÁZQUEZ, J.M., “Notas sobre la inmunidad parlamentaria”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, 1985, pp. 215-250.
- CARRILLO, M., “Juicios paralelos y derecho a la información”, *El País*, 2 de abril de 1988.

- CARRILLO, M., *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Civitas, 1993.
- CARRO MARTÍNEZ, A., “La inmunidad parlamentaria”, *Revista de Derecho Político*, núm. 9, 1981, pp. 87-109.
- CATALÀ i BAS, A.H., *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional*. Ediciones Revista General de derecho, 2001.
- , “La inviolabilidad parlamentaria a la luz de la sentencia del TSJ del País Vasco de 5 de septiembre de 2003 (Caso del Diputado de H.B. Jon Salaberría)”, *Corts*, Anuario de Derecho Parlamentario, n.º 14, 2003, pp. 135 y ss.
- CAVERO GÓMEZ, M., “La inmunidad de los diputados del Parlamento europeo”, *Revista de las Cortes Generales*, n.º 20, 1990, pp. 7-48.
- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T. S., *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, 1999.
- COBREROS MENDAZONA ,E., “El status parlamentario como derecho fundamental garantizado por el art.23.2 de la Constitución”, VVAA, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor García de Enterría*. Vol. .III Civitas,1991.
- CODERCH, S., *¿Qué es difamar? Libelo contra la ley del libelo*, Civitas, 1987.
- COHEN-JONATHAN, G., “Observations a la STEDH Lihiedeux e Isorni de 23 de septiembre de 1998. L’apologie de Pétain devant la Cour européenne des droits de l’homme”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’homme*, n.º. 38, 1999.
- , *La Convention Européenne des Droits de l’Homme*. Económica, París, 1989, p. 553.
- DE ESTEBAN, J., “los medios de comunicación como control del poder político”, *Revista de Derecho Político*, núm. 42, 1997, pp. 11-34.
- DE LA PEÑA RODRÍGUEZ, L., *Derecho parlamentario español y Tribunal Constitucional*, Comares, 1998.
- DE VEGA GARCÍA, P., “La función legitimadora del Parlamento”, en PAU VALL, F., *Parlamento y opinión pública*, Tecnos, 1995.
- DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho civil*, Vol. I, 1995.
- FABREGAS DEL PILAR, J.M., , *Derecho político*, Reus, 1922.
- FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P. *El juez natural de los parlamentarios*, Civitas, 2000.
- , *La inviolabilidad e inmunidad de los Diputados y Senadores. La crisis de los “privilegios” parlamentarios*, Cívitas, 1990.
- , “La extensión de la inviolabilidad parlamentaria”, *Revista General de Derecho*, n.º 499, 1986, pp. 1.173-1.182.

- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., “La inmunidad parlamentaria en la actualidad”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 215, 1977, pp. 207-249.
- , “Artículo 71. Inviolabilidad e Inmunidad parlamentaria”, en ALZAGA, O., *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, Edersa, 1989.
- , “Del intento de ampliar el ámbito material de la inmunidad parlamentaria a determinados procedimientos civiles”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 12, 1984, pp. 9-22.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Dykinson, 1992.
- , “Las prerrogativas parlamentarias en la jurisprudencia constitucional”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 38, 1996, pp. 7-46.
- FIGUERUELO BURRIEZA, A., “El grado de suficiencia en la motivación del suplicatorio y la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 27, 1992, pp. 33-66.
- , “Derechos fundamentales y abuso de inmunidad”, *La Ley*, núm. 2160, 1989, pp. 991-996.
- , “Prerrogativas parlamentarias y quiebra del principio de igualdad”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 17, 1989, pp. 103-118.
- , *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos, 1990.
- GALLEGO ANABITARTE, A., *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Cívitas, 1994.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “Consideraciones sobre la duración del mandato de los senadores designados por las Comunidades Autónomas”, *Revista de las Cortes Generales*, n.º 28, 1993, pp. 37-100.
- GARCÍA MORILLO, J., “Contenido, finalidad constitucional y control de la inmunidad parlamentaria”, *Inmunidad parlamentaria y jurisprudencia constitucional*, Cuadernos y Debates n.º 46, *Centro de Estudios Constitucionales*, 1994.
- , *El derecho a la libertad personal*, Tirant lo Blanch, 1995.
- GARCÍA LOPEZ, E., *Inmunidad parlamentaria y estado de partidos*, Tecnos, 1989.
- GIMENO SENDRA V., CONDE-PUMPIDO TOURON, C., y GARBERI LLOBREGAT, J., *Los procesos penales, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal con formularios y jurisprudencia*, Vol. 6, Bosch. 2000.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., “La inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 64, 1982, pp. 25-76.
- GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal penal*, Madrid 1986.

- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., "Sobre las garantías parlamentarias", *Revista de Derecho Político*, núm. 23, 1986, pp. 67-40.
- GOMIS SANAHUJA, L., "Publicidad del proceso y derecho a un proceso con todas las garantías. Los denominados juicios paralelos", *Revista del Poder Judicial*, número especial XVII, noviembre 1999, pp. 159-172.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. y CUERDA ARNAU, M.L., "Aproximación al Derecho Penal Parlamentario: inviolabilidades", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 1, 1997, pp. 101-118.
- GONZÁLEZ RIVAS, J.J., "Algunas consideraciones sobre la Inmunidad parlamentaria y su regulación actual", *I Jornadas de Derecho Parlamentario*, vol. II, Congreso de los Diputados, 1985.
- GRANADOS CALERO, F. "Diputados y Senadores: su igualdad ante la ley", *Revista de las Cortes Generales*, n.º. 17, 1989, pp. 37-54.
- JIMÉNEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho Penal*, Losada, Buenos Aires, 1977.
- JUANES PECES, A., "Los juicios paralelos. Doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Derechos Humanos. El Derecho a un proceso justo", *Revista del Poder Judicial*, número especial XVII, noviembre 1999, pp. 141-158.
- KANT, I., *Sobre la paz perpetua*, Edición Tecnos, 1994.
- KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia*, Labor, 1934.
- LÓPEZ AGUILAR J. F., "A vueltas con un problema de inmunidad parlamentaria: Qué hacer con el parlamentario electo en prisión provisional", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 3, 1996, pp. 105-116.
- LÓPEZ GARRIDO, D., "La función legislativa y la opinión pública" en PAU VALL, F. (Coord.), *Parlamento y opinión pública*, Tecnos, 1995.
- LÓPEZ ORTEGA, J. J. "La dimensión constitucional del principio de la publicidad de la justicia", *Revista del Poder Judicial*, número especial XVII, noviembre 1999, pp. 37-140.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., "Las garantías de los miembros del Parlamento Vasco", *Revista de Estudios Políticos*, núms. 46-47, 1981, pp. 237-288.
- , "Sobre las inmunidades parlamentarias", *Revista de Estudios Políticos*, n.º 69, 1990, pp. 189-200.
- , *El Estatuto de los Parlamentarios. Problemas generales*. en FIGUEROA LARAUDOGOITIA, A y DA SILVA OCHOA, J.C., *Parlamento y Derecho*. Parlamento Vasco. Vitoria, 1991.
- MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERES, D.J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, McGraw Hill, 1999.
- MANUEL ABELLÁN, A., *El estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales*, Tecnos, 1992.

- MARCHENA LÓPEZ, M., "Procesos penales contra aforados", en Cuestiones de derecho procesal Penal, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del poder Judicial, X, 1994.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "Inmunidad parlamentaria y separación de poderes", *Inmunidad parlamentaria y jurisprudencia constitucional*, Cuadernos y Debates n.º 46, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- MARTÍNEZ ELIPE, L., "Reflexiones sobre la inviolabilidad, inmunidad y aforamiento", *Revista de las Cortes Generales*, n.º 55, 2002, pp. 29-86.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., "Aplastar la serpiente en el huevo. Acerca de la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 607.2 del CP", *Revista General de Derecho*, 2000, núm. 664-665.
- , "La inmunidad parlamentaria. Nota a la STC206/1992, de 27 de noviembre. El Tribunal Constitucional en un callejón sin salida", *Cuadernos de la Cátedra Fabrique Furió Ceriol*, núm., 3, 1993, pp. 97-114.
- , "Inmunidad y derecho al proceso: la inmunidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista General de Derecho*, n.º 595, 1994, pp. 3.253-3.296.
- , *La inmunidad parlamentaria en Derecho español*, CEU San Pablo, 1996.
- , *Privilegio discutido. La inmunidad parlamentaria en derecho español*, Cuadernos del Senado, Serie Minor, n.º 4, 2004.
- MOLAS BATLLORI, I. y PITARCH, I.E., *Las Cortes Generales en el sistema parlamentario de gobierno*, Tecnos, 1987.
- MONTERO AROCA, J. , "Los privilegios en el Proceso Penal", *Revista del Poder Judicial*, n.º. 39, 1995, pp. 253-286.
- MONTERO DÍAZ, J., *Constituciones y códigos políticos españoles, 1808-1978*, Ariel Practicum, 1998.
- MONTERO GIBERT, J.R. y GARCÍA MORILLO, J., *El control parlamentario*, Tecnos, 1984.
- MORALES ARROYO, J. M., "La determinación del periodo de vigencia del estatuto de diputados y senadores", *Revista de las Cortes Generales*, n.º 19, 1990, pp. 43-88.
- , "Las prerrogativas parlamentarias a la luz de la jurisprudencia constitucional", *Revista de las Cortes Generales*, n.º 12, 1987, pp. 189-218.
- MORTATI, C., *Istituzioni di diritto pubblico* , tomo I, Padova-Cedam, 1975.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, 1987.
- ORTELLS RAMOS, M., "El juez ante el Convenio europeo de Derechos Humanos y ante las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Seminario sobre Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Generalitat Valenciana, 1998.

- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “el respeto en el ámbito vasco”, *El País*, 11 de junio de 2001.
- PEÑARANDA RAMOS, J.L., “La dimensión actual de las prerrogativas parlamentarias”, ALZAGA VILLAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo VI, Edersa 1998.
- PÉREZ LUÑO, A. E., “Perfiles morales y políticos del derecho a la intimidad”, *Separata de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*. Año XLVIII, 73, Curso académico 1995-96, Madrid, 1996.
- PÉREZ ROYO, J., ¿Constitucionalidad o legitimidad?, *El País*, 14 de diciembre de 1992.
- PÉREZ-SERRANO, N., “Los actos parlamentarios”, *Revista de Derecho Político*, núm. 9, 1981, pp. 67-85.
- , *Tratado de derecho político*, Civitas, 1984.
- PERIS RIERA, J.M., *Prerrogativas parlamentarias y Parlamentos autónomos*, AVJ y L, 1988.
- PIZZORUSSO, A., “Las inmunidades parlamentarias. Un enfoque comparatista”, *Revista de las Cortes Generales*, n.º. 2, 1984, pp. 27-50.
- , *Lecciones de Derecho Constitucional*, CEC, 1982, V.I.
- PORTERO GARCÍA, L., *Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias*, Universidad de Málaga, 1979.
- PUNSET BLANCO, R., “Sobre la extensión del ámbito personal de las prerrogativas parlamentarias”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 3, 1981, pp. 93-122.
- , “Inviolabilidad e inmunidad de los parlamentarios de las Comunidades Autónomas”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 3, 1984, pp. 123-138.
- RECODER DE CASSO, E., “Comentario al artículo 71” en GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 1980.
- , “Comentario al artículo 69” en GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 1980.
- RICO LINAGE, R., *Constituciones históricas*, Universidad de Sevilla, 1999.
- ROCA JUAN, J., Artículo 7.2., en VV. AA. *Comentarios a las Reformas del Código civil. El nuevo Título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1995*, Tecnos, 1977.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, A., *País Semanal*, número 1078, 25 de mayo de 1997
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LOPEZ, M<sup>a</sup>. F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, 1986.
- RUBIO LLORENTE, F. y DARANAS PELÁEZ, M., *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Ariel Derecho, 1997.

- SÁNCHEZ GARCÍA, J., "La inmunidad parlamentaria en la actual democracia española", *Jornadas de Derecho parlamentario, Serie 4, Monografías*, núm. 4, Congreso de los diputados, Madrid, 1986.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho Parlamentario español*, Espasa, 1990.
- , "La inmunidad parlamentaria y su control constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 38, 1993, pp. 243-262.
- SCHMITT, Carl, *Sobre el parlamentarismo*, Tecnos, 1990.
- SEVILLA ANDRÉS, D., *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, tomos I, II, Editora Nacional, 1969.
- SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, "Los denominados juicios paralelos" en el libro *Homenaje a Enrique Ruiz Vardillo*, Colex, 1999.
- SILVELA, F., *La Inmunidad Parlamentaria*, en RGLJ, n.º 76, Madrid, 1890.
- SOLE TURA, J. y APARICIO PÉREZ, M. A., *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Tecnos, 1984.
- SOLE TURA, J. y AJA, E., *Constituciones y períodos constituyentes en España (1806-1936)*, Siglo XXI, 1997.
- SORIANO HERNÁNDEZ, E., *El estatuto de los parlamentarios de las Comunidades Autónomas*, Temas del Senado, 2001.
- TOMÁS VILLARROYA, J., *Breve historia del constitucionalismo español*, CEE, 1994.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., "Conciencia del límite" y "Sobre la independencia judicial", *A orillas del Estado*, Taurus, 1996.
- TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional español*, 3º edición Vol II, Madrid, 1992.
- TRAVERSA, S., voz *Inmunitá Parlamentare*, en *Enciclopedia del Diritto*, vol XX D.A. Giuffré, 1970.
- VIANA BALLESTER, C., "La inviolabilidad parlamentaria: a caballo entre la consolidación y la reforma", en VVAA, *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 817-832.
- VIRGALA FORURIA, E., "La STS de 27 de marzo de 2003 de ilegalización de Batasuna: El Estado de Derecho penetra en Euskadi", *Teoría y Realidad*, n.º 12-13, 2003-2004, pp. 609-629.





