

LOS PRIVILEGIOS PARLAMENTARIOS EN CUESTIÓN

UNA REVISIÓN DE LA INMUNIDAD Y EL AFORAMIENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL

DIEGO ESPIGADO GUEDES

Supervisado por:

Dra. MARÍA JESÚS ARIZA COLMENAREJO

Profesora Titular de Derecho Procesal

Abstract: El aforamiento y la inmunidad parlamentaria deben ponerse en cuestión en la actualidad. Muchas, si no todas, de las causas que justificaron la existencia de estas instituciones a finales del siglo XVIII ya no se sostienen y no sirven para dar cabida a su existencia en una sociedad absolutamente diferente como la presente del siglo XXI. Por otro lado, el aforamiento tal como está reconocido por el Tribunal Constitucional está en continuo choque con el derecho al doble grado de jurisdicción penal, reconocido en textos internacionales ratificados por España y es una institución absolutamente residual en otros ordenamientos jurídicos. ¿Por qué está tan difundido en España?

Palabras clave: Aforamiento, inmunidad, inviolabilidad, irresponsabilidad, suplicatorio, independencia, influencia, delito, cargo, poderes del Estado, constitución, doble grado jurisdiccional, jurisdicción, revisión, apelación, tutela judicial efectiva, Derecho penal, derecho fundamental.

INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

El aforamiento, la inviolabilidad y la inmunidad parlamentaria son instituciones que están continuamente puestos en tela de juicio por la opinión pública. En la actualidad vemos (tristemente) cómo parlamentarios de las diferentes Cámaras legislativas, tanto nacionales como autonómicas, se ven inmersos en investigaciones judiciales por delitos relacionados, casi siempre, con la corrupción. En la mayor parte de estos delitos, el bien jurídico afectado mediatamente es la colectividad ciudadana, que se ve afectada a través de la lesión al correcto funcionamiento de la administración pública (artículo 103.1 de la Constitución Española [CE, en adelante]) —SSTS (2.^a) de 5 de abril de 2002, 8 de junio de 2006 y 1 de julio de 2008¹—. A pesar de que últimamente no se ven peticiones de suplicatorios denegadas, cabe plantearse si la prerrogativa de la inmunidad y el aforamiento siguen teniendo sentido en el Estado de Derecho actual y, por tanto, si *de lege ferenda* es preciso replantearse la existencia de tales instituciones o, al menos, su reforma.

Como antes decía, aforamiento e inmunidad son dos caras de una misma moneda en los supuestos que aquí trataremos, aunque no necesariamente tenga que ser así. Es posible, incluso diría que es lo corriente en el Derecho comparado, que una persona sea inmune por razón de su cargo y que esté, a su vez, sometida a los órganos judiciales ordinarios en el enjuiciamiento. A lo largo de este artículo trataré de centrarme en los siguientes problemas que afectan, bien al aforamiento, bien a la inmunidad parlamentaria, solo refiriéndome residualmente a la inviolabilidad:

1. su nacimiento y regulación en el Derecho comparado;
2. la tensión entre tales prerrogativas y el derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el artículo 14 CE; y
3. el conflicto entre el aforamiento y el derecho al doble grado jurisdiccional en el orden penal, que emana de los artículos 10.2 y 24 CE y los tratados y convenios internacionales.

Antes de pasar a tratar estas cuestiones, es preciso distinguir tres conceptos.

¹ También define así el bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública VIVES ANTÓN, Tomás S. *et al.*: *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 698 y MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 984. Octavio de Toledo lo fija en la función pública y añade las notas de «legalidad, imparcialidad y buen funcionamiento de la Administración Pública», según apunta MORILLAS CUEVA, Lorenzo: «Lección 37. Delitos contra la Administración Pública (I)», en COBO DEL ROSAL, M. (coord.): *Derecho penal español. Parte especial*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 860.

Inviolabilidad e inmunidad

(A) La *inviolabilidad*, regulada en los artículos 71.1 CE, 10 del Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD) y 21 del Reglamento del Senado (RS), y en los Estatutos de Autonomía para los parlamentarios autonómicos, implica exención de responsabilidad jurídica por los votos u opiniones emitidos en el ejercicio de su función representativa siempre que el parlamentario se encuentre dentro de la Cámara respectiva (o fuera, pero reproduciendo una opinión ya vertida dentro), que su intervención se limite simplemente a opinar o votar y que esté en el efectivo ejercicio de función parlamentaria².

(B) Por su parte, la *inmunidad*, reconocida a los miembros de las Cortes en los artículos 71.2 CE, 11 RCD y 22 RS, y a los parlamentarios autonómicos en sus Estatutos de Autonomía, implica, como indica el primer precepto citado, que los diputados y senadores «no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva», sólo pudiendo «ser detenidos en caso de flagrante delito», debiendo el presidente de la respectiva Cámara ser informado inmediatamente después de una detención. En resumen, «implica la imposibilidad de persecución penal durante el período en que el protegido ocupe el cargo público, por delito cometido que tenga que ver con el ejercicio de las funciones propias de ese cargo»³, salvo que la Cámara autorice tal persecución mediante la concesión del suplicatorio.

(C) Sobre la *finalidad* de la inviolabilidad y la inmunidad, la de la primera es asegurar, a través de la libertad de expresión de los parlamentarios, la libre formación de la voluntad del órgano legislativo al que pertenezcan⁴, mientras la de la segunda es proteger a los parlamentarios de eventuales detenciones que puedan impedirles que lleguen a manifestar su opinión y votar en su respectiva Cámara, alterando su composición⁵.

(D) En cuanto a su *ámbito temporal de aplicación*, la inviolabilidad tiene una aplicación *pro futuro*, en la medida en que jamás, aun cuando se pierda la condición de parlamentario, podrá una persona ser perseguida por las opiniones manifestadas en el ejercicio de función parlamentaria; la inmunidad, en cambio, tiene aplicación actual, en

² STC 30/1997, de 24 de febrero, FD 5.

³ GÓMEZ COLOMER, Juan L. y ESPARZA, Iñaki: *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 77.

⁴ STC 243/1988, de 19 de diciembre, FD 3.

⁵ STC 22/1997, de 11 de febrero, FD 6, y FERNÁNDEZ-VIAGAS, Plácido: *El juez natural de los parlamentarios*. Madrid: Civitas, 2000, p. 36.

tanto el sujeto siga ostentando el cargo que lo hace inmune, pudiendo ser perseguido y detenido tras la pérdida de dicha condición, así como investigado por el órgano judicial *a quo* conforme a las reglas generales del Derecho procesal obviando el foro especial⁶.

(E) En lo referido al *ámbito material de aplicación*, es decir, a qué se extiende la protección de las prerrogativas, la inviolabilidad es el privilegio por excelencia en estos términos, ya que protege al parlamentario de cualquier manifestación que haga en uso de su libertad de expresión en las circunstancias que hemos señalado, incluyendo posibles delitos contra el honor que se cometan. A tal efecto, no es que los delitos que se cometan deban quedar impunes, mas no deben ser sancionados por otra autoridad que no sea parlamentaria, como es el caso de los presidentes de las Cámaras, cuya función es dirigir los debates, mantener el orden de los mismos, cumplir y hacer cumplir el reglamento de las Cámaras, interpretarlos y, en caso de omisión, integrarlos (artículos 32 RCD y 37 RS).

Si bien se ha planteado en alguna demanda que una calumnia no puede quedar protegida por la inviolabilidad⁷, esta postura sólo puede sostenerse *de lege ferenda* —como haré más adelante—, ya que ninguna limitación en este sentido se observa en la Constitución. Sí consta, en cambio, tal limitación en la Constitución Alemana, como veremos más adelante.

En el caso de la inmunidad, hay que distinguir dos vertientes de ésta: (i) la imposibilidad de procesamiento y (ii) la imposibilidad de detención.

(i) En la primera vertiente, el ámbito material es sustancialmente menor que la inviolabilidad. No supone, en opinión de García López, una derogación constitucional de la obligación de responder civil o penalmente por sus actos, como ocurre con la inviolabilidad, sino un retraso en dicha obligación en dos momentos: primero, desde el momento en que el órgano judicial competente entiende que hay indicios suficientes para procesar hasta que la Cámara correspondiente autoriza el procesamiento y, segundo y para el caso de que el Parlamento no lo autorice, desde el momento en que

⁶ No trataremos el *dies a quo* ni el *dies ad quem*, porque no nos interesa entrar en tanto detalle en este punto. Para estas cuestiones, *vid.* GÓMEZ COLOMER y ESPARZA: *op. cit.*, pp. 83 ss.; ABELLÁN-GARCÍA, Ángel M.: *El estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1992; y FERNÁNDEZ-MIRANDA, Alfonso: «Artículo 71. Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias», en ALZAGA, Ó. (dir.): *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*. Madrid: Revista de Derecho Público, 1983–1988, vol. IV.

⁷ Así lo hizo la parte actora en la querrela dirigida contra los diputados del Parlamento de Andalucía Sres. Alcaraz Masats, Rejón Gieb y Valderas Sosa por calumnia, como relata FERNÁNDEZ-VIAGAS, Plácido: *La inviolabilidad e inmunidad de los Diputados y Senadores. La crisis de los «privilegios» parlamentarios*. Madrid: Civitas, 1990, pp. 35 y 36.

éste se pronuncia hasta que termina el mandato del parlamentario⁸. No obstante, este segundo momento del que habla García López requiere un importantísimo matiz. Tal y como se encuentra configurada la denegación del suplicatorio, no es correcto decir que no hay una derogación de la obligación constitucional de responder penalmente, pues denegado el suplicatorio, por virtud de la preconstitucional y en parte vigente Ley de 9 de febrero de 1912 (artículo 7.º), el órgano judicial requirente dispondrá el sobreseimiento *libre* de la causa. Dicho auto produce efectos de cosa juzgada material y, por consiguiente, imposibilita reabrir el proceso cuando haya identidad de sujetos activo y pasivo y de hecho punible. Es decir, apartándonos de la postura de García López, lo que hay es un retraso en un primer instante para el caso de que se conceda el suplicatorio —desde que se encuentran motivos para procesar hasta la concesión del suplicatorio— y una derogación de la responsabilidad en caso de que el suplicatorio se deniegue. Ahora bien, tal derogación tampoco es absoluta, pues corresponde al Tribunal Constitucional controlar el correcto uso de las prerrogativas parlamentarias.

[E]s evidente que la existencia misma de tal norma [sc. el artículo 84 del antiguo RS, que atribuía facultades disciplinarias al presidente] 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, que cubre tanto a los miembros de las Cortes Generales (artículo 71.1 de la Constitución), como a las Cortes mismas (art. 66.3 de la Constitución), como condición necesaria que es para asegurar la plena independencia en la actuación de unos y otros...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 razón de las cuales se otorga el privilegio de inviolabilidad a las Cortes Generales y a sus miembros.⁹

Tal control por el Constitucional es lógico y natural en la sistemática de nuestro Estado de Derecho en la medida en que aquél es el máximo intérprete de la Constitución y en que no forma parte del Poder Judicial. Que queden tales decisiones al libre albedrío de las Cortes y sus órganos sin control ulterior alguno sería tanto como decir

⁸ GARCÍA LÓPEZ, Eloy: *Inmunidad parlamentaria y Estado de partidos*. Madrid: Tecnos, 1989, pp. 78 y 79.

⁹ ATC 147/1982, de 22 de abril, FD 5.

que las Cámaras son soberanas y pueden decidir al margen de la Constitución. Que sean controladas por un órgano integrante del Poder Judicial sería, por otra parte, tanto como afirmar que sobre los privilegios que sirven al ejercicio independiente de las funciones del Poder Legislativo decide en última instancia el Poder Judicial, con evidente merma de la separación de poderes y pérdida del sentido del privilegio.

(ii) En cuanto a la segunda vertiente de la inmunidad —la imposibilidad de detención—, ésta no conoce límites ya que la Constitución no los impone, de modo que, cualquiera que fuese el delito cometido por el parlamentario, no cabría someterlo a detención, salvo que estuviéramos ante un delito flagrante. En caso de detención, corresponde al presidente de la Cámara (artículos 12 RCD y 22 RS) adoptar las medidas pertinentes para salvaguardar los derechos y prerrogativas de la Cámara y sus miembros.

En cuanto al término *detención*, la doctrina constitucional entiende que no sólo abarca la detención en su sentido jurídico-procesal, sino cualquier supuesto de privación de libertad y del derecho de locomoción del inmune¹⁰.

Aforamiento

Es la herramienta procesal que veta la posibilidad de que un juez distinto del que corresponde al foro pueda investigar cualquier causa contra ellos. Más que la otra cara de la moneda de la inmunidad y la inviolabilidad, se trata de una manifestación de la cara procesal de la moneda, pues como bien aclaran los procesalistas Gómez Colomer y Esparza, el aforamiento es un «concepto con repercusiones procesales penales» que se derivan de los conceptos sustantivos inmunidad e inviolabilidad, tanto en su regulación constitucional como penal sustantiva¹¹.

El aforamiento se encuentra previsto: en el artículo 71.3 CE para los parlamentarios del Estado, según el cual «[e]n las causas [penales] contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo»; en el 102 CE para los miembros del Gobierno, según el cual «[l]a responsabilidad *criminal* del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal

¹⁰ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: «Nótulas sobre inviolabilidad e inmunidad: algunos ejemplos en el presente», en *Cuadernos de política criminal*, n.º 66, 1998, p. 610; PUNSET, Ramón: «Las garantías parlamentarias», *Estudios parlamentarios*. Madrid: CEPC, 2001, p. 259; y PEÑARANDA, José L.: «Artículo 71. La dimensión actual de las prerrogativas parlamentarias», en ALZAGA, Ó. (dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid: Cortes Generales, 1998, vol. VI, p. 355 (citados en DUQUE VILLANUEVA, Juan C. y DÍAZ-MAROTO, Julio: «La vigencia de la ley penal y la inmunidad parlamentaria», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 13, 2005, p. 56).

¹¹ GÓMEZ COLOMER y ESPARZA: *op. cit.*, p. 124.

del Tribunal Supremo»; en los respectivos Estatutos de Autonomía para los parlamentarios autonómicos y miembros de los Consejos de Gobierno de las comunidades autónomas; y en otras tantas leyes para miembros de las carreras judicial y fiscal, magistrados del Tribunal Constitucional, vocales del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y un largo etcétera que alcanza hasta a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En este trabajo, sin embargo, me ceñiré a los miembros de las Cortes y del Gobierno, así como, eventualmente, a los miembros de las Asambleas Legislativas y Consejos de Gobierno autonómicos.

El aforamiento es una garantía que implica una alteración de las reglas generales de competencia, atribuyendo jurisdicción sobre determinados asuntos penales a otro órgano judicial de orden superior. Al igual que la inviolabilidad y la inmunidad, el aforamiento resulta de obligada aplicación siempre que concurra el presupuesto de hecho que lo activa, como bien dicen la STC 22/1997 y el Auto del TSJ de Andalucía de 20 de enero de 1995. No cabe la renuncia al fuero, por tanto, sino que se debería renunciar al cargo al que el fuero va aparejado, igual que ocurre con la inmunidad.

En la cita anterior al artículo 71.3 CE he añadido el adyacente *penales* porque son sólo a estas causas a las que está limitado el foro del Tribunal Supremo respecto de los miembros de las Cortes y del Gobierno, algo lógico a la vista de que la competencia es de la Sala de lo Penal de dicho tribunal. Por tanto, el *ámbito material* se ciñe exclusivamente a la jurisdicción penal.

Su *ámbito temporal* opera, a diferencia de la inviolabilidad y al igual que en la inmunidad, en tanto el imputado ostenta la condición cuya función se protege, por lo que, por ejemplo, en el caso de los parlamentarios, terminado el mandato cesa el aforamiento, aunque con una excepción.

Fuera del período de su mandato, la competencia de la Sala Segunda 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.¹²

La *finalidad* del aforamiento es «[p]roteger la propia independencia y sosiego, tanto del órgano legislativo como del jurisdiccional, frente a potenciales presiones ex-

¹² ATS (2.ª) de 15 de noviembre de 1990.

ternas o las que pudiese ejercer el propio encausado por razón del cargo político e institucional que desempeña»¹³.

En lo que toca a las comunidades autónomas, todas han establecido en sus respectivos Estatutos de Autonomía un foro (y las prerrogativas de inmunidad e inviolabilidad) paralelo a los que se han creado para los miembros de las Cortes Generales y, en su caso, miembros del Gobierno en la Constitución. En el caso del aforamiento, se asigna la competencia penal a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma para los hechos delictivos presuntamente cometidos por el aforado en el territorio de esa comunidad, correspondiendo el foro a la Sala Segunda del Tribunal Supremo si los hechos se cometieron fuera del territorio de dicha comunidad¹⁴.

EL NACIMIENTO DE LAS PRERROGATIVAS Y EL DERECHO COMPARADO

El nacimiento del constitucionalismo: el surgimiento de las prerrogativas

Como magníficamente expone el profesor Fernández Segado¹⁵, hay consenso en apuntar al nacimiento de la prerrogativa de inviolabilidad en 1689, cuando, tras el triunfo de la Revolución Gloriosa, se depone al último rey de la dinastía Estuardo, Jacobo II, y se instaura el constitucionalismo en Inglaterra con la llegada al poder de la dinastía Orange en la persona de Guillermo III de Inglaterra. El artículo IX del *Bill of Rights* firmado por este rey rezaba: «Que las libertades de expresión, discusión y actuación en el Parlamento no pueden ser juzgadas ni investigadas por otro tribunal que el Parlamento»¹⁶.

Por su parte, en torno a la inmunidad hay dudas, pues algunos autores la consideran nacida ya en la curia medieval¹⁷. No obstante, tal como la conocemos actualmente, la inmunidad nace en la primera Constitución Francesa de 1791, al calor de la

¹³ STC 22/1997, de 11 de febrero, FD 6.

¹⁴ Llama especialmente la atención la *sobreprotección* o el *sobreaforamiento* que se da en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (art. 25.1) al presidente de la Comunidad, cuyas causas competen siempre a la Sala Segunda del Supremo, no a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, regulación más acorde a la que se hace en los demás Estatutos de Autonomía.

¹⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: «La doctrina constitucional sobre las prerrogativas parlamentarias en España», en *Foro. Nueva época*, n.º 14, 2011, pp. 14–19.

¹⁶ «*That the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament.*»

¹⁷ Esta es la postura de FERNÁNDEZ-MIRANDA, Alfonso: «Origen histórico de la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 10, 1986, p. 199.

Revolución francesa, cuyo artículo 8.º de la sección 5.ª del capítulo I del título III establece:

Por hechos criminales, [los representantes de la nación] podrán ser detenidos en flagrante delito o en virtud de una orden de arresto; pero deberá darse aviso, sin más dilación, al Cuerpo legislativo; y la persecución no podrá continuar hasta que el Cuerpo legislativo no haya decidido que ha lugar a la acusación.¹⁸

El fundamento de tales prerrogativas era claro: proteger a los representantes de la nación de injerencias del poder regio, que ostentaba el Poder Ejecutivo y seguía pudiendo nombrar, en la mayoría de los casos, a los miembros del gabinete del rey de manera discrecional.

En el caso de España, los jueces no tuvieron un sistema de acceso meritocrático reglado por oposiciones hasta después de la promulgación de la Constitución de 1869, que fue también la primera en prever una Ley Orgánica de Tribunales que regulara la organización y el funcionamiento de éstos. Tal Ley Orgánica se aprobaría en 1870 con el nombre de Ley *Provisional* sobre Organización del Poder Judicial y, a pesar de su título, estaría vigente hasta 1985, cuando se aprueba la actual Ley Orgánica del Poder Judicial, duración que probablemente se debió a que aquella era «una ley excelente y rigurosamente fiel a la idea de un Poder Judicial bien organizado, independiente, técnico, responsable y dedicado de forma exclusiva y excluyente al ejercicio de su función»¹⁹. Hasta 1870, por tanto, los jueces siguieron siendo nombrados en la mayoría de las veces por el propio Rey oído el Consejo de Estado, sin constituir un auténtico poder del Estado, lo que hacía sufrir sobremanera la independencia que —ya entonces— se presuponía a los órganos judiciales.

El tratamiento del Poder Judicial como tercer poder del Estado fue dubitativo en nuestro país, acogiendo las sucesivas constituciones decimonónicas diferentes rúbricas en los títulos para evitar hablar de un *Poder Judicial*, no queriendo en muchas ocasiones los representantes de la nación equiparar la función jurisdiccional con la que correspondía al cuerpo legislativo o al Rey. Así, la Constitución de 1812 rubricaba su título V con el nombre «De los Tribunales y de la Administración de Justicia», mientras las de 1845 y 1876 sólo decían «De la Administración de Justicia». Por su parte, las Constituciones de 1837 y 1869, hablaban «Del Poder Judicial», si bien, como dijo el

¹⁸ «Ils [les représentants de la Nation] pourront, pour faits criminels, être saisis en flagrant délit, ou en vertu d'un mandat d'arrêt; mais il en sera donné avis, sans délai, au Corps législatif; et la poursuite ne pourra être continuée qu'après que le Corps législatif aura décidé qu'il y a lieu à accusation.»

¹⁹ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de Historia del Derecho Español*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 526.

diputado Salustiano Olózaga en relación con la primera, «propiamente hablando, si a la palabra *poder* le damos toda la extensión que tiene en política, la magistratura no formará poder; y será un abuso, aunque muy generalmente admitido, llamarle Poder Judicial»²⁰. Manifestaba esto debido a que no había cambios significativos en relación con la Constitución de 1812, que apenas requería para la suspensión por el Rey de un juez que aquél recibiese quejas de dicho juez y que, formado el expediente, si la causa *pareciese* fundada, *oyera* al Consejo de Estado antes de decidir. La Constitución de la República de 1931 se limitaba al título «De la Justicia», igual que luego lo haría la franquista Ley Orgánica del Estado de 1967.

Además, siendo el Rey quien ostentaba el Poder Ejecutivo, también estaba subordinada a su autoridad la policía, por lo que la existencia de las prerrogativas era, al menos en España, una cuestión de primera necesidad para garantizar el correcto funcionamiento del cuerpo legislativo.

La extensión del Estado liberal y del constitucionalismo —que no parlamentarismo, pues el Rey seguía nombrando, como he dicho, a sus ministros discrecionalmente sin atender a mayorías parlamentarias— fue un constante tira y afloja, por lo que toda precaución era poca ante continuos golpes de Estado y *palos en la rueda* puestos por las monarquías que se resignaban a perder poder. Proteger el correcto funcionamiento de las Cámaras legislativas asegurando su absoluta independencia del Poder Ejecutivo era el objetivo fundamental de las prerrogativas en el momento de su nacimiento.

Como con poco esfuerzo se puede inferir, la situación ha cambiado lo suficiente más de un siglo después como para que estemos en condición de revisar si existen fundamentos para su mantenimiento en nuestro orden constitucional, máxime cuando tales prerrogativas pueden afectar negativamente a los derechos fundamentales de terceros, como explicaré más adelante.

Las prerrogativas en el Derecho comparado

En materia de Derecho comparado, simplemente mencionaré cómo es la regulación de las prerrogativas en diferentes ordenamientos nacionales de nuestro entorno socioeconómico y/o geográfico, sin entrar en detalle, pues no es éste un artículo dedicado a la regulación en el Derecho comparado de tales prerrogativas, sino exclusivamente en el Derecho español.

²⁰ APARICIO, Miguel Á.: *El status del poder judicial en el constitucionalismo español (1808–1936)*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1995, p. 65. Según el autor, figura la cita en el Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, n.º 181, de 26 de abril de 1837, pp. 3008–3013.

(A) *Francia*. Como he dicho, fue el primer país que incluyó la inmunidad como la conocemos en su Constitución. En la actual Constitución de 3 de junio de 1958, la inmunidad parlamentaria se encuentra regulada en el artículo 26, junto con la inviolabilidad:

Ningún miembro del Parlamento puede ser perseguido, investigado, arrestado, detenido o juzgado por sus opiniones y votos emitidos en el ejercicio de sus funciones.

Ningún miembro del Parlamento puede ser objeto, en materia criminal o correccional, de arresto o de cualquier otra medida privativa o restrictiva de la libertad salvo con la autorización de la mesa de la Cámara de la que forma parte. Esta autorización no será necesaria en caso de crimen o delito flagrante o de condena definitiva.

La detención, las medidas privativas o restrictivas de la libertad o la persecución de un miembro del Parlamento quedarán suspensas por el tiempo que dure la sesión si la Cámara de la que forma parte lo requiere.

La Cámara interesada se reunirá de pleno derecho en sesiones suplementarias para permitir, en caso necesario, la aplicación del párrafo anterior.²¹

En el caso francés, el llamado *supplicatorio* del Derecho español para proceder a investigar a un parlamentario debe ser autorizado sólo por la mesa de la Cámara a la que pertenezca aquél, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, donde, tras un análisis por la Comisión del Estatuto de los Diputados, en el caso del Congreso, y de la Comisión de Supplicatorios, en el caso del Senado, la votación y decisión final corresponde al pleno de la respectiva Cámara.

Por último, no hay previsión constitucional alguna de foro especial para los parlamentarios franceses.

(B) *Alemania*. La inviolabilidad e inmunidad parlamentarias («*Indemnität und Immunität der Abgeordneten*») se garantizan en el artículo 46 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, según el cual:

²¹ «Aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions. Aucun membre du Parlement ne peut faire l'objet, en matière criminelle ou correctionnelle, d'une arrestation ou de toute autre mesure privative ou restrictive de liberté qu'avec l'autorisation du bureau de l'assemblée dont il fait partie. Cette autorisation n'est pas requise en cas de crime ou délit flagrant ou de condamnation définitive.

La détention, les mesures privatives ou restrictives de liberté ou la poursuite d'un membre du Parlement sont suspendues pour la durée de la session si l'assemblée dont il fait partie le requiert.

L'assemblée intéressée est réunie de plein droit pour des séances supplémentaires pour permettre, le cas échéant, l'application de l'alinéa ci-dessus.»

- (1) Los diputados no podrán en ningún momento ser sometidos a un procedimiento judicial o disciplinario ni responsabilizados de otra forma fuera de la Dieta Federal a causa de su voto o de una declaración que hicieran en dicha Cámara o en una de sus comisiones. Esto no rige para las ofensas calumniosas.
- (2) A causa de actos sujetos a sanción penal, un diputado puede ser responsabilizado o detenido sólo con la autorización de la Dieta Federal, a no ser que sea detenido en delito flagrante o durante el día siguiente de haber cometido el acto.
- (3) La autorización de la Dieta Federal es necesaria igualmente para toda otra restricción de la libertad personal de un diputado o para iniciar contra un diputado el procedimiento previsto en el artículo 18.
- (4) Todo proceso penal y todo procedimiento según el artículo 18 iniciado contra un diputado, toda detención y toda otra limitación de la libertad personal, deberán ser suspendidos a solicitud de la Dieta Federal.²²

En Alemania, las prerrogativas parlamentarias citadas son en referencia a la Cámara baja o Dieta Federal (*Bundestag*), debido a que la Cámara alta o Consejo Federal (*Bundesrat*) está compuesto por miembros de los gobiernos de los estados federados, que los designan y cesan, y cuyas prerrogativas se reconocen en la constitución de cada estado federado. La inviolabilidad reconocida en el párrafo 1.º es similar a la que rige en España y en Francia, con la excepción de las ofensas calumniosas, seguramente para evitar que, usando la inviolabilidad como escudo, los parlamentarios puedan dedicarse a la crítica por medio del insulto y los ciudadanos tengan que presenciar episodios tan deplorables en política como los recientes insultos proferidos por miembros del Grupo Parlamentario Socialista en la Asamblea de Madrid al presidente de la Comunidad. El artículo 18 de la Ley Fundamental permite al Tribunal Constitucional Federal retirar a un sujeto determinado las libertades de prensa, de enseñanza, de reunión y de asociación, así como el derecho al secreto de las comunicaciones, el de propiedad y el de asilo, si tal sujeto, con el objetivo de combatir el régimen funda-

²² «(1) Ein Abgeordneter darf zu keiner Zeit wegen seiner Abstimmung oder wegen einer Äußerung, die er im Bundestage oder in einem seiner Ausschüsse getan hat, gerichtlich oder dienstlich verfolgt oder sonst außerhalb des Bundestages zur Verantwortung gezogen werden. Dies gilt nicht für verleumderische Beleidigungen.

(2) Wegen einer mit Strafe bedrohten Handlung darf ein Abgeordneter nur mit Genehmigung des Bundestages zur Verantwortung gezogen oder verhaftet werden, es sei denn, dass er bei Begehung der Tat oder im Laufe des folgenden Tages festgenommen wird.

(3) Die Genehmigung des Bundestages ist ferner bei jeder anderen Beschränkung der persönlichen Freiheit eines Abgeordneten oder zur Einleitung eines Verfahrens gegen einen Abgeordneten gemäß Artikel 18 erforderlich.

(4) Jedes Strafverfahren und jedes Verfahren gemäß Artikel 18 gegen einen Abgeordneten, jede Haft und jede sonstige Beschränkung seiner persönlichen Freiheit sind auf Verlangen des Bundestages auszusetzen.»

mental de libertad y democracia, haya abusado de la libertad de expresión de opinión, particularmente a través de tales derechos y libertades antes citados. Aun en estos casos extremos, se requiere la autorización de la Dieta.

Según el artículo 60, párrafo 4, de la Ley Fundamental, los párrafos 2 a 4 del citado artículo 46 también son aplicables al presidente de la república.

Igual que en el caso francés, no hay previsión de aforamiento para los miembros de la Dieta Federal, aunque sí para el presidente de la república, siendo competente el Tribunal Constitucional Federal, que puede, si observa comisión de violación dolosa de la Ley Fundamental o de cualquier otra ley federal, privarlo del cargo e inhabilitarlo para ejercerlo posteriormente. La promoción de esta acción ante el Tribunal Constitucional Federal corresponde a la Dieta Federal o al Consejo Federal, bastando con que la promuevan una cuarta parte de los miembros de una de ambas Cámaras, pero requiriendo para la aprobación de la moción de enjuiciamiento el voto de dos tercios de la Cámara en cuestión.

(C) *Portugal*. La Constitución Portuguesa también reconoce la inviolabilidad e inmunidad de los miembros de la Asamblea de la República en su artículo 157:

1. Los Diputados no responden civil, penal o disciplinariamente por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de sus funciones.
2. Los Diputados no pueden ser llamados a declarar como imputados ni ser acusados sin autorización de la Asamblea, siendo obligatoria la decisión de autorización, en el segundo caso, cuando haya fuertes indicios de comisión de un delito doloso a que corresponda pena de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años.
3. Ningún Diputado puede ser detenido o preso sin autorización de la Asamblea, salvo por delito doloso a que corresponda la pena de prisión referida en el número anterior y en flagrante delito.
4. Iniciado proceso penal contra algún Diputado, y acusado éste definitivamente, la Asamblea decidirá si el Diputado debe ser suspendido para dar continuidad al proceso, siendo obligatoria la decisión de suspensión cuando se trate de delito del tipo referido en los números anteriores.²³

²³ «1. Os Deputados não respondem civil, criminal ou disciplinarmente pelos votos e opiniões que emitirem no exercício das suas funções.

2. Os Deputados não podem ser ouvidos como declarantes nem como arguidos sem autorização da Assembleia, sendo obrigatória a decisão de autorização, no segundo caso, quando houver fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos.

La curiosidad aquí es que el diputado puede ser detenido cuando haya «fuertes indicios de práctica de crimen doloso a que corresponda pena de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años» sin autorización de la Asamblea. Iniciado un proceso penal o acusado definitivamente el diputado, la Asamblea decidirá si éste debe ser suspendido para que el proceso siga adelante, siendo obligatoria la autorización cuando se trate de un delito con las características ya señaladas.

En cuanto a aforamientos, sólo existe uno previsto para el presidente de la república por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones y que va ligado a su inmunidad. En tal caso, la iniciativa del proceso corresponde a la Asamblea de la República, a propuesta de una quinta parte de sus diputados y con voto favorable final de dos tercios de los mismos, y el órgano competente es el Supremo Tribunal de Justicia. Por delitos ajenos a sus funciones, el presidente puede ser perseguido y responderá ante los jueces ordinarios una vez finalizado su mandato.

(D) *Italia*. La inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias se recogen en el artículo 68 de la Constitución Italiana, a cuyo tenor:

Los miembros del Parlamento no podrán ser perseguidos por las opiniones que expresen ni por los votos que emitan durante el ejercicio de sus funciones.

Ningún miembro del Parlamento podrá ser sometido sin autorización de la Cámara a la que pertenezca a registro personal o domiciliario, ni podrá ser arrestado o privado de su libertad personal, ni mantenido detenido, salvo que se ejecute una sentencia firme de condena, o bien que sea cogido en flagrante delito.

La misma autorización será necesaria para someter a los miembros del Parlamento a interceptaciones, fuere cual fuere su modalidad, de conversaciones o comunicaciones así como para proceder a la incautación de correspondencia.²⁴

3. *Nenhum Deputado pode ser detido ou preso sem autorização da Assembleia, salvo por crime doloso a que corresponda a pena de prisão referida no número anterior e em flagrante delito.*

4. *Movido procedimento criminal contra algum Deputado, e acusado este definitivamente, a Assembleia decidirá se o Deputado deve ou não ser suspenso para efeito de seguimento do processo, sendo obrigatória a decisão de suspensão quando se trate de crime do tipo referido nos números anteriores.»*

²⁴ *«I membri del Parlamento non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni.*

Senza autorizzazione della Camera alla quale appartiene, nessun membro del Parlamento può essere sottoposto a perquisizione personale o domiciliare, né può essere arrestato o altrimenti privato della libertà personale, o mantenuto in detenzione, salvo che in esecuzione di una sentenza irrevocabile di condanna, ovvero se sia colto nell'atto di commettere un delitto per il quale è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza.

Analoga autorizzazione è richiesta per sottoporre i membri del Parlamento ad intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni e a sequestro di corrispondenza.»

Se establece también la irresponsabilidad, con mejor atino conceptual que la Constitución Española, del presidente de la república por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, salvo por alta traición o violación de la Constitución (artículo 90). En tales casos, será acusado por el Parlamento en sesión conjunta por mayoría absoluta de sus miembros. Digo que tiene más acierto que la Constitución Española porque ésta habla, en el caso de la figura del Rey, de persona inviolable no sujeta a responsabilidad, estableciendo seguidamente el régimen de refrendos de los actos del rey. Sólo tiene sentido —a mi juicio— mencionar la inviolabilidad cuando acto seguido se habla de irresponsabilidad si por inviolable se refiere la Constitución a irresponsable penalmente. Tal conclusión es obligada debido a que en lo referente a los refrendos, se hace mención directa al artículo 64, que prevé el refrendo del presidente del Gobierno y, en su caso, por los ministros «*competentes*», y esa competencia remite necesariamente a actos del rey en el ejercicio de las funciones constitucionales a él atribuidas. Por tanto, tal inviolabilidad es, como señalan Gómez Colomer y Esparza, «un grave error conceptual»²⁵ porque el término correcto es el de irresponsabilidad (penal, si se quiere).

En cuanto a fuero, no se establece ninguno para los parlamentarios y la Constitución se encarga expresamente de decir que los miembros del Consejo de Ministros, aún tras haber cesado, son responsables ante la jurisdicción ordinaria por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, previa autorización de la Cámara de los Diputados o del Senado de la República, según la ley. *A fortiori*, también serán juzgados por los tribunales ordinarios el presidente del Consejo y sus ministros por los delitos cometidos y *no* relacionados con el ejercicio de sus funciones.

Como vemos, en el Derecho europeo continental, la inmunidad está muy extendida, con diferentes connotaciones y matices, y el aforamiento es algo absolutamente residual, sólo previsto en los casos estudiados para los jefes de Estado de Italia, Alemania y Portugal. García López entiende que en los Derechos constitucionales francés e italiano «la inmunidad tiene por objeto proteger al representante frente a cualquier forma de arresto, detención —salvo que medie flagrante delito— o encausamiento judicial que, privándole de su libertad de movimiento, le impidan acudir a las sesiones del Parlamento»²⁶. Defiende este autor que la inmunidad en Derecho español es un «epígono que empieza donde termina la inviolabilidad»²⁷, lo que la hace diferente de la

²⁵ GÓMEZ COLOMER y ESPARZA: *op. cit.*, p. 70.

²⁶ GARCÍA LÓPEZ: *op. cit.*, p. 71.

²⁷ *Ibidem*, p. 72.

inmunidad en los ordenamientos francés e italiano, en el que el eje sobre el que gira esta prerrogativa es la libertad de movimiento del inmune. García López considera que, puesto que la actividad parlamentaria ya no se ciñe a las opiniones manifestadas en las Cámaras, la inmunidad se concibe en España como una protección similar a la inviolabilidad pero extendida más allá de los límites espaciales de las Cortes.

Coincido con el autor en que la inmunidad es un epígono de la inviolabilidad, pero no porque no gire en torno a la libertad del inmune, como dice él, pues sí lo hace en sus dos vertientes. Su diagnóstico es perfecto, aunque los argumentos pueden llegar a ser en cierto modo contradictorios.

[L]a inviolabilidad dispensa al parlamentario una protección de fondo, que necesariamente habrá de traducirse en una ruptura de la Constitución, [mientras que] en el caso de la inmunidad se trata más bien de una garantía formal de tipo procesal, capaz de congelar, *de retardar en el tiempo*, la eficacia de ciertos preceptos constitucionales, *pero no de quebrantarlos*.²⁸

No creo que la afirmación sea acertada. La inviolabilidad supone, según diferentes corrientes doctrinales, una causa de justificación —elimina la propia antijuridicidad del hecho—, una causa de exclusión de la pena —elimina la punibilidad del hecho, a pesar de que sigue siendo antijurídico e imputable a un sujeto responsable de sus actos—, una causa de inimputabilidad o exculpación —excluye la propia imputación personal del hecho a su autor— o, defendido por corriente absolutamente minoritaria, un obstáculo procedimental de carácter procesal puramente²⁹. Excluyendo esta posición residual, lo mínimo que supone la inviolabilidad para la doctrina es la exclusión de la punibilidad de un hecho que permanece antijurídico e imputable subjetivamente al autor. La inmunidad, por su parte, supone retrasar la posibilidad de persecución penal y, en caso de denegación del suplicatorio, supone como mínimo una exclusión de la culpabilidad o imputación personal, pues se produce el archivo de la causa por auto de sobreseimiento libre (artículo 7.º de la Ley de 9 de febrero de 1912). Tal exculpación es obligada, desde mi punto de vista, en tanto el auto de sobreseimiento libre sólo procede al final de la fase instructora cuando no existen indicios racionales de que el hecho haya ocurrido, el hecho haya ocurrido pero no sea constitutivo de delito o el sujeto aparezca *exento de responsabilidad penal* (artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —LECrim en adelante—). Es decir, ante un hecho del que haya indicios sufi-

²⁸ *Ibidem* (cursiva añadida). Sobre ese quebranto de la obligación de responder penalmente ya me he referido *supra* al analizar los conceptos inviolabilidad e inmunidad.

²⁹ GÓMEZ COLOMER y ESPARZA: *op. cit.*, pp. 121–123.

cientes de responsabilidad criminal para iniciar un proceso penal e imputar a un inmune, a la luz de la LECrim, ante la ausencia de concesión del suplicatorio, el auto de sobreseimiento libre al que obliga la Ley de 1912 —posterior a la LECrim— declara al sujeto exento de responsabilidad penal (inimputable) con efectos de cosa juzgada material. Esto es más que esa ausencia de punibilidad que la doctrina entiende que, como mínimo, supone la inviolabilidad. Aunque el momento procesal en el que deba procederse a la determinación de esa causa de exculpación que es la ausencia de autorización de las Cámaras sea el inicio de la fase oral, los llamados artículos de previo pronunciamiento (artículos 666.5.^a y 755 LECrim), la configuración legal de la denegación no nos permite hablar de un simple obstáculo procesal, pues los artículos 7.^o de la Ley de 1912 y 677-II LECrim hablan de sobreseimiento libre y éste sólo procede, en caso de que haya indicios de que el hecho haya ocurrido y que sea constitutivo de delito, si el inmune aparece exento de responsabilidad penal.

Ésta es la razón por la que la inmunidad es un epígono de la inviolabilidad: en determinados casos —los de denegación de suplicatorio—, supone una verdadera exención de responsabilidad ex artículos 637.3.^o y 666.5.^o LECrim y 7.^o de la Ley de 1912 y un auténtico quebranto de la eficacia de los preceptos constitucionales, siempre con el ulterior y eventual control del Tribunal Constitucional, al igual que con la inviolabilidad. La cita de García López a Barthélemy y Duez («*l'inviolabilité [sc. inmunidad] concerne la procédure, l'irresponsabilité [sc. inviolabilidad] touche au fond*»³⁰) sólo es válida en los casos en que el suplicatorio es concedido. En caso de denegación, la protección de la inmunidad es una protección de fondo que se asemeja mucho más, como él mismo dice, a la inviolabilidad. Coincido, por tanto, con su diagnóstico, mas no con las razones en que lo apoya: la inmunidad en el Derecho español sí gira en torno a la libertad de movimiento de los parlamentarios, pero opera en ocasiones como causa de inimputabilidad, cualidad que sólo parte de la doctrina reputa a la inviolabilidad.

CONFLICTO CON EL DERECHO A LA IGUALDAD. ¿PRIVILEGIOS O PRERROGATIVAS?

Muchos han sido los casos en los que el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre las prerrogativas parlamentarias. En todos ellos, el Tribunal ha entendido que éstas tienen su sentido y que es posible una excepción al principio de igualdad en su aplicación más estricta por razón de las funciones parlamentarias que se ejercen.

³⁰ BARTHÉLEMY, Joseph y DUEZ, Paul: *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1933, *apud* GARCÍA LÓPEZ: *loc. cit.*

Estas dos prerrogativas [sc. inmunidad e inviolabilidad]...encuentran su fundamento en el objetivo común de garantizar la *libertad e independencia de la institución parlamentaria*...Al servicio de este objetivo se confieren los privilegios, no como derechos personales, sino como derechos reflejos de los que goza el parlamentario en su condición de miembro de la Cámara legislativa y que sólo se justifican en cuanto son condición de posibilidad del funcionamiento eficaz y libre de la institución —ATC 526/1986— y que, en la medida en que son privilegios obstaculizadores del derecho fundamental citado, sólo consiente una interpretación estricta —STC 51/1985—, tanto en el sentido lógico de sujeción a los límites objetivos que les impone la Constitución, como en el teleológico de razonable proporcionalidad al fin al que responden, debiendo rechazarse en consecuencia, todo criterio hermenéutico permisivo de una utilización injustificada de los privilegios, que conduzca a un resultado de privación, constitucionalmente ilícita, de la vía procesal pertinente prevista en la Ley.³¹

Una cuestión verdaderamente relevante en la realidad, aunque no suponga alteración alguna en su configuración teórica, se suscita cuando el Constitucional define la inmunidad y la inviolabilidad no como privilegios, sino como prerrogativas. Y es que, en mi opinión, tal definición supone una cortina terminológica con la que el Constitucional pretende hacernos ver a través de artificios semánticos que los parlamentarios no disponen de privilegios, porque no les son atribuibles *ratione personæ*, sino *ratione officii*³². El hecho de que una prerrogativa se otorgue por razón del cargo en vez de por razón de la persona no obsta para que se la siga considerando un privilegio, dado que los privilegios no tienen por qué ser otorgados exclusivamente por razón de la persona. Negar que sea un privilegio es, en mi opinión, querer vestir a los parlamentarios de plebeyos, cuando todo el pueblo los ve como hidalgos. Es más, el propio Constitucional definió la inviolabilidad en la STC 30/1997, de 24 de febrero, FD 5 —esto es, 13 días después de decir que «las prerrogativas parlamentarias no se confunden con el privilegio» en la citada STC 22/1997— como 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» (SSTC 36/1981 y 243/1988).*³³

³¹ STC 243/1988, de 19 de diciembre, FD 3 A (cursiva mía). Idéntica manifestación en la STC 9/1990, de 18 de enero.

³² SSTC 206/1992, de 27 de noviembre, y 22/1997, de 11 de febrero.

³³ Cursiva añadida.

En el párrafo anterior de dicha sentencia, se define la inmunidad como un *privilegio* de naturaleza formal.

Así las cosas, hablar de prerrogativa en vez de privilegio carece de sentido jurídico, salvo por el hecho de que el privilegio no es otorgado por ser el parlamentario de cuna ilustre, sino por alcanzar determinado cargo público, cuestión que, por otra parte, ocurre también con el privilegio de la irresponsabilidad penal del Rey, que se otorga por razón del cargo de jefe del Estado, no *ratione personæ*, ya que no disfruta de aquél el heredero de la Corona cuando es Príncipe de Asturias, sino cuando accede a la condición de Rey, y nadie negará que carecer de responsabilidad penal no sea un privilegio. «No vale la pena discutir sobre si es una prerrogativa, un privilegio o una garantía, porque poco ayuda esta discusión a clarificar la institución [de la inviolabilidad] en la época actual»³⁴.

Matizada dicha explicación del Constitucional —explicación que no puedo considerar jurisprudencia por ser contradictoria con lo que el propio Tribunal dice en otras resoluciones—, analicemos ahora la justificación que da para la existencia de los privilegios de la inviolabilidad y de la inmunidad (dejaremos el aforamiento para más adelante). Sirven «para garantizar la libertad e independencia de la institución parlamentaria»³⁵. Los ordenamientos de los Estados de Europa continental que hemos analizado también prevén estas prerrogativas parlamentarias en sus respectivas Constituciones, mas ello no nos debe llevar a aceptar la máxima de que el normal funcionamiento —la «libertad e independencia»— del Poder Legislativo sólo puede lograrse a través del establecimiento de estas prerrogativas. Vayamos por partes.

En lo tocante a la *inmunidad*, el objetivo que fomentó su creación en los primeros ordenamientos liberales era evitar que, por medio de cualquier denuncia o querrela falsa o malintencionada, los parlamentarios fueran detenidos, privados de su libertad y de la posibilidad de ejercer su derecho a manifestar su opinión y a votar en la Cámara de la que formaba parte. Esto era así porque tanto la policía como los jueces eran controlados, aún en los primeros años de establecimiento y extensión del liberalismo político, por el monarca, que era la expresión de la voluntad divina hecha carne, por lo que la impartición de justicia le correspondía, dictase lo que dictase, pues la divinidad no puede fallar. De ahí que la independencia de los miembros del Poder Judicial fuera uno de los principales caballos de batalla de los primeros liberales. Conseguida la in-

³⁴ GÓMEZ COLOMER y ESPARZA: *op. cit.*, p. 67. Esta cita va referida a la inviolabilidad, pero realmente valdría para cualquiera de las tres prerrogativas que se establecen en el artículo 71 CE.

³⁵ STC 9/1990, de 18 de enero, FD 3 A.

dependencia (creada la figura del juez natural predeterminado por la ley) y siendo éste el origen de la inmunidad, hemos de extraer las mismas conclusiones que extrae Fernández-Viagas:

Éste es el origen de la inmunidad, y lo que la convierte en inservible en los tiempos actuales, porque en los modernos Estados de Derecho la eventualidad de que la vía penal sea utilizada para perturbar el funcionamiento de las Cámaras resulta, cuando menos, extraña. Y si ocurriese, nos encontraríamos ante un supuesto de acusación o denuncia falsa, perfectamente tipificado en nuestro Código Penal, cuya apreciación debe corresponder en primer lugar a los propios Tribunales de Justicia.³⁶

La inmunidad constituye una falsa protección de la función pública, que en la realidad práctica ha supuesto una protección personal a quienes ostentan los cargos protegidos por dicho privilegio. Su fundamento no justifica una ruptura del derecho a la igualdad, tanto en su vertiente procesal como material, debido a que dicho fundamento ha desaparecido con la evolución del Estado de Derecho, siendo un remanente de ordenamientos decimonónicos. La única excepción, desde mi punto de vista, para mantener la inmunidad viva debe ser el caso del presidente del Gobierno, cuya función constitucional, legitimidad democrática³⁷ y el hecho de que sea un órgano unipersonal cuya sustitución por mecanismos no electorales es ciertamente traumática para el funcionamiento democrático³⁸ hacen aconsejable protegerlo de eventuales querellas políticas que lo impidan ejercer sus funciones de manera especial.

La inviolabilidad de los inicios del constitucionalismo pretendía atribuir a las asambleas de representantes de la nación parte del viejo axioma absolutista «el Rey no yerra» («*the King cannot do wrong*»)³⁹, puesto que su legitimidad le viene de origen

³⁶ FERNÁNDEZ-VIAGAS: *El juez natural de los parlamentarios*, op. cit., p. 36.

³⁷ Considero que, sociológicamente y desde un punto de vista de percepción ciudadana, a pesar de que nuestro sistema de gobierno sea parlamentarista, el hecho de conocer de antemano quién sería el elegido por el futuro grupo parlamentario para ser propuesto al Congreso como presidente del Gobierno hacen que la legitimidad de esta figura no sea tan indirecta como en la teoría se le otorga. Nadie que no se ampare en argumentos puramente jurídicos y formalistas diría que al presidente del Gobierno no lo eligen los ciudadanos, sino el Congreso.

³⁸ Las funciones del presidente del Gobierno son asumidas por los vicepresidentes según su orden de prelación y, en su defecto, por los ministros según el orden de antigüedad de los ministerios (artículo 13 de la Ley del Gobierno), y todas estas personas son elegidas por el propio presidente del Gobierno (artículo 100 CE), por lo que tienen una legitimidad democrática sobremanera derivada. En caso de que el presidente estuviera inmerso en algún supuesto que justificase su procesamiento, desde su posible dimisión o remoción hasta la elección de un nuevo presidente por el Congreso es posible que tal función la ocupara un vicepresidente que, por ejemplo, no hubiera concurrido a las elecciones.

³⁹ BARTHÉLEMY y DUEZ: op. cit., p. 569, apud GARCÍA LÓPEZ: op. cit., p. 32 y FERNÁNDEZ SEGADO: op. cit., p. 16.

divino. Tal fundamento tampoco nos vale ya a nuestro ordenamiento, pues el fundamento de que la soberanía resida en *el pueblo* no es el origen divino de la legitimidad, sino la regla básica fundamental de que todos los hombres nacen libres e iguales y que a partir de esa igualdad y de las tristes condiciones del vivir en condiciones de naturaleza, los hombres acuerdan poner en común su fuerza y someterse a esa entidad que aglomerará la fuerza de todos ellos. No puedo, por conocida que sea la teoría del contrato social, no referir aquí las palabras de Rousseau:

Este acto produce inmediatamente, en vez de la persona particular de cada contratante, un cuerpo moral y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, la cual recibe de este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad. Esta persona pública que aquí se forma, por la unión de todos los demás, tomaba en otro tiempo el nombre de Ciudad y toma ahora el de República o de cuerpo político, que es llamado por sus miembros Estado, cuando es pasivo; Soberano, cuando es activo...Respecto a los asociados, toman colectivamente el nombre de Pueblo, y se llaman en particular ciudadanos, en cuanto son participantes de la autoridad soberana, y súbditos, en cuanto sometidos a las leyes del Estado.⁴⁰

O de manera menos poética, como diría Hobbes, es como si cada hombre dijera autorizo y abandono el derecho a gobernarme a mí mismo, a este hombre, o a esta asamblea de hombres, con la condición de que tú abandones tu derecho a ello y autorices todas sus acciones de manera semejante. Hecho esto, la multitud así unida en una persona se llama República, en latín *Civitas*⁴¹.

Dicho lo cual hemos necesariamente de reformular el fundamento de la prerrogativa de inviolabilidad y mantenerla vigente en tanto sirva a la protección de la actividad parlamentaria, sin extenderla en ningún caso a posibles delitos contra el honor, ni siquiera en los que el honor afectado es el de otra persona inviolable o cargo público.

Es perfectamente asumible la configuración más restringida que establece el artículo 46 de la Ley Fundamental de Bonn, además de mucho más precisa que la prescripción que establece el artículo 16 RCD —artículo que, por cierto, no encuentra su equivalente en el RS—, que sólo establece que los diputados deben «adecuar su conducta al Reglamento», así como «respetar el orden, la cortesía y la disciplina parlamentarias». Siendo así, sería más frecuente de lo que pensamos ver cómo determina-

⁴⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques: *El contrato social*. Italia: Ciro, 2011, pp. 27 y 28.

⁴¹ HOBBS, Thomas: *Leviatán*. Buenos Aires: Losada, 2004, p. 166.

dos parlamentarios se ven ante un juez instructor por verter acusaciones injuriosas o calumniosas contra otros parlamentarios. Naturalmente, tal limitación de la inviolabilidad también debería permitir que, (debidamente) concedido el suplicatorio por la Cámara para el procesamiento, los particulares también viesen admitidas a trámite las querellas por injurias o calumnias dirigidas contra ellos.

Restringida la inviolabilidad de los parlamentarios en el sentido propuesto, serían posibles querellas por injurias o calumnias de un parlamentario contra otro (previa tramitación del suplicatorio), pues el parlamentario no estaría usando la palabra en el ejercicio de su cargo, lo que tampoco permitiría que se iniciase un proceso penal de oficio *ex artículo 215.1-II del Código penal*, que se reserva la iniciación de oficio «cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos *concernientes al ejercicio de sus cargos*». Es decir, sólo cabría, al igual que en las injurias y calumnias entre particulares, una condena por virtud de querrela del ofendido (artículo 215.1-I del Código penal).

EL AFORAMIENTO, EL DERECHO A LA IGUALDAD Y EL DOBLE GRADO JURISDICCIONAL

Aforamiento y derecho a la igualdad

Como hemos dicho al principio de este trabajo, trataríamos tres puntos: (i) el nacimiento de las prerrogativas y su regulación en el Derecho comparado, (ii) la tensión entre tales prerrogativas y el derecho a la igualdad ante la ley y (iii) el conflicto entre el aforamiento y el derecho al doble grado jurisdiccional en el orden penal. Los dos primeros puntos los hemos tratado, con la excepción del aforamiento, cuyo conflicto con el derecho a la igualdad trataremos de manera conjunta con la tercera problemática, a la que dedicamos este apartado.

La Constitución Española proclama la igualdad de los españoles ante la ley en su artículo 14, así como el derecho fundamental al «Juez ordinario predeterminado por la ley», que, junto con las demás garantías que reconoce el artículo 24.2, sirve a la consecución de «un proceso público...con todas las garantías», como establece ese mismo precepto. Cuestión fundamental aquí es saber qué significa la expresión «Juez ordinario predeterminado por la ley».

La expresión *juez ordinario predeterminado* fue la que sustituyó al *juez natural* del que se hablaba durante los siglos XVIII y XIX, debido a una mayor precisión terminológica. ¿Qué implica el calificativo *natural* aplicado al juez? Mucho más claro era el calificativo *predeterminado*: establecido previamente a los hechos. Los constituyentes

añadirían después el término *ordinario*, probablemente para huir de la lacra del Tribunal de Orden Público franquista o jurisdicciones especiales, cuya parcialidad estaba asegurada en tanto estos jueces *especiales* asumieron por virtud de la disposición final 4.^a de la Ley 154/1963, de 2 de diciembre, sobre creación del Juzgado y Tribunales de Orden Público, las competencias que tenía el Tribunal Especial de Represión de la Masonería y el Comunismo, creado por Ley de 1 de marzo de 1940, a saber, enjuiciar como delito «el pertenecer a la masonería, al comunismo y demás sociedades clandestinas» (artículo 1.^o).

Como bien dice Fernández-Viagas citando a Almagro Nosete, hablar de un juez predeterminado por la ley no es decir nada, pues la ley por sí sola podría determinar lo que fuera. Pero la idea del juez predeterminado conlleva algo más y hace referencia

al Juez auténtico, es decir, aquel Juez cuya imparcialidad está asegurada, dentro de lo humanamente posible, por garantías (independencia, inamovilidad, responsabilidad) establecidas con carácter general, para mantener la exclusiva sumisión del Juez a la Ley en el enjuiciamiento y decisión del caso.⁴²

Es decir, la ley no puede decir lo que quiera, pues el Poder Judicial se configura conforme a unas notas claras fijadas en el artículo 117 CE: independencia, inamovilidad, responsabilidad, sometimiento único a la ley (apartado 1) y unidad jurisdiccional (apartado 5)⁴³. Cualquier órgano judicial debe tener predicada estas notas, por tanto. ¿Ocurre esto en nuestra Justicia?

El nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo, órgano al que corresponde, entre otras cosas, enjuiciar las causas penales contra diputados, senadores y miembros del Gobierno (artículos 71.3 y 102.1 CE), es una competencia del CGPJ según los artículos 107.5 y 560.1.2.^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Como sabemos, los 20 vocales del CGPJ son elegidos de la siguiente forma: Congreso y Senado elegirán, cada uno y por mayoría de tres quintas partes de sus respectivos miembros, a 10 vocales, siendo seis de la carrera judicial y cuatro juristas de reconocido prestigio con más de 15 años de ejercicio profesional ajenos a la carrera judicial (activa). Estos 20 vocales son los que elegirán al presidente del Supremo y del CGPJ y, a propuesta suya, al vicepresidente del Supremo.

⁴² ALMAGRO NOSETE, José, en ALZAGA, Ó. (dir.): *Comentario a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*. Madrid: Revista de Derecho Público, 1983–1988, vol. III, p. 44 (citado en FERNÁNDEZ-VIAGAS: *op. cit.*, p. 54).

⁴³ FERNÁNDEZ-VIAGAS: *loc. cit.*

Como se ve, el órgano de gobierno de los jueces y magistrados está compuesto de personas elegidas por las Cortes, y a él corresponde el nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo, que será la sede en la que, a la postre, se enjuiciarán los delitos en que se vean inmersos los miembros de las Cortes y del Gobierno. Flaco favor hacen la Constitución y la LOPJ para garantizar la independencia de los magistrados del Alto Tribunal, ese caballo de batalla por el que tanto lucharon los primeros liberales.

La justificación del aforamiento reside en «proteger la independencia del órgano [legislativo] y el ejercicio de las funciones del cargo constitucionalmente relevantes», así como evitar «que el Juzgador se sienta cohibido por el peso institucional de la representación popular o abrumado por la trascendencia de su decisión en la composición de la Cámara»⁴⁴. Sin embargo, es factible pensar que, dado que el sistema de nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo y de ascensos, promoción y provisión de destinos (artículos 110.2.a y 560.1.1.^a y 2.^a LOPJ) corresponden al politizado CGPJ —cuya composición ya hemos puesto en entredicho—, los atributos de independencia y sometimiento único a la ley (artículo 117.1 CE) se ven garantizados más fácilmente, en mi opinión, en los jueces y magistrados de la base de la pirámide judicial que en los de su cúspide.

Desde el nacimiento del Estado liberal, profundos cambios se han producido en las sociedades que adoptaron tal modelo, que hacen replantearnos incluso principios básicos de los sistemas políticos y jurídicos: la separación de poderes, la ley como expresión de la voluntad general y de la racionalidad, la prohibición de mandato imperativo, la rendición de cuentas (*accountability*), etc. En tal contexto, sería plausible que el legislador se preguntara qué instituciones jurídicas siguen cumpliendo una función digna de protección y cuáles han degenerado. En mi opinión, el aforamiento ya no cumple la función de aseguramiento de la independencia del Poder Legislativo y del juzgador en cuestión, pues el remedio es peor que la enfermedad. La presión de los medios de comunicación que sufren los magistrados del Tribunal Supremo puede ser equiparable a la de un juez de instrucción cualquiera —sin demérito de éste— en un caso polémico o atractivo a la opinión pública (véase la que puede ejercerse sobre el Ilmo. Sr. D. Luis Aláez, magistrado titular del Juzgado de Instrucción n.º 7 de Vigo, encargado de la instrucción del caso relativo al accidente del tren Alvia Madrid-Santiago). También la presión ejercida por personas poderosas como políticos o ban-

⁴⁴ STC 22/1997, de 11 de febrero, FD 6.

queros puede darse en múltiples casos que no tienen por ello un foro especial, como por ejemplo el asunto de la venta de preferentes por parte de varias entidades financieras, que ha sido competencia de múltiples Juzgados de Primera Instancia por toda la Península. Por otro lado, no creo que un juzgador se vea tan afectado por que la decisión que deba adoptar según su interpretación desinteresada de la ley pueda modificar la composición de alguna Cámara legislativa. Aquí las garantías de inamovilidad, responsabilidad e independencia sí aseguran que el órgano judicial *a quo* según las normas generales del Derecho procesal tenga una posición idónea para cumplir con su tarea como juez ordinario predeterminado por la ley.

En opinión del propio Tribunal Constitucional, el aforamiento «opera como complemento y cierre —aunque con su propia y específica autonomía— de las [prerrogativas] de la inviolabilidad y la inmunidad, orientadas todas ellas hacia unos mismos objetivos comunes». Siendo así y siendo la finalidad del aforamiento «proteger la independencia del órgano y el ejercicio de las funciones del cargo constitucionalmente relevantes»⁴⁵, coincido con Gómez Colomer y Esparza en que la lógica del sistema derivaría en que el fuero especial fuera una prerrogativa que se aplicara sólo a quienes fueran inviolables e inmunes⁴⁶. Tal postura mantendría en foros especiales a unos 2000 cargos públicos en el país entre parlamentarios del Estado y de las comunidades autónomas y miembros del Gobierno de España y de los Consejos de Gobierno autonómicos. Pero aún nos quedan ¡más de 180 000 aforados! ¿Qué sentido tiene que el aforamiento alcance, al defensor del pueblo nacional y sus adjuntos y a los defensores autonómicos, a los presidentes y consejeros del Tribunal de Cuentas y del Consejo de Estado, a todos los jueces y magistrados ¡e incluso a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad!?

El conflicto del aforamiento con el derecho al doble grado jurisdiccional penal

El problema que abordaré en este epígrafe gira en torno a las posibilidades de recurso de las personas aforadas ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo (a los efectos que nos interesan, parlamentarios del Estado y miembros del Gobierno). Nuestra LECrim no prevé posibilidad alguna de recurso ante sentencias dictadas en primera instancia por la Sala de lo Penal del Supremo. ¿Qué recurso le queda, por ejemplo, a un senador condenado en primera instancia?

⁴⁵ STC 22/1997, de 11 de febrero, FD 6.

⁴⁶ GÓMEZ COLOMER y ESPARZA: *op. cit.*, p. 133.

El derecho al recurso no se reconoce en nuestra Constitución, siendo un derecho, en principio, de configuración legal. Sin embargo, el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1966 establece que «[t]oda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley». Nuevamente podríamos estar ante una disquisición similar a la del juez ordinario predeterminado por la ley: el derecho al recurso penal queda configurado, según este artículo del Pacto, por el ordenamiento procesal de cada Estado que lo haya ratificado. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ya ha afirmado que el artículo 24 CE interpretado, como obliga el artículo 10.2 CE, a la luz del artículo 14.5 PIDCP abarca el derecho a una segunda instancia penal *para los condenados*. Como bien dice Sáiz Arnáiz, en ocasiones el Constitucional ha ubicado el derecho a la doble instancia penal en el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) mientras en otras lo establecía en el derecho al proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE), utilizando ambas sedes indistintamente en las SSTC 64, 65 y 66/2001, todas ellas de 17 de marzo⁴⁷. Mas ha quedado clara en su jurisprudencia que el derecho al recurso es un derecho de configuración legal en todos los órdenes jurisdiccionales y que, en el orden penal, a pesar del silencio de la Constitución, el artículo 14.5 PIDCP es un límite a la libertad del legislador, si bien el PIDCP no sirve por sí mismo para crear recursos en los ordenamientos internos⁴⁸.

El Tribunal Constitucional se enfrenta, por tanto, a dos problemas, cada cual mayor. Primero, decidir si el Derecho procesal español está configurado de modo que no vulnere el artículo 14.5 PIDCP en el caso de los aforados que son condenados en única instancia por el Tribunal Supremo. Segundo, decidir si el Derecho procesal español y las reglas de conexidad vigentes vulneran el derecho a la doble instancia penal de aquellos procesados que ven su causa elevada al Supremo, sin ser ellos aforados, a causa de estar inmerso en el mismo proceso alguna persona aforada ante dicho tribunal.

Aforados condenados en primera instancia por el Tribunal Supremo

⁴⁷ SÁIZ ARNÁIZ, Alejandro: «Aforamiento y doble grado de jurisdicción», en *Parlamento y Constitución*, n.º 5, 2001, p. 78.

⁴⁸ SSTC 42/1982, de 5 de julio, FD 3; 51/1985, de 10 de abril, FD 3; 30/1986, de 20 de febrero, FD 2; y 37/1988, de 3 de marzo, FD 5.

El Tribunal Constitucional ha reiterado que la pérdida de la posibilidad de apelar por parte de quien es aforado ante el Tribunal Supremo es una consecuencia inevitable y que las «particulares garantías que ello comporta compensan la falta del segundo grado jurisdiccional [penal]»⁴⁹. Sin embargo, no es cierto que tal consecuencia sea inevitable, sino una consecuencia de un error de configuración de nuestro Derecho procesal. En varias ocasiones, el Constitucional ha *tirado de las orejas* al legislador por su omisión o displicencia en la regulación de ciertas materias, como por ejemplo en la ausencia de una regulación posconstitucional que actualice la Ley de 9 de febrero de 1912. No obstante, en lo referente a la posibilidad de recurso ante sentencias dictadas en única instancia por la Sala Segunda del Supremo, nada ha dicho.

A mi entender, tal omisión junto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la compensación de la falta de la doble instancia penal con la protección del aforamiento suponen la asunción por parte del Tribunal de que las sentencias del Tribunal Supremo, sea cual sea el proceso, son firmes. Sin embargo, ello no se deduce necesariamente de la aplicación de ninguna regla de razonamiento lógico, sino única y exclusivamente de nuestro Derecho procesal, que no ha previsto el recurso. Ni siquiera nuestro Derecho constitucional cierra la puerta a la apelación de sentencias del Alto Tribunal dictadas en procesos penales contra aforados a la vista de los artículos 71.3 y 102.1 CE.

Mi posición se refuerza con la argumentación que el Tribunal Constitucional hace en sus SSTC 64, 65 y 66/2001. En tales pronunciamientos, el Tribunal, amén de reconocer el valor que en el Derecho interno tiene, por virtud del artículo 10.2 CE, el artículo 14.5 PIDCP, recurre a inferencias y fundamentaciones erróneas para poder afirmar que la regulación de instancia única se impone *a fortiori* en el Derecho constitucional español. En primer lugar, menciona el Protocolo n.º 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas (en adelante, Convenio Europeo de Derechos Humanos o CEDH), en cuyo artículo 2 se establece:

1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley.
2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado

⁴⁹ STC 33/1989, de 13 de febrero, FD 4, y las que allí cita.

en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución.

Traer a colación el Protocolo es, empero, jurídicamente incorrecto en la medida en que no era Derecho vigente en España en la fecha en que se redactan las citadas sentencias, pues el Protocolo sólo fue ratificado por España en Instrumento de 28 de agosto de 2009 (BOE n.º 249 de 15 de octubre), y sólo entonces devino paradigma de interpretación *ex artículo 10.2 CE*, que habla de tratados y acuerdos internacionales *ratificados* por España. A tal conclusión llega también el profesor Sáiz Arnáiz, que añade, además, otras dos incoherencias en la exégesis del Tribunal⁵⁰: 1) decir que ningún Estado contratante del PIDCP ni el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CtDH) —encargado de la vigilancia del cumplimiento del Pacto— se opusieron a las reservas hechas por algunos Estados contratantes y 2) inferir de la letra del artículo 71.3 CE que el constituyente hizo una ponderación de intereses. La argumentación es capciosa. En el primer caso, porque las reservas son habituales incluso en tratados sobre derechos humanos y el no permitir las supondría que muchos Estados ni se plantearan su ratificación, además de que España no realizó reserva alguna y de que el CtDH sí ha declarado nula alguna reserva que vaciaba de contenido al Protocolo para determinadas personas, a pesar de sus limitadas competencias. En el segundo, porque la inferencia no parece sostenerse sobre bases sólidas, ya que tan pronto declara el Tribunal que la literalidad del 71.3 CE no impone la instancia única, considera que debe inferirse que hubo una ponderación de intereses entre el derecho a la doble instancia penal de diputados y senadores y las necesidades de protección e independencia de las instituciones⁵¹. Ponderación de intereses que extrae, al parecer, del hecho de que no haya en el Derecho español una regulación del recurso contra sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Penal del Supremo —como si la Constitución tuviera que interpretarse a la luz de la LECrim y no al revés—. Además, la ponderación «convierte en innecesaria una ulterior valoración expresa de la proporcionalidad de la restricción de este derecho fundamental, en otro caso imprescindible»⁵². Con tal afirmación, el Tribunal se quita la responsabilidad de ponderar entre intereses jurídicos sobre la base de una suposición fundada en muy pocos indicios (si existentes).

⁵⁰ SÁIZ ARNÁIZ: *op. cit.*, pp. 77 y 87.

⁵¹ SSTC 64/2001, FD 5 b, 65/2001, FD 4 b, y 66/2001, FD 4 b.

⁵² *Ibidem*.

A tal argumentación debo añadir matices. En primer término, aunque haya sido ratificado ya por España el Protocolo n.º 7 y ya no nos sirva lo que en su momento dijo Sáiz Arnáiz, teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional sobre derechos fundamentales, sigue siendo aplicable de manera preferente el derecho a la doble instancia penal que establece el PIDCP, ratificado el 13 de abril de 1977 (BOE n.º 103 del día 30) y paradigma de interpretación desde entonces, frente al derecho limitable que reconoce el Protocolo. La jurisprudencia constitucional a que hago referencia es la siguiente:

[C]onstituye también doctrina de este Tribunal la de que, cuando se trate del acceso a un recurso penal de quien resultó condenado en la primera instancia judicial, es más rigurosa la vinculación constitucional del Juez *ex art. 24.1 CE* en la interpretación de las causas de inadmisión, siendo aquí de aplicación el principio de interpretación *pro actione* en virtud de la exigencia constitucional de una doble instancia en favor del reo cuando del proceso penal se trata. Razones materiales evidentes, derivadas de la entidad de lo que se ventila en tal tipo de remedios procesales, imponen la aplicación de este principio entendido como la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que *por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican*.⁵³

Puesto que cabría interpretar que la salvaguarda de la independencia de las instituciones mediante el establecimiento de un aforamiento para los miembros de las Cortes y del Gobierno (y todos los demás funcionarios y altos cargos aforados) ante el Supremo no es incompatible con el derecho a la doble instancia penal, creo que la interpretación *pro actione*, con largo asentamiento en la jurisprudencia constitucional⁵⁴, es perfectamente aplicable a este caso. La restricción del derecho al doble grado jurisdiccional penal revela una clara desproporción entre los fines perseguidos —la independencia de los poderes—, que podrían seguir salvaguardándose con el reconocimiento de la doble instancia penal (insisto), y los intereses sacrificados.

En segundo lugar, hay otro motivo para entender aplicable el derecho al doble grado penal que reconoce el PIDCP sin limitaciones frente al derecho limitado del Protocolo n.º 7 al CEDH: nuestra vinculación por el Derecho internacional. La cuestión reside en saber qué instrumento internacional sirve de paradigma, sin que los preceptos de uno puedan interpretarse a la luz de otro: se trata de que la Constitución se in-

⁵³ STC 88/1997, de 5 de mayo, FD 2 (cursiva añadida).

⁵⁴ SSTC 110/1985, 123/1986, 78 y 96/1991 y 120/1993.

terprete a la luz del Protocolo o del Pacto. En mi opinión, la interpretación de la Constitución a la luz Pacto es la única que permite que España cumpla sus compromisos internacionales reflejados en ambos tratados. En virtud del artículo 2 del Protocolo, España acepta que exista el derecho a la revisión de la sentencia condenatoria en una segunda instancia y que tal derecho «*podrá ser objeto de excepciones*» en el caso de que el tribunal enjuiciador en primera instancia sea el tribunal superior. Por otro lado, en virtud del artículo 14 PIDCP, España acepta, *sin reserva alguna* hecha al momento de ratificar el tratado, que exista un derecho a la doble instancia penal sin excepción. Instrumentando en nuestro Derecho procesal penal una apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por el Tribunal Supremo, España cumple el artículo 14 PIDCP así como el Protocolo, que permite *pero no obliga* a que haya una excepción en caso de que el tribunal *a quo* sea el superior. Mas la interpretación que sostiene el Tribunal Constitucional es otra: el constituyente estableció implícitamente una única instancia para los aforados ante la Sala de lo Penal del Supremo. Tal interpretación, además de requerir una gran suposición, es contraria al artículo 2.2 PIDCP, según el cual:

Cada Estado parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

La interpretación del Tribunal Constitucional aboga a España al incumplimiento del PIDCP, en tanto el legislador no modifique el Derecho procesal en orden a crear un recurso contra sentencias condenatorias dictadas en primera instancia por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

No aforados condenados en primera instancia por el Tribunal Supremo

Todo lo dicho es plausible también (y con más razón) para los condenados en primera instancia por el Alto Tribunal que no son aforados. Su caso es aún más sangrante: su proceso se ventila ante dicho tribunal porque se ven envueltas personas aforadas, lo cual activa las reglas de conexión y competencia de los artículos 12, 17, 18, 272-III y 300 LECrim, y 2.º de la Ley de 9 de febrero de 1912, conforme a la interpretación dada por el ATS (2.ª) de 24 de septiembre de 1997, FD 2. En su caso, la inexistencia de la doble instancia penal es, además de una violación de este mismo

derecho, una violación del derecho a la igualdad ante la ley, pues si en el caso de los aforados se ha llegado a perder la segunda instancia como contrapeso a esa sobreprotección, en el de los no aforados esa sobreprotección no deseada (no depende de ellos renunciar a esa sobreprotección como sí pueden hacer quienes ocupan cargos electivos renunciando a ellos) puede ser un arma de doble filo.

El problema es aún mayor para el Tribunal Constitucional a la hora de legitimar su postura, pues en este caso la ponderación de intereses es inexorable, pues ya no vale inferir ponderaciones del constituyente en el artículo 71.3 CE. El Constitucional recurre, en las SSTC 64 a 66/2001, a las Decisiones de 18 de diciembre de 1980, caso *Crociani y otros c. Italia* (también conocido como caso *Tanassi y otros c. Italia*), de 26 de octubre de 1995, caso *E.M. c. Noruega*, y de 16 de enero de 1996, *Hauser c. Austria*, todas ellas adoptadas por la Comisión Europea de Derechos Humanos (CmEDH), órgano que, hasta 1999, sirvió de precámara a la que debían acudir los ciudadanos europeos que quisieran litigar ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por violaciones en sus personas del CEDH. El Constitucional recurre nuevamente al artículo 2 del Protocolo n.º 7 al CEDH para fundamentar que la CmEDH ha resuelto sobre la validez de las excepciones creadas por los ordenamientos internos de Italia, Noruega y Austria. Prescindiendo de las alegaciones sobre la similitud o disimilitud de los casos con el supuesto de hecho de las SSTC 64 a 66/2001⁵⁵, nuevamente he de reafirmar mi posición de que resulta aplicable el PIDCP por lo ya explicado con anterioridad. Por otra parte, en 1980 no existía todavía Protocolo n.º 7 y, como bien apunta Sáiz Arnáiz, Italia hizo una reserva al artículo 14.5 PIDCP, estableciendo que sería aplicable sin perjuicio de la existencia de procesos en única instancia ante la Corte Constitucional contra el presidente de la República y sus ministros de acuerdo con la Constitución Italiana⁵⁶.

DIAGNÓSTICO FINAL Y CONCLUSIONES

Con más dilación de la pretendida, creo haber puesto de manifiesto que el bloque de constitucionalidad del Derecho español tiene importantes instituciones que deben reformarse o desaparecer.

⁵⁵ SÁIZ ARNÁIZ: *op. cit.*, pp. 94–99, se muestra crítico con este argumento ya que ni en *Hauser c. Austria* ni en *E.M. c. Noruega* hay no aforados arrastrados por reglas de conexión al tribunal superior en cuestión.

⁵⁶ Dictamen del CtDH de 31 de marzo de 1983, *Fanali c. Italia* (Comunicación 75/1980), *apud* SÁIZ ARNÁIZ: *loc. cit.*

A) *Inviolabilidad*. Esta prerrogativa es la que menos reformas requiere. Una simple limitación de la inviolabilidad para hacerla similar a la regulación del artículo 46 de la Constitución Alemana, no permitiendo que la inviolabilidad cubra usos injuriosos o calumniosos de la palabra en sede parlamentaria, puede hacerse incluso por vía jurisprudencial. El primer paso será que los presidentes de las Cámaras legislativas cumplan con más esmero su función. El segundo, que las Cámaras empiecen a autorizar suplicatorios solicitados por órganos judiciales que investiguen tales hechos, sea en vía penal (con el problema del aforamiento) o en vía civil, o, en caso de denegaciones, que el Tribunal Constitucional anule las que fueren infundadas sobre la base de que el uso de la palabra atentatorio contra el honor de cualquier persona no es ejercicio de función parlamentaria y, por consiguiente, no queda cubierto por la inviolabilidad ni por la inmunidad. El último paso, que recayeran sentencias condenatorias.

B) *Inmunidad*. Su fundamento ha desaparecido y la independencia de los órganos judiciales de los escalafones medios y bajos de la carrera judicial, así como el sometimiento a la ley y la interdicción de la arbitrariedad en la actuación de la administración —hablo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad— hacen que los parlamentarios y miembros de los Poderes Ejecutivos no tengan por qué temer que se quiera alterar el funcionamiento y la composición de los cuerpos legislativos. Ni en su vertiente de imposibilidad de privación de libertad ni en la de imposibilidad de procesamiento sin autorización previa debe mantenerse esta institución salvo en la figura del presidente del Gobierno, que, por su legitimidad democrática —que se pierde en cierto modo en caso de sustitución—, las funciones constitucionales a él atribuidas y el hecho de que sea un órgano unipersonal difícilmente sustituible sin un importante golpe para la estabilidad del sistema democrático, debe disfrutar de esa protección especial. Eso sí, en ningún caso la protección de *quien ejerce* de presidente del Gobierno debe quedar por encima de la protección del órgano «presidente del Gobierno» bajo argumentos de defensa de la estabilidad política, por lo que también en estos casos el Tribunal Constitucional tiene una función de control del correcto uso del privilegio.

C) *Aforamiento*. Institución que apenas encuentra parangón en el Derecho comparado, en el que son poquísimos, cuando existentes, los cargos públicos que disfrutan de un fuero especial, frente a los alrededor de 200 000 aforados ante tribunales de todos los niveles de la pirámide judicial que existen en España. Su justificación actual se encuentra, en mi opinión, en un miedo de quienes ostentan altos cargos —y no tan altos— dentro de las instituciones del Estado a que sus causas sean instruidas y enjuiciadas por órganos judiciales inferiores, «de manera que ninguno de ellos quiere

para sí la misma justicia que ellos mismos han contribuido a crear y a hacer practicar para el pueblo llano»⁵⁷.

Allende esto está la vertiente puramente jurídica: la clara conculcación del principio de igualdad procesal en su contenido esencial. Todos los aforamientos son excepciones al principio de igualdad procesal. Digo más, todos los aforamientos previstos fuera de la Constitución son inconstitucionales por contrarios al artículo 24.2⁵⁸. El del juez ordinario predeterminado por la ley no es un concepto indeterminado que las leyes o Estatutos de Autonomía puedan rellenar al antojo de las Cámaras legislativas. Un principio general básico de nuestro Estado de Derecho como el de igualdad ante la ley no puede admitir 200 000 excepciones. No diré que los artículos 71.3 y 102.1 CE son inconstitucionales porque es un absoluto dislate, mas sí puedo afirmar que el contenido esencial de lo que la Teoría del Estado, el Derecho político y hasta el sentido común entienden por «juez ordinario predeterminado por la ley» e «igualdad procesal» se ve claramente lesionado con tales disposiciones de la Carta magna. El constituyente no convierte en realidad todo lo que constitucionaliza al igual que no toda la realidad es el Derecho constitucional. El constituyente no lo puede todo.

En cuanto a la independencia de las instituciones que pretende el aforamiento, loable propósito que, con la composición manifiestamente politizada del CGPJ y sus competencias en materia de ascensos, nombramientos, provisión de plazas, etc., queda muy lejos de lograrse. El Tribunal Supremo no es, en mi opinión, el órgano judicial en el que la imparcialidad e independencia se ven mejor garantizadas. Un círculo vicioso que hace que el Poder Legislativo elija a quienes van a formar el órgano de gobierno de los jueces y que éste elija a quiénes irán ocupando las altas instancias del más alto tribunal que, a la postre, será el encargado de enjuiciar a los miembros del Poder Legislativo que incurran en infracciones penales. La sensación de libertad en el ejercicio de sus funciones que tienen que sentir los parlamentarios no es aconsejable para nuestro sistema político y puede que sea una de las causas —por supuesto no la única ni la principal— de que en este país la corrupción sea un mal tan profundo. Esa sensación de libertad es lógica en la medida en que, para que un aforado sea llevado ante el Tribunal Supremo el hecho punible tiene que ser realmente manifiesto. España se merece más. ¿Por qué Francia, Estados Unidos, Alemania o el Reino Unido no cuentan con los aforamientos con los que cuenta nuestro Derecho —o no con tantos—

⁵⁷ GÓMEZ COLOMER y ESPARZA: *op. cit.*, p. 966.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 968. Se muestran Gómez Colomer y Esparza de la misma opinión, aunque mantienen el aforamiento al presidente del Gobierno tal y como está y al Rey, con matices.

y, sin embargo, sus instituciones funcionan tan bien como las nuestras (y soy benévolo)?

Por otro lado, la regulación de la Constitución y la postura del Tribunal Constitucional en lo relativo a la ausencia de un doble grado jurisdiccional penal en los casos de aforamientos ante el Tribunal Supremo han llevado a que España lleve incumpliendo desde hace casi 40 años sus compromisos internacionales, a saber, los que asumió por virtud de la ratificación del PIDCP. Puede estar cumpliendo el Protocolo n.º 7 al CEDH, mas no el Pacto. Sin haber hecho reservas, lo incumple. En todo caso quiero dejar claro que mi postura ante las interpretaciones y decisiones del Tribunal Constitucional es crítica por su fundamento, por un razonamiento jurídicamente inválido que ha tratado de defender que España no incumple con el Pacto, arguyendo razones verdaderamente esperpénticas como que España, que no hizo reservas, no se opuso a la que otros entes soberanos hicieron. Y lo hago aun consciente de que el Tribunal nunca pudo resolver de otra forma, pues no hay recurso de apelación contra las sentencias del Tribunal Supremo. No obstante, habría una alternativa más honrada y correcta jurídicamente, antes que hacer cábalas sobre las supuestas ponderaciones de intereses del constituyente en el artículo 71.3. El Tribunal podría haber reconocido que se viola el derecho fundamental a la doble instancia penal que, según él mismo, reconoce el artículo 24 CE a la luz de los tratados y haber admitido que el Tribunal no dispone de medios para poder restaurar al sujeto afectado en su derecho (sea aforado o no, porque ambos ven lesionado su derecho a la doble instancia penal), ni siquiera con una indemnización, ya que el artículo 41.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional fija las pretensiones del recurso de amparo en «restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso»⁵⁹. Habría sido, sin duda, una decisión más honrada para el Constitucional, si bien esperpéntica para nuestro Estado incumplidor y un auténtico *tirón de orejas* al legislador, culpable final de todo esto.

Vista la argumentación del Tribunal Constitucional y la —correcta técnicamente, aunque combativa— del Tribunal Supremo en su respuesta al Dictamen de 20 de julio de 2000 del CtDH⁶⁰, mis recomendaciones son las siguientes: Primero, que el legislador cree una doble instancia penal real en la pretendida reforma de la LECrim para

⁵⁹ Cfr. SSTC 21/1983, de 16 de diciembre, y 22/1984, de 17 de febrero.

⁶⁰ Vid. ATS (2.ª) de 14 de diciembre de 2001, en el que el Alto Tribunal niega la obligatoriedad de los dictámenes del CtDH para los tribunales españoles así como que dicho Dictamen sea título ejecutivo para pretender la anulación de la sentencia, desestimando dicha pretensión a Cesáreo Gómez Vázquez.

todos los procesos penales, para que no tenga que hacer la casación de segunda instancia parcial y para cumplir con el artículo 14.5 PIDCP. Y segundo, que elimine los aforamientos y las inmunidades en los términos que propongo *supra* y acote la inviolabilidad o, en su defecto y con la poca fe que tengo respecto de las ganas de los privilegiados de perder las prerrogativas, por lo menos que extienda esa nueva doble instancia penal a los procesos contra aforados ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, no sólo por respetar el derecho fundamental de los aforados, sino principalmente por respetar el de los arrastrados por el fuero.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN-GARCÍA, Ángel M.: *El estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1992.
- ALMAGRO NOSETE, José, en ALZAGA, Ó. (dir.): *Comentario a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*. Madrid: Revista de Derecho Público, 1983–1988, vol. III.
- APARICIO, Miguel Á.: *El status del poder judicial en el constitucionalismo español (1808–1936)*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1995.
- BARTHÉLEMY, Joseph y DUEZ, Paul: *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1933.
- COBO DEL ROSAL, Manuel: «Caso Marey». Madrid: Dykinson, 2003.
- DUQUE VILLANUEVA, Juan C. y DÍAZ-MAROTO, Julio: «La vigencia de la ley penal y la inmutabilidad parlamentaria», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 13, 2005.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: «Nótulas sobre inviolabilidad e inmunidad: algunos ejemplos en el presente», en *Cuadernos de política criminal*, n.º 66, 1998.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: «La doctrina constitucional sobre las prerrogativas parlamentarias en España», en *Foro. Nueva época*, n.º 14, 2011.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA, Alfonso: «Artículo 71. Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias», en ALZAGA, Ó. (dir.): *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*. Madrid: Revista de Derecho Público, 1983–1988, vol. IV.
- Ídem: «Origen histórico de la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 10, 1986.
- FERNÁNDEZ-VIAGAS, Plácido: *La inviolabilidad e inmunidad de los Diputados y Senadores. La crisis de los «privilegios» parlamentarios*. Madrid: Civitas, 1990.
- Ídem: *El juez natural de los parlamentarios*. Madrid: Civitas, 2000.
- GARCÍA LÓPEZ, Eloy: *Inmunidad parlamentaria y Estado de partidos*. Madrid: Tecnos, 1989.
- GÓMEZ COLOMER, Juan L. y ESPARZA, Iñaki: *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- HOBBS, Thomas: *Leviatán*. Buenos Aires: Losada, 2004.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo: «Lección 37. Delitos contra la Administración Pública (I)», en COBO DEL ROSAL, M. (coord.): *Derecho penal español. Parte especial*. Madrid: Dykinson, 2005.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- PEÑARANDA, José L.: «Artículo 71. La dimensión actual de las prerrogativas parlamentarias», en ALZAGA, Ó. (dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid: Cortes Generales, 1998, vol. VI.
- PUNSET, Ramón: «Las garantías parlamentarias», *Estudios parlamentarios*. Madrid: CEPC, 2001.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques: *El contrato social*. Italia: Ciro, 2011.

SÁIZ ARNÁIZ, Alejandro: «Aforamiento y doble grado de jurisdicción», en *Parlamento y Constitución*, n.º 5, 2001.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de Historia del Derecho Español*. Madrid: Tecnos, 2007.

VIVES ANTÓN, Tomás S. *et al.*: *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.