

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

NÚMERO ESPECIAL. DICIEMBRE 31/2021
teoriayderecho.tirant.com

CONSEJO EDITORIAL:

María José Añón Roig

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (España) (Coordinadora)

María Luisa Cuerda

Catedrática de Derecho Penal. Universidad Jaume I (España)

Fernando Flores Giménez

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia (España)

Ángel M. López y López

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla (España)

Tomás S. Vives Antón

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia (España) (Director)

COMITÉ CIENTÍFICO:

Ana Cañizares Laso

*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga (España)*

Jorge A. Cerdio Herrán

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

José Ramón Cossío Díaz

*Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia
de la Nación y miembro de El Colegio Nacional (México)*

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

*Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

Owen Fiss

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)*

José Antonio García-Cruces González

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED (España)

Luis López Guerra

*Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

Marta Lorente Sariñena

*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

Javier de Lucas Martín

*Catedrático de Filosofía del Derecho y
Filosofía Política de la Universidad de Valencia (España)*

Víctor Moreno Catena

*Catedrático de Derecho Procesal de la
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

Francisco Muñoz Conde

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España)*

Angelika Nußberger

*Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la
Universidad de Colonia (Alemania)*

Miembro de la Comisión de Venecia

Héctor Olasolo Alonso

*Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario
(Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya
(Holanda)*

Luciano Parejo Alfonso

*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

Tomás Sala Franco

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia (España)*

Ignacio Sancho Gargallo

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

Ruth Zimmerling

*Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz
(Alemania)*

Han formado parte del Comité Científico: Gregorio Peces-Barba Martínez; Rosario Valpuesta Fernández y Emilio Beltrán

Asistente a la dirección: Víctor Merino Sancho

Corrector ortotipográfico y de estilo: Pablo Miravet Bergón

PVP número suelto: 89 euros (IVA incluido)

PVP suscripción anual (2 números): 169 euros (IVA incluido)

Redacción, Administración y Suscripción

Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia Tel.: (+34) 963610048 Fax: (+34) 963694151

E-mail: teoria.derecho@uv.es; teoria@tirant.com. Sitios web: <http://teoriayderecho.tirant.com>

Correspondencia: C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Edita: Tirant lo Blanch

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

© Tirant lo Blanch

Telfs.: 96/361 00 48 - 50

Fax: 96/369 41 51

Mail: tlb@tirant.com

<http://www.tirant.com>

ISSN (impreso): 1888-3443

ISSN (online): 2695-6594

Depósito legal: V - 2840 - 2007

Maqueta: Tink Factoría de Color

SUMARIO

DEBATE

Reflexiones sobre la inviolabilidad de la Corona en el Estado democrático de Derecho.. <i>Asunción de la Iglesia Chamarro</i>	10
El jefe del Estado ante su control difuso <i>Patricia García Majado</i>	30
Las prerrogativas parlamentarias: inviolabilidad, inmunidad y sus límites constitucionales..... <i>Esperanza Gómez Corona</i>	50
La inviolabilidad parlamentaria y la inviolabilidad del rey como causas de exclusión de la responsabilidad penal <i>Clara Viana Ballester</i>	70
Sobre las prerrogativas procesales. ¿Está justificada constitucionalmente la extensión del aforamiento en España?..... <i>Gema Rosado Iglesias</i>	110
Repensando los aforamientos..... <i>Antonio del Moral García</i>	134
Inmunidad y aforamiento: aspectos procesales..... <i>Julián Sánchez Melgar</i>	162
La inviolabilidad parlamentaria como bien necesario. un estudio desde la jurisprudencia del TEDH..... <i>Fernando Álvarez-Ossorio Micheo</i>	196
Las prerrogativas parlamentarias en la Unión Europea: unos personajes en busca de autor <i>Ana Carmona Contreras</i>	218
La constitución del Reino Unido: privilegio parlamentario y ejercicio del poder..... <i>Javier García Oliva</i>	250
El contorno de las prerrogativas parlamentarias en Alemania <i>Susana Sánchez Ferro</i>	278
Las inmunidades de los miembros de los poderes ejecutivo y legislativo francés: ¿un equilibrio imposible?..... <i>Hubert Alcaraz</i>	298
Las prerrogativas de estatus y el libre ejercicio de la actividad parlamentaria en la experiencia italiana: historia reciente de una búsqueda incesante del equilibrio entre poderes constitucionales y derechos..... <i>Elisa Cavasino</i>	318
Anexo. Aforamientos, inviolabilidades e inmunidades: estado de la cuestión en la jurisprudencia española <i>Anna Raga i Vives</i>	338

ESTUDIOS

Uso de símbolos totalitarios: ¿es trasladable a España el modelo alemán? Una crítica a la aplicación del artículo 510 CP..... <i>Margarita Roig Torres</i>	358
Consideraciones jurídico-filosóficas sobre <i>Leviatán</i> , de Andréi Zvyagintsev: nihilismo y crisis del Estado moderno..... <i>Alex Corona Encinas</i>	392
La motivación del veredicto tergiversada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo..... <i>Juan Igartua Salaverria</i>	408

SUMMARY

DEBATE

Reflections on the crown immunity under the rule of law	10
<i>Asunción de la Iglesia Chamarro</i>	
The diffuse control of the king.....	30
<i>Patricia García Majado</i>	
Parliamentary prerogatives: inviolability, immunity, and their constitutional limits	50
<i>Esperanza Gómez Corona</i>	
Members of parliament freedom of speech and King'S inviolability as exclusion grounds from criminal liability.....	70
<i>Clara Viana Ballester</i>	
On the procedural prerogatives. Is the extension of the privileged jurisdiction constitutionally justified in Spain?.....	110
<i>Gema Rosado Iglesias</i>	
Rethinking immunities.....	134
<i>Antonio del Moral García</i>	
Immunity and privileged jurisdiction: procedural aspects	162
<i>Julián Sánchez Melgar</i>	
Parliamentary immunity as a democratic necessity. A study of the case-law of the ECHR	196
<i>Fernando Álvarez-Ossorio Micheo</i>	
Parliamentary prerogatives in the European Union: some characters in search of author..	218
<i>Ana Carmona Contreras</i>	
The British Constitution: parliamentary privilege and exercise of power	250
<i>Javier García Oliva</i>	
The delimitation of parliamentary privileges in Germany	278
<i>Susana Sánchez Ferro</i>	
The immunities of the members of the French legislative and executive branches: an impossible balance?.....	298
<i>Hubert Alcaraz</i>	
Parliamentary privileges and the free exercise of parliamentary function within the italian constitutional experience: recent history of a constant quest for balance between powers and rights	318
<i>Elisa Cavasino</i>	
Annexed. Privileged jurisdiction, inviolabilities and immunities: the state of the matter in Spanish jurisprudence.....	338
<i>Anna Raga i Vives</i>	

STUDIES

Use of totalitarian symbols: is it possible to transfer the German model to Spain? A critic of the application of the article 510 of the Penal Code	358
<i>Margarita Roig Torres</i>	
Legal-philosophical considerations about Andrey Zvyagintsev's <i>Leviathan</i> : nihilism and crisis of the modern State	392
<i>Álex Corona Encinas</i>	
The distorted motivation of the verdict in the jurisprudence of the Supreme Court.....	408
<i>Juan Igartua Salaverria</i>	

the \mathbb{R}^n -valued function \mathbf{f} is a solution of the system (1) if and only if \mathbf{f} is a solution of the system (2).

Let us assume that the matrix \mathbf{A} is invertible. Then the system (2) can be written as

$$\mathbf{f}' = \mathbf{A}^{-1}(\mathbf{B} - \mathbf{A}\mathbf{C})\mathbf{f} + \mathbf{A}^{-1}\mathbf{D} \quad (3)$$

where $\mathbf{A}^{-1}(\mathbf{B} - \mathbf{A}\mathbf{C})$ and $\mathbf{A}^{-1}\mathbf{D}$ are $n \times n$ and $n \times 1$ matrices, respectively.

Let us assume that the matrix $\mathbf{A}^{-1}(\mathbf{B} - \mathbf{A}\mathbf{C})$ is invertible. Then the system (3) can be written as

$$\mathbf{f}' = \mathbf{A}^{-1}(\mathbf{B} - \mathbf{A}\mathbf{C})\mathbf{f} + \mathbf{A}^{-1}\mathbf{D} \quad (4)$$

where $\mathbf{A}^{-1}(\mathbf{B} - \mathbf{A}\mathbf{C})$ and $\mathbf{A}^{-1}\mathbf{D}$ are $n \times n$ and $n \times 1$ matrices, respectively.

Let us assume that the matrix $\mathbf{A}^{-1}(\mathbf{B} - \mathbf{A}\mathbf{C})$ is invertible. Then the system (4) can be written as

$$\mathbf{f}' = \mathbf{A}^{-1}(\mathbf{B} - \mathbf{A}\mathbf{C})\mathbf{f} + \mathbf{A}^{-1}\mathbf{D} \quad (5)$$

where $\mathbf{A}^{-1}(\mathbf{B} - \mathbf{A}\mathbf{C})$ and $\mathbf{A}^{-1}\mathbf{D}$ are $n \times n$ and $n \times 1$ matrices, respectively.

Let us assume that the matrix $\mathbf{A}^{-1}(\mathbf{B} - \mathbf{A}\mathbf{C})$ is invertible. Then the system (5) can be written as

$$\mathbf{f}' = \mathbf{A}^{-1}(\mathbf{B} - \mathbf{A}\mathbf{C})\mathbf{f} + \mathbf{A}^{-1}\mathbf{D} \quad (6)$$

where $\mathbf{A}^{-1}(\mathbf{B} - \mathbf{A}\mathbf{C})$ and $\mathbf{A}^{-1}\mathbf{D}$ are $n \times n$ and $n \times 1$ matrices, respectively.

Let us assume that the matrix $\mathbf{A}^{-1}(\mathbf{B} - \mathbf{A}\mathbf{C})$ is invertible. Then the system (6) can be written as

$$\mathbf{f}' = \mathbf{A}^{-1}(\mathbf{B} - \mathbf{A}\mathbf{C})\mathbf{f} + \mathbf{A}^{-1}\mathbf{D} \quad (7)$$

where $\mathbf{A}^{-1}(\mathbf{B} - \mathbf{A}\mathbf{C})$ and $\mathbf{A}^{-1}\mathbf{D}$ are $n \times n$ and $n \times 1$ matrices, respectively.

Let us assume that the matrix $\mathbf{A}^{-1}(\mathbf{B} - \mathbf{A}\mathbf{C})$ is invertible. Then the system (7) can be written as

$$\mathbf{f}' = \mathbf{A}^{-1}(\mathbf{B} - \mathbf{A}\mathbf{C})\mathbf{f} + \mathbf{A}^{-1}\mathbf{D} \quad (8)$$

where $\mathbf{A}^{-1}(\mathbf{B} - \mathbf{A}\mathbf{C})$ and $\mathbf{A}^{-1}\mathbf{D}$ are $n \times n$ and $n \times 1$ matrices, respectively.

Let us assume that the matrix $\mathbf{A}^{-1}(\mathbf{B} - \mathbf{A}\mathbf{C})$ is invertible. Then the system (8) can be written as

$$\mathbf{f}' = \mathbf{A}^{-1}(\mathbf{B} - \mathbf{A}\mathbf{C})\mathbf{f} + \mathbf{A}^{-1}\mathbf{D} \quad (9)$$

where $\mathbf{A}^{-1}(\mathbf{B} - \mathbf{A}\mathbf{C})$ and $\mathbf{A}^{-1}\mathbf{D}$ are $n \times n$ and $n \times 1$ matrices, respectively.

Let us assume that the matrix $\mathbf{A}^{-1}(\mathbf{B} - \mathbf{A}\mathbf{C})$ is invertible. Then the system (9) can be written as

$$\mathbf{f}' = \mathbf{A}^{-1}(\mathbf{B} - \mathbf{A}\mathbf{C})\mathbf{f} + \mathbf{A}^{-1}\mathbf{D} \quad (10)$$

where $\mathbf{A}^{-1}(\mathbf{B} - \mathbf{A}\mathbf{C})$ and $\mathbf{A}^{-1}\mathbf{D}$ are $n \times n$ and $n \times 1$ matrices, respectively.

DEBATE

Reflexiones sobre la inviolabilidad de la Corona en el Estado Democrático de Derecho

Asunción de la Iglesia

El jefe del Estado ante su control difuso

Patricia García Majado

Las prerrogativas parlamentarias: inviolabilidad, inmunidad y sus límites constitucionales

Esperanza Gómez Corona

La inviolabilidad parlamentaria y la inviolabilidad del rey como causas de exclusión de la responsabilidad penal

Clara Viana

Sobre las prerrogativas procesales. ¿Está justificada constitucionalmente la extensión del aforamiento en España?

Gema Rosado

Repensando los aforamientos

Antonio del Moral

Inmunidad y aforamiento: aspectos procesales

Julián Sánchez Melgar

La inviolabilidad parlamentaria como bien necesario. Un estudio desde la jurisprudencia del TEDH.

Fernando Álvarez-Ossorio

Las prerrogativas parlamentarias en la Unión Europea: unos personajes en busca de autor

Ana Carmona

La constitución del Reino Unido: privilegio parlamentario y ejercicio del poder

Javier García Oliva

El contorno de las prerrogativas parlamentarias en Alemania

Susana Sánchez Ferro

Las inmunidades de los miembros de los poderes ejecutivo y legislativo francés. ¿Un equilibrio imposible?

Hubert Alcaraz

Las prerrogativas de estatus y el libre ejercicio de la actividad parlamentaria en la experiencia italiana: historia reciente de una búsqueda incesante del equilibrio entre poderes constitucionales y derechos

Elisa Cavasino

Anexo. Aforamientos, inviolabilidades e inmunidades: estado de la cuestión en la jurisprudencia española

Anna Raga i Vives

REFLEXIONES SOBRE LA INVIOABILIDAD DE LA CORONA
EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO*
REFLECTIONS ON THE CROWN IMMUNITY UNDER THE RULE OF LAW

Asunción de la Iglesia Chamarro
Profesora titular de Derecho Constitucional
Universidad de Navarra

RESUMEN

La Monarquía parlamentaria y la posición constitucional del monarca son elementos del pacto constitucional de 1978. La inviolabilidad ha integrado históricamente el *estatus jurídico del rey* y se ha conservado en el modelo de monarquía parlamentaria establecido en la Constitución. La mayor parte de la doctrina y la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 98/2019; y 111/2019) han entendido la inviolabilidad como absoluta, material y temporalmente, atendiendo a la posición constitucional del jefe del Estado y a la función de la Corona en el régimen constitucional. Se sostiene que siempre será compleja la adaptación de una institución de tradición y que, aunque la monarquía ha sobrevivido por su plasticidad, la decisión de conservar la inviolabilidad o la reducción de su carácter absoluto debe ser prudencial y política. En todo caso, su modificación exigiría la reforma del art. 56.3 CE a través del procedimiento agravado del art.168 CE.

PALABRAS CLAVE

Constitución, Corona, rey, Monarquía parlamentaria, jefe del Estado, pacto constitucional, inviolabilidad, símbolo, integración, función representativa, estatus jurídico del jefe del Estado, posición constitucional jefe del Estado, refrendo, reforma constitucional, procedimiento agravado.

ABSTRACT

Crown immunity is a basic principle of the Spanish Constitution. It makes up the legal status of the Sovereign, historically as well as contemporarily, in the form of a parliamentary constitutional monarchy. This interpretation has found much endorsement in the legal scholarship and has also recently had the support of Spain's Constitutional Court, which, in SSTC 98/2019 and 111/2019, understood the immunity of the King to be absolute, a shield to his office of Head of State, under the Spanish Constitution, both highest representative of the State and embodiment of its continuity. Despite the weight of tradition, the Monarchy has stood the test of time precisely because it has adapted to the times. Ultimately, though, the decision whether to maintain or narrow the scope of Crown immunity is political. And one that would require an amendment to Article 56.3 of the Spanish Constitution through the special procedures set out in Article 168 also of the Spanish Constitution.

KEYWORDS

Spanish Constitution, the Crown, king, head of State, the king and the law, Crown immunity, parliamentary Monarchy, constitutional referendum, constitutional amendment, special procedures.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2021.019>

* Este trabajo enmarca en el Proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, RTI2018-096103-B-I00: «Enseñar la Constitución. Educar en democracia».

REFLEXIONES SOBRE LA INVIOLABILIDAD DE LA CORONA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Asunción de la Iglesia Chamarro

Profesora titular de Derecho Constitucional
Universidad de Navarra

Sumario: 1. Consideraciones preliminares sobre el contexto: la inviolabilidad en el marco de los desafíos actuales de la monarquía parlamentaria 2. Sobre el difícil límite de plasticidad de la monarquía: ¿conservación, adaptación o desmantelamiento gradual? 3. Breve referencia al sentido de la inviolabilidad en su evolución histórica. 4. Justificación de la inviolabilidad a partir de la posición del rey, jefe del Estado, y su función constitucional en la CE de 1978: la Corona como nexo vertebrador del sistema constitucional. 4.1. La Monarquía parlamentaria como forma política. El pacto constitucional. 4.2. La función constitucional del rey: *dignified part vs. efficient part*. 5. La inviolabilidad del rey en la Constitución y en la reciente jurisprudencia constitucional. 6. Notas de cierre. Notas. Bibliografía

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE EL CONTEXTO: LA INVIOLABILIDAD EN EL MARCO DE LOS DESAFÍOS ACTUALES DE LA MONARQUÍA PARLAMENTARIA

La Monarquía parlamentaria y la posición constitucional del monarca son elementos centrales del pacto constitucional de 1978; la inviolabilidad de la Corona es parte del mismo y así lo establece el art. 56.3 CE, después de definir la posición constitucional del rey (art. 56.1 CE) y el título con el que reina (art. 56.2 CE). Siguiendo el modelo del constitucionalismo histórico —y una vez eliminada la referencia al carácter sagrado del monarca—, la CE la prevé el estatus de la persona del rey *como inviolable y no sujeta a responsabilidad*. Han pasado más de cuarenta años desde la promulgación de la CE y este precepto nunca ha sido considerado un *problema constitucional* o una cuestión que suscitara mayor interés

en la doctrina¹. Tampoco ha sido objeto de estudio en la misma medida que otros temas. Hoy, sin embargo, es necesario poner el foco sobre el mismo —y, más ampliamente, sobre la Corona— y reflexionar sobre su razón de ser en el marco de una democracia constitucional.

En un trabajo publicado a finales de 2019, señalé tres tipos de desafíos que, en mi opinión, enfrenta hoy la Monarquía parlamentaria, a saber: históricos, funcionales y sucesorio-familiares. Entiendo que al menos dos de ellos se encuentran especialmente activos y avivan el debate sobre el alcance de la inviolabilidad. El otro está presente de una forma distinta.

Los desafíos históricos tienen su origen en el contexto social y político —nacional, pero también internacional— y proyectan sus consecuencias en una institución que es altamente sensible a los cambios históricos y las crisis sociales. La inviolabilidad —«[...] privilegio de naturaleza sustantiva que implica la imposibilidad de proceder judicialmente contra él» (STC 98/2019, FJ 3)— es, sin duda, una excepción a las reglas generales del Estado de Derecho y necesita ser adecuadamente explicada para justificar su mantenimiento en la norma constitucional. Así ocurre, en general, con las inviolabilidades y prerrogativas atribuidas a otros órganos e instituciones.

En cuanto a los desafíos sucesorio-familiares, estos abarcan desde las naturales dificultades que sobrevienen a personas y familias, pasando por las vicisitudes derivadas del cambio de modelo social y las transformaciones del Derecho de familia, hasta el cajón de sastre de las situaciones que puedan producirse en la familia real o su entorno. Por supuesto, cualquier circunstancia que afecte a un miembro de la familia real o sus allegados —especialmente, sus errores o su descrédito personal— impactarán de forma inevitablemente negativa en la imagen de la institución hasta comprometer su continuidad. Hoy, concretamente, los episodios en los que estaría involucrado el rey emérito despiertan dudas sobre el alcance y el sentido de la inviolabilidad.

Por su parte, los desafíos funcionales están relacionados con los retos expuestos. La inviolabilidad no puede entenderse al margen de la función de la Corona en el sistema constitucional. Y es que el estatus del jefe del Estado solo es explicable a partir de su función. Ocurre aquí que, a diferencia de cualquier función operativa tangible, la del rey-jefe del Estado presenta contornos más difusos. Es una figura simbólica y un elemento integrador-vertebrador, función etérea y difícil de aprehender por su propia naturaleza. A ello hay que añadir que la Monarquía parlamentaria tiene unos tiempos de consolidación propios —se mide en periodos de reinado mucho más largos que las legislaturas en los que las normas constitucionales del Título II se activan en las fases vinculadas a las etapas personales y familiares (juramento del heredero, matrimonio, descendencia y orden sucesorio, abdicación, fallecimientos etc.)—. Por ello, puede decirse que, desde esta perspectiva, en España la experiencia es aún limitada si, por ejemplo, la comparamos con otras monarquías como la británica. A pesar de que la Corona española es una de las más antiguas, la forma de Monarquía parlamentaria adoptada por la CE tiene un recorrido más limitado en el tiempo y algunas cuestiones relativas al alcance de las funciones o el *estatus jurídico* del rey se presentaron por primera vez hace apenas cuatro décadas.

En los últimos tiempos no ha faltado ninguno de los desafíos señalados. Por lo que respecta al contexto histórico, ha emergido un nuevo sistema de partidos que obliga a articular complejos equilibrios para garantizar la gobernabilidad. Las tensiones territoriales —y, muy en particular, la crisis catalana y la intervención de Felipe VI el 3 de octubre de 2017— han impactado directamente en la imagen de la institución de la Corona, ya sea incrementado el aprecio a la misma o haciéndola merecedora de un reproche radical, dependiendo del ángulo de observación (precisamente, las dos recientes sentencias del TC referidas al alcance de la inviolabilidad del rey nacen en este contexto). Por otra parte, la actual composición de las Cortes Generales es la más fragmentada y polarizada de la historia de la democracia constitucional española. Se ha transitado de un modelo claramente bipartidista —asimétricamente rotatorio— a un pluripartidismo centrífugo que ha dotado de mayor peso a algunas fuerzas políticas de implantación estatal y a partidos independentistas que, aun siendo minoritarias, se han convertido en formaciones determinantes para garantizar la gobernabilidad. Esto hace que sus respectivos postulados presenten una inflexión magnificada en el debate público, que se ha hecho notar en tanto en la discusión sobre la forma política establecida en el 1.3 CE como en la controversia relativa al estatus del monarca y la protección de la Corona (protección penal). La discusión política sobre estas transformaciones se ha desplazado al debate social y, en el ámbito parlamentario, se ha traducido en determinadas iniciativas que constituyen una expresión paradigmática del cambio de ciclo político²: los partidos independentistas han puesto en marcha instrumentos parlamentarios para cuestionar la forma de gobierno —situando a la Corona, símbolo de la unidad nacional, en la diana— o para rebajar la protección jurídica. Por su parte, no faltan las fuerzas políticas que, para definir su espacio político a través de un discurso anti-*establishment*³ dirigido contra lo que algunos llaman «el régimen del 78», han reivindicado como elemento de su programa un renovado republicanismo que considera superado el pragmatismo de la Transición.

En conexión con lo expuesto y con la crisis desencadenada por la declaración de independencia de Cataluña, el Tribunal Constitucional dictó dos sentencias a raíz de sendas resoluciones aprobadas por el Parlamento de Cataluña, sentencias cuyo objeto central fue, por primera vez, la inviolabilidad regia. Se trata de la STC 98/2019, relativa a la resolución de reprobación del Felipe VI por su intervención el 3 de octubre de 2017, y la STC 111/2019, que declaró la inconstitucionalidad de la Resolución del Parlamento de Cataluña mediante la que se aprobó la constitución de una comisión parlamentaria de investigación sobre la actividades e irregularidades vinculadas a la familia real.

Por supuesto, el debate sobre la inviolabilidad y su alcance se ha intensificado tras el conocimiento público de los hechos que afectarían al rey emérito Juan Carlos (1975-2014). A este respecto, dos comunicados de la casa real son documentos de relevancia histórica y constitucional. El primero, de 15 de marzo de 2020⁴, abordó las informaciones referidas al rey emérito; en el texto, el rey Felipe VI se desvinculó de las actuaciones de su padre y renunció a su herencia⁵. El segundo fue hecho público con motivo de la salida de España del rey emérito en agosto de 2020⁶. Como se ha dicho, estas circunstancias han situado en el centro del debate el alcance (material y temporal) de la inviolabilidad del jefe del Estado.

2. SOBRE EL DIFÍCIL LÍMITE DE PLASTICIDAD DE LA MONARQUÍA: ¿CONSERVACIÓN, ADAPTACIÓN O DESMANTELAMIENTO GRADUAL?

Hasta aquí la reflexión ha pretendido enmarcar el contexto, pero inmediatamente se impone otra consideración: la dificultad de razonar jurídicamente sobre las reglas de una institución tradicional como es la monarquía, cuyos principios históricos están obligados a convivir —*vexata quaestio*— con los del Estado democrático de Derecho⁷. Esta relación se traducirá en la existencia de tensiones entre dos sistemas enfrentados en su planteamiento originario que, en su último estadio evolutivo, se fusionan en la fórmula de la Monarquía parlamentaria.

Por eso, la determinación de los elementos inherentes a la institución y el límite de su adaptabilidad es una decisión que exige prudencia y que debe tomarse con la mira puesta en los fines del sistema y la comunidad política. Y es que la fusión de Monarquía y democracia en el pacto constitucional tiene un carácter más metajurídico que jurídico, aunque después se concrete en normas constitucionales que deben ser aplicadas.

Por otra parte, en el contexto socio-político actual resulta anacrónica la invocación de la legitimidad tradicional y dinástica. En algunos ámbitos tampoco tiene buena acogida la apelación a la unidad e identidad nacionales y, desde luego, la inviolabilidad retaría a las exigencias del Estado de Derecho, más aún si no va acompañada de una extraordinaria ejemplaridad (en otros términos, Solozábal, 2011: 45⁸).

La adaptación de la Monarquía a la Democracia ha tenido lugar a través de procesos de ajuste complejos, vinculados a las circunstancias históricas, a las situaciones personales y, en ocasiones, al contexto político, las crisis sociales, etc. Las reformas o las mutaciones de la institución se han orientado a acreditar —y legitimar— la utilidad de su supervivencia, reconfigurándola en el marco de la organización constitucional de los poderes del Estado. Por eso, las monarquías parlamentarias lo son porque se han adaptado a las exigencias de los tiempos, manteniendo parte de la tradición, pero también modernizándose e incluso impulsando el cambio político. Esto explica que los modelos vigentes de monarquía parlamentaria sean el resultado de un proceso histórico-evolutivo concreto más que un modelo previamente racionalizado, de forma que la explicación y argumentación de su racionalización normalmente se elabora *a posteriori*. Puede decirse que, en cada país, la configuración de la institución tiene bastante de traje a medida y presenta como nota común el modo paulatino en que se ha producido a lo largo de los dos últimos siglos. En España, sin embargo, el proceso ha sido diferente —y radical— con la aprobación de la Constitución de 1978.

En cuanto al modo en que se han producido estos cambios en los distintos países, hay que decir que en algunos han tenido reflejo en los textos constitucionales o han formado parte del pacto constitucional —así, la CE 78—, mientras que en otros se ha conservado la literalidad de los preceptos constitucionales, que, no obstante, han visto progresivamente transformado su sentido. Esto último ha ocurrido en algunas constituciones europeas de nuestro entorno, en las que su tenor literal está muy lejos de su actual sentido e interpretación. Así, en algunos textos se conservan todavía los términos jurídicos de la monarquía constitucional, aunque en la práctica se haya cambiado el sentido o perdido totalmente⁹.

En cualquier caso, el mantenimiento de las monarquías ha exigido un profundo ejercicio de revisión de la posición constitucional del monarca, siempre en una línea de devaluación activa que ha terminado configurando una jefatura de Estado muy endeble en el plano funcional, operativo o de acción. Eso no obsta para que el valor de la institución pueda crecer por el prestigio y la autoridad del titular y el crédito que sume como resultado de su buen hacer, aunque sea un hacer distinto en esta línea del «animar, advertir y ser consultado» (Bagehot [1867] 2010). El prestigio personal y el servicio a los ciudadanos como rey o reina son, pues, factores que contribuyen a aumentar la valoración de la institución cuando desempeñan la función política propia de la Corona —integrar la unidad y evocar valores y sentimientos compartidos—.

En todo caso, y hasta la fecha, la transformación de la posición constitucional del monarca y su consiguiente ajuste funcional no se ha traducido en cambios en el estatus jurídico del jefe del Estado en la dimensión de la inviolabilidad ni en España ni, en general, en las monarquías parlamentarias. La cuestión es si el ajuste o los cambios en esta línea pueden considerarse una racionalización de la institución (Belda, 2015; o Díaz Revorio, 2015, entre otros) o un desmantelamiento gradual de la Monarquía y de su función en el sistema constitucional. Esta valoración depende de factores que rebasan lo jurídico.

Por otra parte, entre las muchas y complejas las dificultades conceptuales y los retos que para el jurista plantea el acomodo de la monarquía en el marco constitucional, De Otto apuntó la falta de bagaje teórico interno, no suficientemente complementada por el análisis comparado —las experiencias están demasiado apegadas al terreno particular¹⁰—. Así, el la experiencia constitucional de Reino Unido, precisamente por su singularidad, no resulta extrapolable a España (De Otto, 1978: 51). Sin embargo, siempre aportarán algún dato de relieve a partir de la experiencia. Por otra parte, si es compleja la relación entre política y Derecho, la complejidad se acrecienta cuando hablamos de la Monarquía (Rubio Llorente, 1993: 200), más aún cuando, como en el caso de España, la institución de la jefatura del Estado en el siglo XX tiene un pasado *mutante* que no es ni lineal ni pacífico en el que se han sucedido legitimidades dinásticas, democráticas o carismáticas. Se entiende así la afirmación según la cual «[...] uno de los problemas capitales del Derecho público español actual ha sido y en parte sigue siendo el de la configuración de la jefatura del Estado» (Menéndez Rexach, 1979: 1). Y ello sin olvidar que, en un marco más general, la jefatura del Estado en los sistemas parlamentarios también ha generado debate, en la medida en que no ha faltado el cuestionamiento de su relevancia efectiva y su papel en el marco del sistema de poderes¹¹.

Veamos cómo se percibe esta complejidad en el caso particular del instituto de la inviolabilidad.

3. BREVE REFERENCIA AL SENTIDO DE LA INVOLABILIDAD EN SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Entiendo que el punto de partida y el criterio analítico central ha de ser la distinción entre la persona y la institución-función. La idea de los dos cuerpos del rey, formulada agu-

damente por Kantorowicz ([1957] 2000), hunde sus raíces en la antigüedad clásica, donde ya se diferenciaba el hombre y su oficio. Recuerda el medievalista de Princeton que Alejandro Magno marcaba la diferencia entre el amigo de Alejandro y el amigo del rey; también Aristóteles en *La Política* y Séneca se referían a las dos facetas del gobernante —*Duas personas habet gubernator*—¹². Kantorowicz recoge estas dos dimensiones plasmadas la gráfica expresión de los dos cuerpos del rey —que tiene matices diferentes en la evolución de la monarquía—, pero distingue siempre la persona (rey-hombre) y la institución. Mientras la persona yerra, enferma y muere, no ocurre lo mismo con la institución, cuya dignidad permanece indemne en defensa de la función que desempeña al servicio de la comunidad política. De esa distinción deriva la máxima británica «the King can do not wrong», pues los símbolos no se equivocan.

Esa diferencia y su consecuencia en la configuración del estatus ha tenido una base de fundamentación distinta en cada momento histórico: el carácter sagrado, la titularidad de la soberanía y, en la actualidad, la posición y función en el sistema constitucional.

Así, en la Antigüedad —e incluso en algunas monarquías actuales— se partía de la creencia en el origen sagrado de la realeza o en su derivación de Derecho divino (ungido). Lo sagrado era inviolable, inatacable y, por tanto, objeto de la mayor protección (eso explica también la dimensión defensiva no solo frente al control, sino también frente a la ofensa). En la construcción teórica formulada por Bossuet (1679) para el delfín de Francia a partir de las Sagradas Escrituras, el autor reflexionaba sobre los caracteres del rey ungido por Derecho divino y concluía que tenía carácter intocable, pues a nadie debía dar cuentas y, en consecuencia, tampoco se le podía exigir responsabilidad¹³.

En el Estado moderno, la inviolabilidad es considerada como un rasgo de soberanía que se predica del titular de la misma y que con el tiempo será conservada como elemento sustancial de la monarquía. A pesar los cambios en la titularidad de la soberanía (rey, nación, pueblo), el jefe del Estado conservará la inviolabilidad como representante de la nación en la estructura política estatal¹⁴ (Oliver León, 2001: 345 y 349).

En el Estado democrático de Derecho, el significado de la inviolabilidad pasará a explicarse a partir de la conexión entre la soberanía y la representación nacional. Si el Parlamento (las Cortes Generales) es inviolable porque representa al pueblo, la Corona, personificada en la figura del rey —depositario—, representa al Estado. La primera representación tiene carácter dinámico y nutre la composición de los órganos constitucionales activos del Estado, mientras que la segunda es estática —permanente— y enlaza no con la composición temporal concreta, sino con la perspectiva del pasado, el presente y el futuro¹⁵.

Atendiendo a esta idea de permanencia, en nuestros días la mayoría de la doctrina de Derecho comparado sigue sosteniendo que la sucesión hereditaria y la inviolabilidad e irresponsabilidad regia cualifican esencialmente a la monarquía¹⁶.

Se daría así una vinculación directa entre inviolabilidad y función de la Corona, permanencia-conservación y estatus. Este sería el único argumento racionalizador del sentido de la antigua prerrogativa, basado el carácter sagrado e intocable del monarca soberano, para el desempeño de la función constitucional del monarca parlamentario.

De otra parte, esta concepción de la inviolabilidad de la jefatura del Estado no es exclusivo de la jefatura del Estado monárquica, sino que opera también en la forma de gobierno republicana, aunque con reglas distintas por razón del carácter temporal limitado del mandato y su legitimidad democrática. En Italia está prevista en el art. 90 de la Constitución, precepto que ha sido interpretado por la Corte Constitucional en las sentencias 1/2013 y 154/2004 con referencias que pueden asimilarse a la consideración del sentido de las prerrogativas como exigencia intrínseca del sistema. Como advierte la Corte Constitucional, el alcance de las mismas no pueden ser explicitado en la Constitución, pero su interpretación ha de orientarse a salvaguardar la función constitucional de la presidencia de la República y el equilibrio de poderes. Esto exige la indemnidad del jefe del Estado para el correcto desempeño de sus funciones, que debe ser protegida frente a hipotéticas y exorbitantes actuaciones de otros poderes que pudieran comprometer su función constitucional y el propio sistema. La segunda sentencia citada se refiere al alcance temporal de la protección, extendiéndola *pro futuro* a los actos del mandato para garantizar el correcto ejercicio de la función en el tiempo que se desempeña —«ora per allora»—.

Así, la esencia de la inviolabilidad radica en su condición de garantía del sistema constitucional, de modo que, aunque la protección se proyecta sobre la institución —la Corona—, revierte en la estabilidad del entero sistema constitucional. Y es que el rey solo puede ser inviolable atendiendo al fin vertebrador que desempeña en el conjunto del sistema. Por eso, en modo alguno se trata de proteger a la persona del monarca —aunque se concrete en él esta protección—, sino a la institución y a su función constitucional. Varela Suances-Carpegna hace una síntesis apretada de Bagehot que sirve aquí para explicar esta distinción: para que la Corona sea símbolo de la nación e integre a todos sus miembros debe «[...] quedar por encima de las diferencias políticas», y así, el rey «[...] debe ser colocado fuera de todo ataque», debe admitirse como axioma «que no puede hacer el mal» y debe ocultarse «tras el velo del misterio». En caso contrario, difícilmente podrá desempeñar la función que constitucionalmente le corresponde.

Por su parte, si la inviolabilidad es un límite absoluto a la jurisdicción en todos los órdenes (inatacabilidad) y también la inmunidad frente al control parlamentario, tal y como viene interpretándose¹⁷, la irresponsabilidad regia —conectada a la inviolabilidad, pero de distinta naturaleza— es consecuencia de lo anterior y del hecho de que el monarca carezca de un poder político efectivo. Dado que el monarca no participa volitivamente en la adopción de los actos y decisiones y se limita a formalizarlos como actos debidos, tampoco puede ser responsable. De acuerdo con una gráfica expresión de Bagehot ([1867] 2010) sobre la nula capacidad de decisión del titular de la Corona y el carácter obligado de sus actos, «[...] la reina estaría obligada a firmar su propia sentencia de muerte»¹⁸. Por otra parte, en la monarquía parlamentaria el refrendo se transforma en la institución que permite salvar la responsabilidad de los poderes públicos al asumir el contrafirmante la responsabilidad del acto sin el cual carece de validez (art. 64 CE). Precisamente, la transformación del sentido del refrendo como institución jurídica es una muestra de la evolución de las formas políticas y, muy en particular, de la monarquía. En otros modelos, por ejemplo, el refrendo era un elemento necesario para trasladar la responsabilidad¹⁹. Es conocida la evolución

del refrendo, desde firma de autenticación o certificación a compromiso de realización del mandato del monarca, pasando por limitación de la voluntad del rey (de codecisión) o, en la última versión, traslaticio de responsabilidad²⁰.

Baste un apunte sobre una —a nuestro juicio— errónea conexión entre la irresponsabilidad y la inviolabilidad contenida en el dictamen del Consejo de Estado a propósito de la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el año 2000. Se planteaba el conflicto entre el art. 56.3 CE, que establece la inviolabilidad de la persona del rey, y el art. 27 del Estatuto de la CPI, que dispone que el cargo oficial de una persona, sea jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena. El Consejo de Estado entendió que la posible contradicción entre el art. 27 del Estatuto y el art. 56.3 de la CE se salvaba a través del refrendo y la imputación de la responsabilidad al refrendante. Sin embargo, el refrendo no puede ser el fundamento de la inviolabilidad, sino que esta se vincula directamente a la función de la Corona como institución vertebradora y garante de la continuidad y permanencia del Estado (Biglino Campos, 2001: 203-205).

Veamos ahora con mayor concreción cómo se articulan la función constitucional y la inviolabilidad en la Constitución de 1978.

4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVIOLABILIDAD A PARTIR DE LA POSICIÓN DEL REY JEFE DEL ESTADO Y SU FUNCIÓN CONSTITUCIONAL EN LA CE DE 1978: LA CORONA COMO NEXO VERTEBRADOR DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL.

4.1. LA MONARQUÍA PARLAMENTARIA COMO FORMA POLÍTICA. EL PACTO CONSTITUCIONAL

El estatus del jefe del Estado y, concretamente, la inviolabilidad se insertan en una regulación de la Corona radicalmente novedosa en nuestra tradición constitucional. Sin llegar al modelo sueco, la Monarquía de la CE de 1978 es la más limitada en sus funciones. El desapoderamiento de la *potestas* se une, además, a otras dos decisiones que conforman el pacto constitucional: *i*) la inviolabilidad del jefe del Estado (56.3 CE) y *ii*) el robustecimiento de la institución frente a la reforma constitucional, al exigirse el procedimiento agravado del art. 168 CE para modificar cualquier aspecto del Título II («De la Corona»).

Actualmente, la inviolabilidad solo puede explicarse desde esta renovada concepción de la Corona, que la deja fuera del sistema de poderes del Estado y la mantiene al margen de la organización de la estructura constitucional de la *potestas*, como exige la vigencia plena del principio democrático. Esa posición *supra partes* permite al mismo tiempo reforzar la función de proporcionar unidad al sistema que corresponde a la jefatura del Estado (Torres del Moral, 2015: 408).

Su condición de magistratura de autoridad, de órgano situado fuera del esquema de poderes, explica su ubicación en la Constitución, que evidencia el cambio respecto a otros textos históricos (Pérez Royo, 2007: 652). También constituye una muestra de esta transformación el orden de la redacción del artículo 1 del texto constitucional: el apartado primero se reserva a la forma de Estado y los valores superiores del ordenamiento jurídico (Estado Social y Democrático de Derecho y libertad, justicia, igualdad y pluralismo político); el apartado segundo dispone: «La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado»; y, después, y solo después, el apartado tercero establece: «La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria». Con este revolucionario artículo 1.3 —el de «mayor carga semántica» (Cruz Villalón, 2007: 4)—, la Constitución española se convierte en la primera norma fundamental europea que utiliza el término «monarquía parlamentaria». Podríamos decir que el cierre del artículo 1.3 es la última pieza —aunque no la menos importante— de la articulación del modelo constitucional, si bien el artículo 1 ha de leerse de forma sistemática, dado que la ausencia de cualquiera de sus elementos implica la quiebra de la entera estructura constitucional.

En su primera jurisprudencia sobre el tema —también en la más reciente—, el Tribunal Constitucional se ha referido al hecho de que la configuración de la institución anidaba en la voluntad y la decisión del poder constituyente de 1978. En este sentido el TC ha recordado que «[...] la Corona fue una parte sustancial de ese pacto, en la medida en que calificó nuestro modelo de Estado como monarquía parlamentaria, en la que el rey ostenta la jefatura del Estado» (STC 98/2019, FJ 3). Sin embargo, no hay que olvidar que el pacto constitucional siguió la senda de la reforma, no de la ruptura, aunque en esencia el pacto fuera revolucionario. El TC también hace referencia a los cambios operados por la Constitución de 1978 en la forma monárquica frente al modelo histórico y recuerda que el rey no tiene poder constituyente, no participa de los poderes legislativo ni ejecutivo ni tiene funciones jurisdiccionales. Más allá de los poderes activos, el papel del rey consiste fundamentalmente en ser símbolo de la unidad y permanencia del Estado (STC 98/2019, FJ 3).

El artículo que contiene la referencia a la inviolabilidad es el art. 56 que, abriendo el Título II de la CE, expresa la síntesis del nuevo pacto y formula la posición constitucional del titular (56.1): el título —rey de España— y el estatus. Y es que solo a la luz del giro en la posición del jefe del Estado puede entenderse el significado de la inviolabilidad y la irresponsabilidad de la persona del rey en la Constitución, no únicamente como elemento heredado de la tradición y desgajado del sistema constitucional. Así, el art. 56.1 CE supone una auténtica revolución jurídica y política sin precedentes en nuestra historia y en el constitucionalismo comparado (Pérez Royo, ¹¹2007: 653). Por lo demás, los artículos del Título II de la Constitución son una miscelánea de preceptos rescatados de la tradición histórica en los que no faltan las ambigüedades (Aragón Reyes, 1990: 20), los anacronismos y la necesaria interpretación constitucional actualizada al nuevo modelo constitucional. Ya he dicho en otro texto que el Título II incorpora sin retoques no pocas reglas del Derecho histórico de la Monarquía que pueden resultar desfasados o faltos de sentido si se interpretan en su literalidad. Se ha señalado que algunos preceptos «parecen venir de otro mundo» si se cotejan con el resto del articulado de la Constitución (Cruz Villalón, 2007: 4).

Pero la radical novedad es la posición constitucional del monarca y la definición de la función que le corresponde. Solo en esa nueva posición debe explicarse el sentido y alcance de la protección jurídica del rey.

4.2. LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DEL REY: DIGNIFIED PART VS. EFFICIENT PART

En su nueva configuración constitucional, y a pesar de la confusa alusión del art. 56 CE al rey, jefe del Estado, le corresponde la función integradora y simbólica al servicio de la unidad y la permanencia del Estado. Faltando la *potestas*, su sentido se centra en la *auctoritas*. Es, por tanto, una institución de *auctoritas* frente a las instituciones de *activitas*²¹. Es conocida la distinción de Bagehot entre la *dignified* y la *efficient part* de la Constitución (Bagehot, [1867] 2010)²². Podría decirse que los verbos a conjugar son «ser» y «estar», más que «hacer»²³. Precisamente, en el primer tramo del art. 56.1. CE se utiliza el verbo *ser* —«El rey *es* el jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia [...]»—. En contraste, las Cortes Generales *representan y ejercen* (art. 66.1 y 2 CE), el Gobierno *dirige y ejerce* (art. 97 CE) y el poder judicial *administra* la justicia, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.1 CE).

En este mismo sentido se ha referido recientemente el Tribunal Constitucional al papel del jefe del Estado declarando que «[...] no está investido de potestades propias de supremacía para dictar disposiciones vinculantes que se impongan a los poderes del Estado [...] No tiene posibilidad de adoptar por sí decisiones de poder realizar los actos necesarios para su ejecución». El TC agrega que «[...] la configuración constitucional de la Monarquía parlamentaria permite al rey, en cuanto titular de la Corona, *ostentar una posición de auctoritas*, pero no de *potestas* con las salvedades que la Constitución le atribuye (*v.gr.* arts. 65 y 99 CE)» (STC 98/2019, FJ 3). Su función principal es, pues, *ser, estar*, en fin, *ostentar una posición*.

A la pregunta *Que fait le roi?*, Delpérée responde que la función del rey no está definitivamente escrita en los textos constitucionales porque la función simbólica lleva aparejada la carga de la indeterminación. De una parte, le corresponde la función de portavoz solemne y primer magistrado que representa al Estado, que asume y expresa oficialmente y con la máxima solemnidad sus actos, preside las ceremonias principales de la vida del Estado y tiene la más alta dignidad, protocolaria y honorífica. Al mismo tiempo, esta dimensión simbólica presenta la propiedad de activar los resortes psicológicos y emocionales que pueden incitar el afecto de los ciudadanos, desempeñando un papel de primer orden en la defensa, entre otros aspectos, de la identidad nacional (Delpérée, 1996: 53-54)²⁴ también en el ámbito de las relaciones internacionales. A la pregunta: ¿qué hace el rey?, la respuesta es la siguiente: estar y servir como depositario de la Corona.

La política no puede prescindir de los símbolos ni desprenderse del factor emocional. Si el símbolo está articulado para aglutinar el sentido que se pretende representar y no hay ruptura entre el símbolo, lo simbolizado y la voluntad del pueblo, puede resultar un resorte con capacidad operativa y movilizadora determinante, en la medida en que puede

activar sentimientos y acciones mediante su presencia o su expresión: evocar, aglutinar, promover, movilizar, inspirar, transformar, etc. El símbolo puede ser tan fuerte o más que una ley cuando opera a nivel afectivo y emocional, recogiendo aspiraciones, representado la continuidad, la unión y la totalidad (Alvarado Planas, 2006: 16). El impacto del símbolo queda bien plasmado en la expresión de Cassirer cuando se refiere al hombre como *animal simbólico*, consciente de que en política los símbolos tienen una extraordinaria relevancia como movilizadores del sentimiento colectivo, pues son capaces de «[...] condensar afectos y sentimientos, desde la lealtad hasta la identificación con el propio grupo, con su pasado y su futuro, con sus recuerdos y proyectos» (Herrero de Miñón, 1996: 46).

Tampoco es de menor relevancia constitucional el hecho de que la Corona sirva a la estabilidad del propio sistema, en la medida en que simboliza la unidad y permanencia del Estado —*stato*, lo que no cambia— y trasciende a la actualidad, a las tensiones y a las parcialidades (*Ibidem*, 1996: 49). Queda, así, por encima de la división política, territorial y temporal. La simbolización de la *unidad* se proyecta en una triple dimensión: frente a la división de poderes, a la diversidad territorial y al pluralismo político propio de una democracia de partidos (Rollnert, 2019: 13 ss.). A esta dimensión enzimática *supra partes* se le llama también función integradora de la Corona tanto en el plano de formalización jurídica como en el político. En el ámbito jurídico expresa la unidad del ordenamiento jurídico, dado que el rey formaliza los actos y decisiones jurídicos como portavoz solemne con su firma o su presencia dentro de un Estado plural en la organización territorial. La tercera dimensión de la unidad simbolizada por el rey, tal vez la de mayor relieve práctico, conecta con el Estado Democrático y es ejercida frente a la división inherente al pluralismo propio de un Estado de partidos, pues mientras aquellos cambian, la Corona permanece. Y es que la Corona es también un «símbolo de permanencia» dotado de mayor idoneidad que otras formas de jefatura del Estado, dada la mayor capacidad del monarca de visibilizarla por la legitimidad dinástica que le es propia en el automatismo de la sucesión hereditaria (*Ibidem*: 19). Si las Cortes y el Gobierno —y el resto de los órganos sometidos a renovación periódica— expresan el dinamismo del proceso político, la jefatura del Estado simboliza la permanencia de la nación y su sucesión automática entre generaciones.

Considerando que el jefe del Estado ejerce su función en una dimensión distinta, *supra* poderes, la protección jurídica de la prerrogativa es, también, una garantía de indemnidad frente a los potenciales embates que pudieran dirigirse frente a la institución. En las sentencias arriba citadas, la jurisprudencia constitucional de la Corte italiana ha afinado el argumento, vinculando la posición de preeminencia orgánica con una protección frente al resto de poderes a fin de garantizar el correcto ejercicio de la función. Concretamente, el *status* debe preservar a la institución como pieza última de cohesión del sistema constitucional, en la medida en que concierne a los presupuestos de la existencia de la comunidad política —la «indisoluble unidad» del art.2 CE en relación con el 56.1 CE—.

La inviolabilidad estaría, así, justificada como una garantía que protege al jefe del Estado —y al sistema constitucional— de quienes pretendieran la desestabilización de los presupuestos de la democracia constitucional. En efecto, la prerrogativa especialísima tendría sentido desde esta función de vértice o de argolla que confiere unidad y continuidad al esquema organizativo y lo representa.

Al principio de estas páginas se ha hecho referencia a los factores metajurídicos, y aquí es preciso volver sobre ellos. Dado que opera en el terreno emocional, el valor de un símbolo se resiste a su reducción jurídica. Al mismo tiempo, la singularidad del símbolo en su dimensión familiar y de legado agrava la relevancia de aquello que afecta al entorno familiar, que adquiere dimensión constitucional.

También por esta razón, la crisis y el desafío familiar derivados de la falta de rectitud en el comportamiento exigible al titular de la Corona se proyectan sobre la monarquía y el sistema constitucional, pues afectan inevitablemente a la cadena sucesoria de una institución cuya legitimidad radica en la pertenencia a un tronco familiar (art. 57.1 CE).

Por eso, una prerrogativa tan excepcional en un Estado democrático de Derecho exige del jefe del Estado un comportamiento altamente responsable; en caso contrario, pueden derivarse consecuencias para el propio sistema constitucional. Por otra parte, la singular posición del jefe del Estado, cuyos resortes de equilibrio son inexistentes, reclama la lealtad constitucional de quienes encarnan los poderes públicos y debe ser preservada respecto a la contienda política a través de su estatuto reforzado. Los errores en ambas dimensiones proyectarían sus efectos destructivos en el entero sistema constitucional sintetizado en el art. 1 CE. En fin, puede afirmarse que cabe una interpretación constructiva de la inviolabilidad según la cual está dirigida a un fin y no puede ser defraudada. Desde luego, una comprensión patológica de la prerrogativa pervertiría los fines de la institución, y la inviolabilidad degeneraría en impunidad.

5. LA INVIOLABILIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El artículo 56.3 CE establece la inviolabilidad e irresponsabilidad de la persona del rey. Esta tutela dual da continuidad a la tradición de los textos constitucionales españoles, aunque elimina la referencia al carácter sagrado del rey²⁵. En lo que respecta a su tenor literal, hay coincidencias entre el precepto constitucional y el art. 8 de la Ley Orgánica del Estado de 1967.

De acuerdo con su sentido originario, la inviolabilidad consistiría en la imposibilidad de proceder por cualesquiera actos de la persona del rey en todos los órdenes jurisdiccionales. Es decir, el monarca no puede ser perseguido ni juzgado por sus actos, incluidos aquellos que se enmarquen en su esfera privada. De acuerdo con la voluntad del poder constituyente —y así lo interpreta el Tribunal Constitucional—, la protección frente a cualquier acción judicial o proveniente de otro poder público es absoluta. Como hemos visto, la CE de 1978 habría modificado la razón de ser de la inviolabilidad, pero no su alcance. No se trataría, así, de la conservación de un vestigio, sino de una comprensión actualizada al nuevo sentido de la inviolabilidad en los mismos términos, pero en el marco de la Monarquía parlamentaria (García Majado, 2021: 360).

Así ha venido entendiéndose la inviolabilidad del monarca tanto por la doctrina mayoritaria (Aragón, 1990, 2015 y 2018; Solozábal, 2011; Torres del Moral, 2012; Biglino Campos, 2001; y Herrero de Miñón, 1996) como por la jurisdicción cuando se han pretendido acciones en el orden civil en relación con aspectos de su vida privada (Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 90 de Madrid, de 9 de octubre de 2012). En el mismo sentido, la exposición de motivos de la LO 4/2014, de 11 de julio, establece el aforamiento del Rey emérito tras su abdicación —y de otras figuras de la casa real—: «Conforme a los términos del texto constitucional, *todos los actos realizados por el rey o la reina durante el tiempo en que ostentare la jefatura del Estado, cualquiera que fuere su naturaleza, quedan amparados por la inviolabilidad y están exentos de responsabilidad*. Por el contrario, los que realizare después de haber abdicado quedarán sometidos, en su caso, al control jurisdiccional, por lo que, al no estar contemplado en la normativa vigente el régimen que debe aplicársele en relación con las actuaciones procesales que le pudieran afectar por hechos posteriores a su abdicación, se precisa establecer su regulación en la Ley Orgánica del Poder Judicial» (cursivas nuestras).

Ciertamente, y aunque pueda compartirse el fondo, resultan criticables tanto el procedimiento seguido para incorporar el precepto del aforamiento como la pretensión de que una exposición de motivos explicita el alcance de la inviolabilidad a la que se refiere el art. 56.3 CE.

El Pleno del Tribunal Constitucional ha interpretado el precepto en dos recientes sentencias dictadas por unanimidad: las SSTC 98/2019 (reprobación del Rey Felipe VI por el Parlamento de Cataluña) y 111/2019 (creación de una comisión parlamentaria de investigación) han disipado cualquier duda sobre el alcance y sentido de la inviolabilidad regia²⁶. La jurisprudencia fijada por el Alto Tribunal puede concretarse en los puntos siguientes

i) El artículo 56 en su apartado 3 completa el *status* del rey en el marco del modelo de la Monarquía parlamentaria.

ii) La inviolabilidad es una declaración de naturaleza político-jurídica del poder constituyente y obedece a una doble razón: la alta dignidad del monarca como jefe de Estado y la necesaria garantía de su función constitucional.

iii) Esta protección se sitúa al rey al margen de la controversia política.

iv) Se trata de un privilegio de naturaleza sustantiva (no procesal).

v) Preserva a la jefatura del Estado de cualquier tipo de censura o control de sus actos, sean jurídicos o políticos, y frente a la injerencia de otros poderes del Estado.

vi) Impide su sanción por un acto que, en otros supuestos, sí sanciona el ordenamiento jurídico.

vii) La inviolabilidad está al servicio del libre funcionamiento de la jefatura del Estado atendiendo a su posición constitucional dentro del sistema.

viii) Esta prerrogativa solo se predica del titular de la Corona.

El Tribunal Constitucional fija, así, una interpretación clásica, finalista y también de máximos de la inviolabilidad, orientada a preservar la voluntad originaria del poder consti-

tuyente, de acuerdo con la estructura del esquema de poderes de la Constitución Española de 1978, en la que, entre los derechos y libertades (parte dogmática) y el inicio la parte orgánica, «la Corona» ocupa el vértice de la *auctoritas*, a la que sigue el resto de los órganos constitucionales —*potestas*—. Ya antes, en la STC 177/2015 —dictada a propósito de una condena penal por la quema de las fotos del rey—, había señalado que la especial protección jurídica de la Corona dispensada por el legislador penal se justifica *para defender al propio Estado Constitucional* (FJ 3)²⁷. El Alto Tribunal formula, así, una interpretación maximalista en la extensión, y finalista, dirigida a subrayar la relevancia de la Corona en el conjunto de poderes y el sistema constitucional. La Corona sería, entiende el Tribunal Constitucional, la pieza de equilibrio y garantía del propio sistema constitucional frente a potenciales excesos de aquellos poderes que, rompiendo la debida lealtad constitucional (García Canales, 2001: 93), pudieran plantear exigencias «exorbitantes», en palabras de la Corte Constitucional italiana (*ut. supra*). La inviolabilidad es la protección extraordinaria de una institución sin *potestas*, que conservaría la prerrogativa para la defensa de su propia función al servicio del sistema constitucional. Lo mismo ha venido señalando la doctrina mayoritaria, vinculando la posición *supra partes* del depositario de la Corona, situado por encima de la contienda política, rasgo de la institución, que la preserva frente a «posibles maniobras arteras» (Biglino Campos, 2001: 207).

Frente a esta posición, otras voces han defendido la supresión de la inviolabilidad (Gimbernat, s. ref.; Martín Pallín, s. ref.; Oliver Araujo, 2010²⁸; y Pérez Royo, 1984 y ¹¹2007, entre otros) o la restricción del espacio de la misma a los actos del rey exclusivamente conectados con el ejercicio de su función (así, Díaz Revorio, 2015*a* y 2015*b*; o Belda, 2015). Para estos autores, la dificultad estriba en determinar qué actos del rey quedarían fuera del control jurisdiccional (Díaz Revorio, 2015*a*: 85).

En esta última línea doctrinal —la inviolabilidad limitada a la función constitucional—, el problema radica en distinguir qué es privado y qué es público en la persona del rey, es decir, qué actos regios no afectan la función incluso si se reconoce este espacio. La regla constitucional de la inviolabilidad absoluta parte de la premisa del ser y estar, de modo que también la vida personal tendría relevancia jurídica por tratarse del depositario de la Corona. En este sentido, nada en la vida de un rey sería estrictamente privado (Torres del Moral, 2012: 854).

En todo caso, y como se ha señalado también más arriba, si bien la interpretación originalista de la inviolabilidad puede justificarse teórica y constitucionalmente en la argumentación señalada —la función del símbolo tiene su límite en el abuso de la prerrogativa—, en principio la inhabilitación prevista en el art. 59.2 CE se referiría —así ha sido interpretado mayoritariamente— a causas de carácter físico o psíquico como correlato de la previsión del art. 200 del Código Civil sobre las causas de incapacidad. Por otra parte, la interpretación sistemática con el artículo 56.1 CE apunta a que no sea una vía para causas de naturaleza política.

6. NOTAS DE CIERRE

Hasta aquí la reflexión sobre el sentido, el alcance y el riesgo de la inviolabilidad. En todo caso, cualquier reforma de la institución ha de orientarse a mejorar el funcionamiento del modelo constitucional y debe estar al servicio de la salvaguarda del equilibrio de poderes y la protección de la función constitucional. Si se opta por distinguir vida pública y privada, es necesaria la racionalización de deslinde —nada sencilla—, así como el establecimiento de aforamiento y procedimiento especial. Desde luego, la vía exigida para esta modificación sería la reforma constitucional y esta requiere el procedimiento agravado del art. 168 CE. En ningún caso sería suficiente una ley de desarrollo para modificar el sentido del art. 56.3 CE, que es claro al determinar que el rey es inviolable y no está sujeto a responsabilidad.

La cuestión de fondo, y vuelvo al comienzo, es cómo encajar las reglas propias de una institución de tradición tan singular con las exigencias generales de un sistema democrático dinámico que ha de seguir perfeccionándose para mejorar el funcionamiento del conjunto. Si bien la plasticidad es un rasgo propio de la monarquía, la duda estriba en el límite de las adaptaciones. A veces, quienes propugnan la reducción o supresión de la inviolabilidad, o bien reducen el alcance de los riesgos —o, en el fondo, defienden la sustitución del modelo por otro—, o bien aciertan al plantear la modernización, pero es preciso adelantarse a los problemas jurídicos y políticos que comportaría la reducción de la inviolabilidad.

Si el último supuesto no está libre de riesgos asociados a la judicialización de los actos del jefe del Estado, no puede negarse que el primero presenta otro peligro que derivaría en una suerte de *inviolabilidad destructiva* si el titular de la Corona se apartara de de la ejemplaridad y abusara de su *status* generando en la ciudadanía una suerte de desazón por una percepción social de injusticia e impunidad. Analizada la cuestión desde otra perspectiva, la impunidad no será nunca absoluta si hay transparencia y libertad de expresión, dado que la censura pública es también condena: la inviolabilidad no elimina el reproche social ni la vergüenza pública que se proyecta sobre el sujeto que abusa y sobre su entorno directo. Ello sin descartar otras «sanciones» más radicales que pueden llevar a la pérdida de la Corona (García Canales, 2001: 93) forzando abdicaciones o renunciaciones o, en última instancia, siendo el revulsivo de rupturas y cambios de sistema, aunque esta última hipótesis podría afectar no solo a la forma de gobierno, sino también en la forma de Estado.

En el necesario *bilanciamento* entre bienes constitucionales, conviene ponderar adecuadamente los riesgos, el valor de la estabilidad del sistema y la defensa del Estado constitucional. Insisto en que solo en este sentido funcional puede entenderse la inviolabilidad de la monarquía, también en la forma parlamentaria. Vuelvo aquí al punto primero, es decir, a los desafíos actuales de la Monarquía parlamentaria y al contexto. La conservación del estatus constitucional del rey y su servicio al sistema constitucional hacen que el prestigio y ejemplaridad del titular de la Corona —y por supuesto la debida lealtad constitucional— constituya una exigencia precisada de actualización. Existe, así, el círculo virtuoso —ejemplaridad, lealtad, mejor funcionamiento del sistema constitucional— y su contrario, que podría sintetizarse en el clásico brocardo *corruptio optimi pessima*. Siempre certera resulta

la exigencia orsiana de autoridad de saber —y saber hacer— en la función, que incluye el ser y actuar rectamente. Entiendo que este es el anverso inseparable de la prerrogativa de la inviolabilidad.

NOTAS

1. Algunos autores han interpretado el alcance de la inviolabilidad desde una perspectiva distinta. Así, por ejemplo, limitándola a los actos sujetos a refrendo. Las reflexiones de este texto vinculan la inviolabilidad a la función simbólica, representativa e integradora, que excede el espacio de los actos refrendados y alcanza al *ser* del jefe del Estado y no a su *estar* o *actuar*. Una referencia a otras posiciones doctrinales se recoge en el reciente trabajo de García Majado (2021: 367).

2. En efecto, no han faltado en los últimos tiempos iniciativas parlamentarias sobre la modificación del estatus del jefe del Estado. Así los partidarios de la supresión de la monarquía también han defendido la eliminación de la inviolabilidad del rey (PNV, ERC, PDEcat, Compromís y Bildu). En la XIV legislatura (2019-) se han presentado —y rechazado— iniciativas legislativas relativas a la inviolabilidad (es el caso de la Proposición de Ley del Grupo plural relativa a los actos del rey sujetos a inviolabilidad —inadmitida a trámite en términos absolutos por el Pleno del Congreso en octubre de 2020—; también se ha activado el debate a través de instrumentos de control parlamentario (pregunta con respuesta escrita sobre la limitación de la inviolabilidad del jefe del Estado en casos de presunta corrupción personal o de alguien cercano del círculo familiar) y de orientación política (Proposición no de Ley de eliminación de la inviolabilidad y otras figuras de «especial protección judicial» a la familia real presentada por el Grupo parlamentario republicano rechazada por el Pleno por 276 votos en contra y 74 a favor (BOCCGG, núm. 233, 4 de marzo de 2021) o, antes, la Proposición no de Ley por la que se instaba al Gobierno a presentar un informe sobre las medidas que tiene previstas para acotar el concepto de inviolabilidad del jefe del Estado vista la comunicación de la Casa de S.M. El rey, de 15 de marzo de 2020). Todo ello sin desconocer que incluso se planteó ya en la campaña electoral de 2018 por parte del PSOE.

3. No hay que olvidar que dicho pragmatismo incluyó la Monarquía parlamentaria como uno de los elementos principales del pacto constitucional aunando inviolabilidad y protección extraordinaria frente a una reforma: debilitamiento funcional y apuntalamiento de la institución a través de la híper protección jurídica.

4. No oculta la relevancia que el comunicado fuera emitido el primer día de estado de alarma, decretado el 14 de marzo de 2020 para hacer frente a la pandemia de la COVID 19.

5. «Que en coherencia con las palabras pronunciadas en su discurso de proclamación y con la finalidad de preservar la ejemplaridad de la Corona, S.M. el rey quiere que sea conocido públicamente que S.M. el Rey Don Juan Carlos tiene conocimiento de su *decisión de renunciar a la herencia de Don Juan Carlos que personalmente le pudiera corresponder, así como a cualquier activo, inversión o estructura financiera cuyo origen, características o finalidad puedan no estar en consonancia con la legalidad o con los criterios de rectitud e integridad que rigen su actividad institucional y privada y que deben informar la actividad de la Corona*» (cursivas nuestras). Disponible en: <https://casareal.es/ES/AreaPrensa/Paginas/area_prensa_comunicados_interior.aspx?data=112>. [Consulta: 27/09/2021.]

6. Disponible en: <https://casareal.es/ES/AreaPrensa/Paginas/area_prensa_comunicados_interior.aspx?data=113>. [Consulta: 27/09/2021.]

7. En este sentido, García Canales señaló que «[...] la función regia precisa de ciertas reglas, de ciertas convenciones, creencias y costumbres constitucionales o principios jurídicos para resultar eficaz». A juicio

del autor, estas reglas tienen una función de «[...] eslabón que da sentido y completa la regla básica de la necesaria correlación irresponsabilidad regia-refrendo-responsabilidad ministerial» (García Canales, 2000: 91).

8. Utiliza el autor una expresión muy gráfica: «[...] la inviolabilidad entendida como irresponsabilidad jurídica [...] constituye una brecha en el edificio del Estado de Derecho».

9. Así lo refiere Aragón Reyes (1990: 62-63).

10. Una reflexión interesante sobre el valor limitado de la historia y del Derecho comparado para problemas actuales en particular de la monarquía puede verse en Aragón Reyes (1990: 91).

11. En España, el profesor Pérez Royo ha sido rotundo en su afirmación: «La jefatura del Estado es, pues, una *anomalía histórica*, que no puede ser explicada racionalmente» (Pérez Royo, ¹¹2007: 646). Efectivamente, la conservación de la monarquía se explica desde la historia y la conservación de la tradición. En defensa de la relevancia de la jefatura del Estado, *vid.* Herrero de Miñón (2017: 13 ss.).

12. Kantorowicz (1957: 992).

13. Bossuet ([1679] 1974: 72-73).

14. Para una referencia comparada tanto histórica como a algunas las monarquías europeas vigentes me remito al trabajo reciente de Escajedo San Epifanio, (2020: 403-430).

15. Sobre esta idea, *vid.* Oliver Araujo (2001: 348-349), para quien, desde estas premisas, «[...] la irresponsabilidad regia sigue manteniendo el carácter de elemento sustancial racionalmente apropiado a la inserción y desenvolvimiento de la institución monárquica en el Estado liberal de Derecho».

16. Aragón Reyes (1990: 100).

17. No voy a entrar aquí en otros tipos de protección de la imagen de la Corona y de sus titulares, pero otra dimensión es la protección penal, actualmente en discusión. Entra dentro del contexto general fijado al comienzo de estas páginas y, en parte, conecta con la controvertida sentencia sobre la quema de las fotos del rey: STEDH de 13 de marzo de 2018 (caso *Stern Taulats y Roura c. España*) que condenó a España.

18. Bagehot, ([1867: 2010: 67).

19. Está presente en las Repúblicas y también aparecía en la LO del Estado 1/1967, art. 8.3 («De los actos del Jefe del Estado serán responsables las personas que los refrenden»).

20. Torres Muro se refiere a él como «[...] instrumento que sirve para desapoderar a un rey irresponsable, que siempre debe actuar apoyándose en otros órganos constitucionales» (Torres Muro, 2009: 59).

21. De la Iglesia Chamarro (2019: 54-55).

22. Bagehot ([1867] 2010: 5-6). En la traducción para la publicación del CEPC, Varela Suances-Carpegna, lo traduce como «partes imponentes» y «partes eficientes».

23. Esta idea de «estar» *versus* «hacer» me la sugiere la lectura de un extraordinario texto de Pérez Royo donde el autor se refiere en general a la jefatura del Estado: «Es una institución “con mucha naturaleza” y “poco principio”; es una institución pensada para “estar” y no para “actuar”, es una institución a la que de entrada se suprime el corolario de todo ejercicio del poder: la responsabilidad». El autor sostiene que «[...] la jefatura del Estado en el sistema parlamentario es innecesaria por incongruente e irracional, así se sitúa en la línea de Kimminich y Ehmke. Su conclusión es que solo es explicable en el continente europeo exclusivamente por la circunstancia histórica de que el Estado constitucional se formó a partir de la Monarquía absoluta y nada más» (Pérez Royo, 1984: 10-11 y 14-15).

24. Para el autor, esta función relacionada con la identidad nacional tiene una relevancia superior en aquellos países en los que está cuestionada por una parte de la población, y cita los casos de Bélgica y España (Delpééré, 1996: 53).
25. En efecto, excepción hecha de la Constitución de 1869 —que contenía una previsión similar a la del actual artículo 56.3 CE—, las de 1812, 1837, 1845 y 1876 proclamaban que la persona del rey era sagrada e inviolable. En las monedas de curso legal, la fórmula secular «por la gracia de Dios» ya había sido suprimida por otra en 1975 (Decreto 3479/1975, de 19 de diciembre, BOE núm. 4 de 5 de enero de 1976).
26. En un *obiter dicta* a propósito de una declaración de responsabilidad de los magistrados del Tribunal Constitucional, el TC había declarado que «[...] la única irresponsabilidad que está reconocida constitucionalmente con ese alcance general queda reservada en el art. 56.3 para la persona del rey» (STC 133/2013, FJ 6).
27. Ya me he referido anteriormente a la condena a España por el TEDH en la sentencia de marzo de 2018 por vulneración del art. 10 del CEDH, resolución que declaró que la quema de las fotos del rey no era encuadrable en la categoría de discurso del odio.
28. Oliver Araujo (2010: 53 ss.).

BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO PLANAS, Javier (2006): «La Corona como símbolo», en Y. Gómez Sánchez (coord.), *XXV años de monarquía parlamentaria*, Madrid: Sanz y Torres, 1-16.
- ARAGÓN REYES, Manuel (1990): *Dos estudios sobre la monarquía parlamentaria en la Constitución Española*, Madrid: Civitas.
- (2015): «¿Cambiar la Constitución para adaptarla o para transformarla? Requisitos y límites de la reforma constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, 36, 313-327.
- (2018): «La Monarquía Parlamentaria», en B. Pendás (dir.), *España Constitucional 1978-2018. Trayectorias y Perspectivas*, t. I, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 635-650.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2013): *La Corona. Reflexiones en voz baja*, Madrid: Iustel.
- BAGEHOT, Walter (1867): *La Constitución inglesa* (edición 2010, trad. Adolfo Posada), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BELDA, Enrique (2015): *¿Qué le falta a la Monarquía parlamentaria para estar plenamente racionalizada? La monarquía española en el siglo XXI*, Valladolid: Aranzadi Lex Nova.
- BIGLINO CAMPOS, Paloma (2001): «La inviolabilidad de la persona del Rey y el refrendo de sus actos», *VII Jornadas de Derecho Parlamentario. La Monarquía Parlamentaria*, Madrid: Congreso de los Diputados, 201-214.
- BOGDANOR, Vernon, (1996): «The Monarchy and the Constitution», *Parliamentary Affairs*, 49(3), 407-422.
- BOSSUET, Jacques-Bénigne (1679), trad. Maestro, J. (1974): *Política sacada de las Sagradas Escrituras*, Madrid: Tecnos.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro (2007): «De la Monarquía en España: el fondo y la forma», *Claves de Razón Práctica*, 171, 4-9.
- DE LA IGLESIA CHAMARRO, Asunción (2019): *Desafíos de la monarquía parlamentaria*, Madrid: Marcial Pons.
- DE OTTO, Ignacio, ([1978] 2010): «Sobre la Monarquía», en *Id.*, *Obras Completas*, Oviedo-Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1519-1526.
- DELPÉRÉE, Francis (1996): «La fonction du Roi», *Pouvoirs*, 78, 43-54.

- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2015a): «La monarquía parlamentaria, entre la historia y la Constitución», *Pensamiento Constitucional*, 20, 65-106.
- (2015b): *Prólogo* al libro de E. Belda, E. ¿Qué le falta a la Monarquía parlamentaria para estar plenamente racionalizada? *La monarquía española en el siglo XXI*, Valladolid: Aranzadi Lex Nova, 13-21.
- ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leyre (2020): «La inviolabilidad regia en perspectiva comparada», *Teoría y Realidad Constitucional*, 46, 403-430.
- GARCÍA CANALES, Mariano (1991): *La monarquía parlamentaria española*, Madrid: Tecnos.
- (2000): «Las monarquías parlamentarias europeas», en A. Torres del Moral, *Monarquía y Constitución*, t. I, Madrid: Colex, 81-94.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier (2012): «Reformas constitucionales posibles y reformas constitucionales imposibles. Notas previas a la reforma de la Constitución», *Teoría y Realidad Constitucional*, 30, 301-314.
- GARCÍA LÓPEZ, Eloy (2014): «El rey neutral: la plausibilidad de una lectura democrática del art. 56.1 de la Constitución», *Teoría y Realidad Constitucional*, 34, 295-318.
- GARCÍA MAJADO, Patricia (2021): «Significado y alcance de la inviolabilidad del rey», *Teoría y Realidad Constitucional*, 47, 357-381.
- GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro (2018): «Art. 56», en *Comentario a la Constitución Española*, Valencia: Tirant lo Blanch, 981-992.
- HERRERO DE MIÑÓN, Miguel (1996): «Artículo 56: El Rey», en AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. V, Madrid: EDERSA, 39-76.
- (2017): «Las funciones interconstitucionales del jefe de Estado parlamentario», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 13-42.
- KANTOROWICZ, Ernst ([1957] 2000): original *The King's two Bodies* 1957, en *Oeuvres*, París: Gallimard.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel (1979): *La Jefatura del Estado en el Derecho Público español*, Madrid: INAP.
- OLIVER ARAUJO, Joan (2010): «La reforma constitucional de la Corona (Una propuesta radical y diez moderadas)», *Revista de Derecho Político*, 77, 15-69.
- OLIVER LEÓN, Baldomero (2001): «La irresponsabilidad como elemento sustancial de la Monarquía», en A. Torres del Moral (dir.), *Monarquía y Constitución*, t. I, Madrid: Colex, 343-347.
- PÉREZ ROYO, Javier (1984): «Jefatura del Estado y democracia parlamentaria», *Revista de Estudios Políticos*, 39, 7-27.
- (1¹2007): *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial Pons.
- ROLLNERT, Göran (2019): «El rey, símbolo de la unidad y permanencia del Estado», en A. Villanueva (dir.), *40 años de Monarquía parlamentaria*, Madrid: Colex, 13-35.
- RUBIO LLORENTE, Francisco (1993): *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2001): «La Corona» en AA.VV., *La Monarquía Parlamentaria. VII Jornadas de Derecho Parlamentario*, Madrid: Congreso de los Diputados, 35-46.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José (2011): «Irresponsabilidad e inviolabilidad del Rey» en *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Madrid: Civitas, 42-45.
- TORRES DEL MORAL, Antonio (2012): «Inviolabilidad del rey», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 854.
- (2015): «Regeneración de la Monarquía», en E. Arnaldo-Alcubilla, Enrique y P. González-Trevijano (dirs.), *En pro de la regeneración política de España*, Cizur Menor: Aranzadi, 403-435.
- (2018): «Cuarenta años de monarquía parlamentaria», *Revista de Derecho Político*, 101, 33-64.
- TORRES MURO, Ignacio (2009): «Refrendo y monarquía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 87, 43-70.

EL JEFE DEL ESTADO ANTE SU CONTROL DIFUSO
THE DIFFUSE CONTROL OF THE KING

Patricia García Majado

*Profesora ayudante doctora de Derecho constitucional
Universidad de Oviedo*

RESUMEN

La inviolabilidad regia se ha vinculado, tradicionalmente, a la ausencia de control jurisdiccional del jefe del Estado. Sin embargo, al amparo de la misma se ha sustraído al monarca de otros tipos de actos de control o censura (políticos o sociales), consecuencia del ejercicio de derechos fundamentales o competencias por parte de los poderes públicos, de los que, sin embargo, no se desprende responsabilidad jurídica o política directa alguna. Este trabajo trata de analizar, teniendo como telón de fondo la prerrogativa regia, cómo el ordenamiento jurídico español ha ido construyendo blindajes frente a las expresiones de descontento hacia el monarca en diversos ámbitos, al constituir mecanismos difusos de control para analizar, posteriormente, si las mismas resultan justificadas en la protección de la función que aquel tiene constitucionalmente encomendada.

PALABRAS CLAVE

Inviolabilidad del rey, control, libertad de expresión, crítica, prerrogativa, monarquía.

ABSTRACT

The King's inviolability has exempted him from all kinds of judicial control. Under that prerogative, however, the Monarch has been also exempted from other types of control (political or social), which are the result of the exercise of fundamental rights or competences by the public authorities, from which, however, no direct legal or political liabilities are stemmed. This paper aims to analyze how the Spanish constitutional system has been building legal shields against different expressions of discontent towards the Monarch—which constitute diffuse mechanisms of control—to analyze, later, whether they are justified for the protection of the function that the King has constitutionally entrusted.

KEYWORDS

King's inviolability, control freedom of expression, critic, prerogative, Monarchy.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2021.020>

EL JEFE DEL ESTADO ANTE SU CONTROL DIFUSO

Patricia García Majado

Profesora ayudante doctora de Derecho constitucional
Universidad de Oviedo

Sumario: 1. La protección jurídico-constitucional del rey. 2. El monarca ante la crítica parlamentaria. 3. El monarca ante la crítica ciudadana. 4. Breves conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. LA PROTECCIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL REY

Tradicionalmente, la inviolabilidad regia ha servido para explicar la exoneración del monarca de responsabilidades jurídicas de cualquier índole (penales, civiles, laborales, administrativas...) por los hechos cometidos tanto en el ejercicio de su cargo como fuera de este, pues no en vano *la persona del rey*, y no solo *el rey*, es inviolable (art. 56.3 CE). El Tribunal Constitucional ha declarado que dicha prerrogativa es un «privilegio de naturaleza sustantiva»¹. Al hilo de las prerrogativas parlamentarias, el TC ha puesto igualmente de manifiesto que aquella garantía no solo implica la irresponsabilidad jurídica por los actos que cometa su titular, sino la imposibilidad de incoar cualquier clase de procedimiento judicial contra él, constituyendo así un límite absoluto a la jurisdicción². La inviolabilidad tiene, entonces, esa doble faz: la ausencia de responsabilidad en todos los ámbitos y la no sujeción a procedimiento judicial alguno (Oliver León, 2004: 290; y Fernández Fontecha-Torres, 2018: 1678-1679).

Un sector doctrinal justifica esta ausencia de responsabilidad jurídica en la existencia de refrendo (Fernández-Fontecha Torres 2018: 1677; y Belda Pérez-Pedrero, 2018: 1986, entre otros). Si esto fuera así, no obstante, habría que colegir necesariamente que el monarca es responsable de todo aquello que no ha sido refrendado, asimetría que no se compadece con el enunciado de acuerdo con el cual «la persona del rey es inviolable» (art. 56.3 CE). El fundamento de la inviolabilidad deriva, más bien, de la propia función que el monarca tiene constitucionalmente atribuida. Si sus actos no institucionales, de naturaleza privada, no resultaran cubiertos por la prerrogativa, la tarea atribuida al rey podría verse mermada, dado que no resulta fácil ser el «símbolo de la unidad y permanencia del Estado» (art. 56.1 CE) y verse sometido a eventuales procesos judiciales que conllevarían, cada vez que dicha

circunstancia aconteciese, la apertura del orden sucesorio (Biglino Campos 2001: 206 ss.; y Bastida Freijedo, 2018: 369). Por tanto, el monarca no es inviolable porque sus actos estén refrendados, sino que sus actos están refrendados porque es inviolable³ (Biglino Campos 2001:206; Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, 2018: 1239, Aragón Reyes ³2013: 808; y Bastida Freijedo 2018: 368)⁴.

Sin embargo, también se ha entendido que el art. 56.3 CE exime al monarca de responsabilidades políticas. Y ello tanto si se entiende que la inviolabilidad impide la exigencia de todo tipo de responsabilidades, tanto jurídicas como políticas, como si se considera — como hacen algunos autores— que la inviolabilidad exonera de las primeras, mientras que la irresponsabilidad lo hace de las segundas (Cazorla Pérez, Ruiz Rico y Bonachela Mesas 1983: 230-231; y Oliver León 2004:286). Este planteamiento es coherente, toda vez que la Constitución no prevé actualmente ningún mecanismo para destituir políticamente al monarca. Por un lado, la abdicación y la renuncia (art. 57.5 CE) son, como tales, actos voluntarios y además definitivos. Por otro, la inhabilitación por las Cortes parece revestir naturaleza civil (no política) y está prevista para aquellos supuestos en los que impedimentos físicos o psíquicos inhabiliten al monarca para el ejercicio de su autoridad (art. 59.2 CE); además, tiene carácter temporal, pues inmediatamente se activa la regencia (García Canales 1991: 200-203; Menéndez Rexach 1979: 378; Torres del Moral: 513; Fernández-Fontecha Torres, Pérez de Armiñán y de la Serna 1987: 233-237; y Solozábal Echevarría 1987: 116, entre otros)⁵. Cabe, pues, concluir que, *de constitutione lata*, el monarca también está exento de responsabilidad política *stricto sensu*, pues es políticamente inamovible. A salvo queda, obviamente, la posibilidad de impulsar una reforma constitucional que eliminase la monarquía.

Los contornos se tornan difusos, no obstante, cuando esa responsabilidad política no se analiza en términos estrictos, sino amplios, y comprende la llamada «responsabilidad política difusa» (Rescigno, 1967), que no es otra que la que podría recaer sobre el monarca como consecuencia de la reprobación política o social, esto es, de ciertas manifestaciones de descontento de muy diverso orden que, como tales, no conllevarían su remoción inmediata, sino simplemente el mero cuestionamiento de su figura y, a la postre, su propio desgaste. Es este precisamente el objeto de nuestro estudio. Y es que, si bien tradicionalmente la inviolabilidad regia se ha entendido como la ausencia de todo tipo de responsabilidad jurídica y política, la más reciente y novedosa jurisprudencia constitucional en torno al art. 56.3 CE parece poner de relieve cierta conexión entre la prerrogativa y *cualquier tipo de control*.

El Tribunal Constitucional ha sostenido que la inviolabilidad blinda al monarca frente a «toda censura o control de sus actos»⁶, afirmación que, sin perjuicio de lo que se expondrá en las siguientes páginas, parece ampliar materialmente la inviolabilidad más allá de los confines donde debe situarse, abriendo así la puerta a que el objeto de la prerrogativa ya no sea fundamentalmente el control propiamente jurisdiccional, sino otras muchas actividades fiscalizadoras de distinta naturaleza. En la medida en que esto sea así, el reverso tradicional de la inviolabilidad regia ya no se circunscribirá únicamente a la limitación de la tutela judicial efectiva, sino que se extenderá, también, a la limitación de otros derechos

fundamentales de los ciudadanos y a competencias o potestades de los poderes públicos cuyo ejercicio, obviamente, conlleve cierta carga reprobatoria.

Así, el objetivo de las siguientes páginas no es otro que analizar las diversas vías a través de las cuales el sistema jurídico español ha ido desactivando distintas manifestaciones de descontento, político o social, hacia el jefe del Estado —y, en muchas ocasiones, hacia sus allegados regios— que, como tales, suponen el ejercicio de una labor fiscalizadora difusa. Y ello, en unos casos merced a una interpretación expansiva de la inviolabilidad regia — como ocurre, fundamentalmente, con la crítica parlamentaria— y, en otros, merced a una regulación jurídico-penal de la Corona que, aunque no sea una manifestación directa de dicha prerrogativa, parece sintonizar también con esa misma lógica (expansiva). A continuación, trataremos de analizar si tales blindajes, que no son sino restricciones, están funcionalmente justificados en nuestro sistema democrático a la luz de la protección que cabe dispensar a las funciones desempeñadas por el jefe del Estado y a la preservación de la institución que este encarna.

2. EL MONARCA ANTE LA CRÍTICA PARLAMENTARIA

Uno de los ámbitos específicos en los que el sistema democrático propicia la exteriorización, incluso de forma agria, del descontento, la reprobación, la crítica o el reproche hacia el jefe del Estado y su ejecutoria es el parlamentario. Sin embargo, es precisamente en esta sede donde más se han dejado sentir los efectos de la inviolabilidad regia. A raíz de la activación de distintos mecanismos, en las Cámaras se han vertido juicios de desaprobación y crítica hacia el actual monarca —y, en ocasiones, también hacia el anterior— que, al entenderse como resortes de control —en este caso, político—, han sido considerados incompatibles con el estatuto de inviolabilidad que la Constitución le asigna. La prerrogativa ha operado aquí como un claro límite al ejercicio de determinadas potestades típicamente parlamentarias que, en muchas ocasiones, constituyen a su vez ejercicios legítimos del *ius in officium* de los parlamentarios (art. 23.2 CE).

Esta cuestión se planteó, en un primer momento, a raíz de una moción de reprobación a Felipe VI adoptada por el Parlamento de Cataluña⁷ que rechazaba y condenaba la toma de postura del rey en su alocución sobre el conflicto catalán y su justificación de la violencia ejercida por los policías en octubre de 2017, y reafirmaba el compromiso con los valores republicanos y la apuesta por la abolición de la Monarquía. Esa moción fue declarada inconstitucional por la STC 98/2019, de 17 de julio⁸; el TC entendió que, en cuanto emisión de un «juicio de contradicción u oposición» hacia el monarca y su conducta, la reprobación suponía la imputación de una responsabilidad política y la imposición al rey de una sanción del mismo tipo proscrita *ex art.* 56.3 CE.

Dejando al margen la controvertida cuestión sobre si dicha resolución era susceptible de recurso *ex arts.* 161.2 CE y 76 y 77 LOTC —pues no parece que la misma pudiera producir efectos jurídicos siquiera indiciariamente, dado que en ella no había un llamamiento

a las instituciones autonómicas para que actuaran en algún sentido, requisito que, a la luz de la jurisprudencia constitucional, es imprescindible para poder impugnar jurisdiccionalmente tales resoluciones autonómicas⁹—, en lo que aquí interesa no parece constitucionalmente adecuada la interpretación que al respecto se hace de la inviolabilidad regia.

Debe tenerse necesariamente en cuenta que de dicha resolución no se deriva, para el monarca, ninguna consecuencia jurídica ni política (sustitución, inhabilitación, etc.), pues agota sus efectos en su propia exteriorización. Aquella moción fue aprobada unos días después de la celebración de un debate general sobre la acción política y de gobierno en el seno del Parlamento catalán al amparo de los arts. 154 y 155 Reglamento del Parlamento de Cataluña. Este tipo de «propuestas de resolución» —que, en este caso, adoptan la forma de moción— tienen una doble naturaleza, pues su fin no es activar la función de impulso político y control gubernamental —ámbito en el que se incardinaría, en su caso, la responsabilidad política *stricto sensu*—, sino promover la deliberación y la toma de posición de la Cámara respecto a un asunto determinado, operando así como un vehículo de expresión de opiniones o juicios sobre asuntos de interés para los representados y constituyendo, en ese sentido, una manifestación relevante del *ius in officium* de los parlamentarios (art. 23.2 CE)¹⁰.

Como subrayó en su dictamen el Consejo de Estado, no fue una declaración emitida a resultas de una actuación de control parlamentario, sino una resolución conclusiva de un debate de política general que recogía un juicio valorativo sobre la actuación del jefe del Estado en relación con determinados sucesos acontecidos en Cataluña. Así, y a diferencia de lo que sostuvo el Tribunal Constitucional, el Parlamento de Cataluña no estaba ejerciendo una «potestad de censura o reprobación de los actos regios» de la que constitucionalmente carece, sino que sencillamente estaba debatiendo, aunque lo hiciera en sentido crítico, sobre la figura del rey y su actuación, algo que no parece situarse en modo alguno fuera de las atribuciones de un Parlamento autonómico, pues esa sede es, por su naturaleza, precisamente el lugar donde dicha discusión debiera tener cabida, máxime cuando estamos en un sistema de democracia procedimental y no militante que no impone, en cuanto tal, límites materiales al debate público.

No parece, en suma, que un «juicio de valor» —como acertadamente el propio Tribunal Constitucional denomina a las expresiones vertidas en el Parlamento catalán— pueda ser contrario a la configuración constitucional de la institución de la Corona. Su prohibición es más bien contraria al ejercicio de las atribuciones típicamente parlamentarias. Aún menos comprensible resulta que «la apuesta por la abolición de la Monarquía» —que también se recoge en la citada resolución del Parlamento catalán— resulte, al ser interpretada como un mensaje de rechazo y condena, jurídicamente vetada, puesto que, de ser así, todo intento de impulsar una reforma constitucional en clave republicana resultaría incompatible con la prerrogativa regia, algo ciertamente irrazonable, toda vez que es la propia norma fundamental la que deja abierta esa posibilidad al no imponer cláusulas de intangibilidad a la reforma constitucional (arts. 167 y 168 CE).

Esta jurisprudencia abría la puerta, sin demasiada dificultad, a que posteriores actos parlamentarios de contenido crítico o reprobatorio hacia el monarca fueran inadmitidos a

trámite por las mesas parlamentarias al resultar contrarios a la Constitución *ex art. 56.3 CE* (Castillo López, 2019: 489). Eso fue justamente lo que sucedió en la XIV legislatura con la inadmisión a trámite en términos absolutos de diversas solicitudes de creación de comisiones de investigación (fundamentalmente relativas a la trama vinculada a las presuntas ilegalidades cometidas por miembros de la casa real y las influencias políticas, diplomáticas y comerciales con Arabia Saudí y el uso de tarjetas opacas por parte del rey emérito con cargo a fondos procedentes del extranjero)¹¹ y, especialmente, con la Resolución del Parlamento de Cataluña 298/XII, de 7 de marzo de 2019, de Creación de la Comisión de Investigación sobre la Monarquía¹², que fue declarada inconstitucional por la STC 111/2019, de 2 de octubre, dado que —en lo que aquí interesa— el Tribunal Constitucional consideró que la misma resultaba incompatible con la inviolabilidad del Monarca (Felipe VI) y de quien lo fuera (Juan Carlos I) cuando acontecieron los hechos que trataban de investigarse porque implicaban la atribución a ambos de una responsabilidad política constitucionalmente proscrita.

Aun cuando la comisión de investigación sobre la Monarquía pudiera resultar discutible por haberse creado, en este caso, en el ámbito autonómico —dado que el objeto de aquellas debe ser de competencia de la Generalitat *ex arts. 59.6 del Estatuto de Autonomía de Cataluña y 67.1 del Reglamento del Parlament*—, desde luego no lo sería si fuera de ámbito nacional, dado que pueden crearse para investigar «cualquier asunto de interés público» (art. 76 CE) y la Jefatura del Estado sin duda lo es. Lo que no resulta tan comprensible —y es lo que aquí importa— es que su inconstitucionalidad se haga derivar también de su incompatibilidad con la inviolabilidad del rey (art. 56.3 CE) (Pascua Mateo, 2020: 438). Dichas comisiones constituyen una herramienta al servicio de la información de la Cámara, que trata de discutir y arrojar luz sobre informaciones de relevancia pública a las cuales no cabe anudar responsabilidad jurídica alguna (art. 76 CE, art. 53 RC, art. 60 RS), pero tampoco política *stricto sensu*, en los términos anteriormente mencionados.

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional sobre la inviolabilidad del art. 56.3 CE ha contribuido a dotar de una notable *vis expansiva* a dicha prerrogativa en términos materiales. Y es que, si la activación de los instrumentos anteriormente citados no supone la atribución de ninguna responsabilidad jurídica ni política *stricto sensu* al monarca y constituyen tan solo formas de vehicular el debate parlamentario en torno al monarca y su actuación y, aun así, aquellos se reputan contrarios al art. 56.3 CE, es porque se está entendiendo que la inviolabilidad regia protege al monarca también frente a la mera crítica o desaprobación (Herrero y Rodríguez de Miñón 1997: 75; Fusilier, 1960: 392; Delpérée 2002: 35), en este caso parlamentaria, pues se considera que opera como una suerte de resorte difuso de control.

Esta comprensión extensiva de la inviolabilidad explica, en efecto, que la Mesa del Congreso de los Diputados haya inadmitido a trámite —impidiendo la mera posibilidad de debatir al respecto—, por ejemplo, la Proposición de Ley para el fomento de la transparencia económico-presupuestaria del rey y de la casa real, presentada el 17 de julio de 2018, al entender que contravenía de forma palmaria y evidente los arts. 56.3 CE y 65.1 CE, inadmisión recurrida ante el Tribunal Constitucional y finalmente desestimada por la STC 24/2020, de 23 de febrero, por cuestiones meramente formales. Sin embargo,

dicha Proposición de Ley no pretendía interferir en los gastos del rey ni de la familia real, ni coartar su capacidad de disposición sobre los mismos ni atribuirle ningún tipo de responsabilidad por la gestión efectuada al respecto, sino únicamente hacer accesible a la ciudadanía esa información. Por los mismos motivos, en fin, ha sido también inadmitida a trámite muy recientemente la Proposición de Ley relativa al Registro Patrimonial de la Familia Real, presentada el 11 de noviembre de 2020¹³. Esa inadmisión parte, nuevamente, de la concepción de que la inviolabilidad regia protege al monarca de la crítica o reprobación, por eso resultaron vetadas estas iniciativas que implicaban cierta rendición de cuentas institucionales por parte de aquel. No ocurre lo mismo en otros países; por ejemplo, en Luxemburgo, donde se ha elaborado el llamado «Informe Waringo»¹⁴ sobre el funcionamiento de la casa real que, entre otras cosas, analiza críticamente las cuestiones económicas y presupuestarias de la familia real sin que tal cosa haya sido considerada en modo alguno incompatible con la inviolabilidad regia.

Y es que, si bien la prerrogativa en cuestión libera al jefe del Estado de todo tipo de responsabilidades —jurídicas y políticas—, no debiera eximirle por completo de toda censura o control de sus actos, puesto que hay actuaciones de esta naturaleza que no implican la exigencia de las antedichas responsabilidades y que son, en lo que ahora nos ocupa, ejercicios legítimos de distintas potestades parlamentarias y, a su vez, del *ius in officium* de los parlamentarios (art. 23.2 CE) (Aparicio, 1994: 113; y García Canales, 1991: 198). Salvo que se entienda, como parece hacer el Tribunal Constitucional, que cualquier tipo de crítica o manifestación de descontento, al suponer en cierto modo ejercicios difusos de control, debe considerarse constitucionalmente proscrita, una interpretación expansiva que, tratándose de una prerrogativa, debe ser necesariamente evitada.

Semejante concepción no encuentra, además, acomodo constitucional posible. Por un lado, resulta consustancial al sistema democrático la posibilidad de escrutar, criticar y manifestar el descontento, especialmente en sede parlamentaria, sobre cualesquiera de los poderes públicos, inclusive el jefe del Estado, pues, como el propio Tribunal ha subrayado, el Parlamento es justamente ese «[...] escenario privilegiado del debate público [...] en clave de libertad y pluralidad»¹⁵. Así, no parece posible aislar al rey de esa suerte de responsabilidad política difusa sin desnaturalizar el sistema democrático en el que él mismo se incardina, puesto que si la posibilidad de criticar cómo se gestionan los asuntos públicos —dentro y fuera del Parlamento— es consustancial al sistema democrático, también lo es, inevitablemente, la responsabilidad política difusa de los poderes que en él existen y operan (Díez-Picazo, 1996: 70). En otras palabras: para que no exista ningún tipo de responsabilidad difusa, *lato sensu*, sería necesario prohibir toda actividad mínimamente reprobatoria, hipótesis que no parece compadecerse bien con el sistema democrático.

Por otro lado, esa interpretación de la prerrogativa regia no resulta constitucionalmente adecuada. La función que la inviolabilidad desempeña en nuestro sistema jurídico no es otra que asegurar que el monarca pueda desarrollar pacíficamente su función de «ser símbolo de la unidad y permanencia del Estado» que la Constitución le atribuye en el art. 56.1 CE, función que obviamente, se vería truncada si se viera sometido a eventuales procesos judiciales o de exigencia de responsabilidad política *stricto sensu* (destitución, etc.) que

conllevaran, cada vez que dicha circunstancia aconteciese, la apertura del orden sucesorio (Biglino Campos 2001: 206 ss.; Bastida Freijedo, 2018: 369; y García Canales 1991:121-124). El propio Tribunal Constitucional ha subrayado, en efecto, que las garantías que protegen al rey *ex art. 56.3 CE* «[...] se justifican en cuanto condición de funcionamiento eficaz y libre de la institución que ostenta»¹⁶.

Ahora bien, garantizar la función del monarca como símbolo de unidad y permanencia del Estado a través de la exención de responsabilidades jurídicas y políticas *stricto sensu* no está reñido, como hemos sostenido, con la posibilidad de que él y su actuación sean sometidos a crítica y escrutinio tanto dentro como fuera del Parlamento, dado que este tipo de control no solo no trunca la función que aquel tiene constitucionalmente encomendada —puede seguir y sigue siendo, obviamente, símbolo de la unidad y permanencia del Estado—, sino que resulta inherentes al propio pluralismo político y social del Estado del que el monarca es símbolo. Precisamente por ello, no resulta constitucionalmente adecuado ampliar la inviolabilidad regia hasta este extremo, dado que tal extensión carece de justificación funcional, que es la que permite su configuración como una prerrogativa y no como un intolerable privilegio.

El Tribunal Constitucional ha tratado de defender dicha exención a la crítica parlamentaria argumentando que el jefe del Estado ocupa una posición *supra partes*. No obstante, esto no significa que a los representantes políticos deba resultarles ajena la persona y/o la actuación del rey. En otras palabras, aducir de que el monarca se sitúa al margen de la controversia política es un buen argumento para no inmiscuirle en dicha contienda, pero no para excluirle totalmente del debate libre y plural que tiene lugar en sede parlamentaria y que puede desencadenarse de múltiples maneras (no necesariamente a través de la activación de los mecanismos de control). De ser así, el rey no solo sería una figura ajena a la controversia política, sino que sencillamente se situaría extramuros del propio sistema constitucional. Por tanto, no se trata de que el recurso a aquellos mecanismos parlamentarios suponga una injerencia de las Cortes en la institución de la Corona, sino más bien que la prohibición de su uso constituye una injerencia de la Monarquía —sustentada en una comprensión distorsionada de su estatuto jurídico— en las labores propias del Parlamento. Precisamente, en este último escenario, y no en el primero, quiebra esa posición *supra partes* que ostenta el jefe del Estado.

Por último, no puede dejar de subrayarse el hecho de que buena parte de las prohibiciones aquí analizadas versen sobre actuaciones parlamentarias que no tienen que ver con el actual jefe del Estado, sino con el rey emérito. Tal es el caso de algunas de las comisiones de investigación mencionadas o incluso de ciertas solicitudes de comparecencia del rey emérito que corrieron la misma suerte¹⁷. En este sentido, si la extensión objetiva de la prerrogativa resulta discutible, lo es todavía más cuando dicha extensión va acompañada de una ampliación subjetiva, pues la inviolabilidad estaría también protegiendo en este ámbito a quien ya ha dejado de desempeñar sus funciones como rey de España (inviolabilidad *ultra officium*).

Tras la abdicación, el otrora jefe del Estado dejó de desempeñar su función constitucional —ser símbolo de unidad y permanencia del Estado— y, por tanto, decayó la justi-

ficación de la prerrogativa, que no es otra que proteger el desempeño de dicha tarea. A mi juicio, este argumento es útil tanto para no considerar inviolables los hechos acaecidos con posterioridad a su abdicación¹⁸ como para entender excluidos de la prerrogativa los actos previos a aquella que, obviamente, no hubieren sido refrendados —ese fue, por ejemplo, el supuesto de la comisión de investigación inadmitida por el Tribunal Constitucional a la que hemos hecho referencia—. En estos casos, no existe ninguna razón funcional que justifique el blindaje de los actos cometidos durante el periodo del reinado posterior a la abdicación pues la posibilidad de ser judicialmente perseguido en ese lapso temporal no merma el ejercicio de las funciones atribuidas al monarca mientras fuera tal, es decir, mientras las ejerció efectivamente (Bastida Freijedo, 2018: 369). Por tanto, el máximo exponente de la *vis* expansiva de la prerrogativa regia, avalada por el propio Tribunal, se alcanza cuando se considera que la misma no solo protege al monarca de la crítica o reprobación durante su reinado, sino también cuando ha abdicado, ya no ostenta cargo institucional alguno y ha dejado de ejercer las funciones regias.

3. EL MONARCA ANTE LA CRÍTICA CIUDADANA

La desaprobación y crítica del jefe del Estado —y, obviamente, resto de miembros de la familia real— no solo puede tener lugar en sede parlamentaria, sino también fuera de las instituciones. A diferencia del supuesto anterior, en este caso la censura constituye una manifestación del ejercicio de la libertad de expresión de los ciudadanos. Distintos tipos penales relativos a las injurias al jefe del Estado y al resto de la casa real criminalizan, sin embargo, las expresiones orientadas a desprestigiar tanto a los sujetos pasivos de esos delitos como a la institución a la que pertenecen, confiriendo a la Corona un robusto blindaje jurídico-penal frente a la expresión del descontento ciudadano. Se diría que la penalización de esas conductas —que, permítasenos adelantarlo, en modo alguno viene exigida por carácter inviolable del monarca— pretende, como veremos a continuación, sustraer al monarca a un nuevo resorte de control (social), en este caso no institucionalizado, general y difuso (Aragón Reyes 1995: 82): el ejercicio del derecho a la libertad de expresión por los ciudadanos.

El art. 490.3 del Código Penal (CP) tipifica el delito de calumnias o injurias al rey, la reina y ciertos miembros de su familia en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de estas, ilícito que lleva anudada la pena de prisión de seis meses a dos años en el caso de que las calumnias o injurias fueran graves y multa de seis a doce meses si lo no fueran. El sujeto pasivo, por tanto, debe ser una de las personas mencionadas y el tipo objetivo solo concurre si la injuria o la calumnia está vinculada al ejercicio de sus funciones constitucionales de aquellos. Por su parte, el art. 491.1 CP castiga con pena de multa de seis a veinticuatro meses al que injuriare o calumniare a alguno de los sujetos a los que hace referencia el precepto anterior. Por último, y en el marco de la misma lógica, el art. 491.2 CP sanciona con multa de seis a veinticuatro meses el uso de la imagen del rey, de cualquie-

ra de sus ascendientes o descendientes, de la reina consorte y del príncipe o la princesa de Asturias, de cualquier forma que pueda dañar el prestigio de la Corona.

Los bienes jurídicos protegidos por los tipos de injurias contra la Corona que ahora nos ocupan son dos: por un lado, el derecho al honor de las personas reales contempladas en el precepto (el rey, la reina y cualquiera de sus descendientes o ascendientes, la reina consorte o el consorte de la reina, el regente o algún miembro de la Regencia y el príncipe o la princesa de Asturias) y, por otro, la dignidad o el prestigio de la institución de la Corona en cuanto tal¹⁹. La jurisprudencia ha puesto de manifiesto que, mediante la tutela de la figura del rey y personas afines, se protege indirectamente a la institución que es símbolo de la unidad y permanencia del Estado (art. 56.3 CE) y, por tanto, a este último en sí mismo considerado²⁰. Se trata, pues, de una protección jurídica instrumental puesta al servicio, precisamente, de la propia estabilidad del sistema constitucional, esto es, de la defensa del orden constitucional del que la Corona forma parte²¹.

Ello explica, entre otras cosas, la naturaleza pública del delito y, en consecuencia, su incardinación en de los delitos contra la Constitución y no en los delitos contra el honor. Al igual que sucede con la inviolabilidad, el tipo penal estaría, por tanto, teóricamente funcionalizado: mediante la protección de la persona se protege su función y, en consecuencia, al sistema constitucional en su conjunto. Y ello tanto si la injuria o calumnia se refieren al ejercicio de las funciones constitucionales de los sujetos mencionados (art.490.3CP) como en casos ajenos a las mismas, pues la fusión entre el sujeto particular y el cargo institucional es tan intensa en la Monarquía que aun en el caso del art. 491.1 CP se considera que esta en juego la antedicha estabilidad del sistema constitucional (Martínez Guerra, 2016: 106).

Este tipo penal ha servido, entre otros ejemplos, para condenar al director de la revista *El Jueves* y al autor de una viñeta donde se caricaturizó a los entonces príncipes de Asturias manteniendo relaciones sexuales con el fin de obtener el subsidio de natalidad de 2.500 € por el nacimiento de su hija, caricatura que, según el órgano sentenciador, constituía un insulto y un vilipendio innecesario a la institución de la Corona²²; asimismo, el precepto se aplicó para condenar al autor de un artículo periodístico en el que, entre otras cosas, se calificaba a «la banda» de la que «D. Juan Carlos es el último representante» de «[...] borrachos, puteros idiotas, descerebrados, cabrones, ninfómanos, vagos y maleantes», entre otros epítetos del mismo tenor, al entender que semejantes expresiones atacaban al honor de D. Juan Carlos y, consecuentemente, a la Corona y que quedaban fuera del ejercicio de la crítica-política²³. Por razones muy similares, el tipo penal sirvió para condenar a un rapero cuyas rimas descalificaban al jefe del Estado y parte de la familia real y su actuación²⁴ y, más recientemente, para sancionar penalmente a otro rapero que tildó al rey de «mafioso», «ladrón», «borracho tirano», «basura mafiosa» y «capo mafioso saqueando el reino español», entre otros improperios²⁵.

Resulta, pues, evidente que los miembros de la Corona —no solo el jefe del Estado— gozan de un *plus* de protección jurídico-penal, dado que fuera del ámbito regio solo se incurre en delito de injurias en el caso de que, en atención a la naturaleza, los efectos y las circunstancias de los hechos, pueda reputarse una lesión *grave* al honor (art. 208 CP) y, en todo caso, el reproche penal es menor (multa de 3 a 7 meses o de 6 a 14 si son con

publicidad). En el caso de la Corona, las injurias leves también constituyen un delito que lleva aparejado la pena de multa. Para evitar que este plus de protección²⁶ se torne en un intolerable privilegio, es necesaria su justificación, fundamento que, como ya se ha señalado, la jurisprudencia ha residenciado en la necesidad de proteger a la Corona como institución del Estado. La cuestión estriba ahora en analizar si ese objetivo precisa, en el seno del sistema democrático español, la existencia de unos tipos penales como los arriba citados.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha sostenido en diversas ocasiones que una «[...] mayor protección mediante una ley especial en materia de insulto no es, en principio, conforme al espíritu del Convenio»²⁷, de manera que la pretensión de proteger la reputación del jefe del Estado no justifica dotarle de una protección especial frente al derecho a informar y a expresar opiniones. En este sentido, el jefe del Estado, al igual que el resto de ciudadanos, gozaría de la tutela penal que brindan los tipos penales ordinarios de injurias o calumnias a particulares, pues esa tutela adicional resulta, en principio, lesiva de la libertad de expresión (art.10 CEDH). Y ello porque «[...] el hecho de que el rey ocupe una posición de neutralidad en el debate político, una posición de árbitro y símbolo de la unidad del Estado, no podría ponerlo al abrigo de toda crítica en el ejercicio de sus funciones oficiales o como representante del Estado que simboliza»; en otros términos: el hecho de que el monarca sea inviolable no puede suponer en sí mismo «[...] un obstáculo al libre debate sobre su posible responsabilidad instituciones, o incluso simbólica, a la cabeza del Estado, dentro de los límites del respeto a su reputación como a la de cualquiera».

El TEDH, por tanto, ha tratado de desvincular inviolabilidad regia y ausencia de crítica política, por acérrima que sea, al monarca. Sin embargo, esa es la vinculación que, se diría, subyace al tipo de injurias a la Corona, dado que vincula el reproche penal al menosprecio o el desprestigio al jefe del Estado (Llabrés Fuster, 2015: 98). A este respecto, la jurisprudencia más temprana subrayó que el hecho de que el rey no sea inviolable no significa «[...] solo que el monarca es irresponsable de sus actos, sean estos los que fueren, sino que, ocupando la cima de la organización política del Estado y su más alta representación, y hallándose por encima de todo partidismo, se le debe respeto y reverencia, no pudiendo ser sujeto pasivo de ataques a su dignidad, de críticas o de vías de hecho sin que, quien lo haga, reciba la condigna sanción establecida, en el CP»²⁸.

Así las cosas, la argumentación esgrimida para justificar la existencia del tipo de injurias o calumnias al rey y otros miembros de la familia real —velar por la incolumidad de la institución que es símbolo de la unidad y permanencia del Estado y, por ende, de la del propio Estado— no es suficiente para avalar el plus de protección jurídico-penal que aquel les confiere. Para velar por su derecho al honor como meros particulares, el ordenamiento ya contempla los tipos comunes de injurias y calumnias, y no hay razón para que exista una diferencia punitiva en función del sujeto o los sujetos contra los que se dirijan aquellas cuando se conciben como meros sujetos privados (Gimbernat Ordeig, 2009: 157; Carmona Salgado 2012:2014; y Queralt Jiménez, 2013: 542, entre otros). Esta respuesta punitiva es más propia del «Derecho penal cortesano» (Queralt Jiménez, 2013: 2040) que del Derecho penal de un Estado democrático.

Solo quedaría al descubierto, por tanto, la crítica política o institucional a tales sujetos: la que tiene por objeto «el ejercicio de sus funciones». Y esta, lejos de ser sancionada (con pena incluso de prisión en el caso de las injurias), resulta consustancial al sistema democrático, toda vez que se trata de una crítica política o de asuntos de interés general para el conjunto de la ciudadanía y, al mismo tiempo, dirigida a personas públicas —como lo es el jefe del Estado y también el resto de miembros de la familia real— que, según jurisprudencia constante y consolidada tanto nacional como internacional, deben aceptar, dada su exposición pública, mayor nivel de tolerancia hacia aquella²⁹. Ello es así incluso cuando la crítica afecta a la propia persona y no al cargo público, pues en los azares de la política y del libre intercambio de ideas «[...] la invectiva política a menudo incide en la esfera personal»³⁰. En este caso, por tanto, estamos ante el supuesto más amplio de ejercicio de la libertad de expresión; sin embargo, es el que en España merece el reproche penal más intenso (Dopico Gómez-Aller 2021: 396). A mi juicio, la tolerancia a la crítica, incluso si esta es escabrosa, debe intensificarse en el caso de la jefatura del Estado, pues cuanto más intenso sea el blindaje jurídico del que goza el monarca, más intensa será la crítica política que tendrá que soportar (Presno Linera, 2018: 545); de forma que el criterio interpretativo no debería ser «a mayor inviolabilidad, menor crítica política» —tal parece ser el principio que rige en nuestro país—, sino a la inversa.

Si esto así, los tipos penales arriba analizados no protegen, de manera refleja, al orden constitucional en sí mismo considerado, como repetidamente ha hecho constar la jurisprudencia nacional, sino que lo lesionan, dado que en última instancia dicho orden está conformado por la posibilidad de ejercer los derechos de la ciudadanía —en este caso, singularmente, la libertad de expresión— en un marco de igualdad y libertad. Es justamente la protección del orden constitucional la que exige no la sustracción, sino el sometimiento del jefe del Estado —y, por su puesto, del resto de los sujetos regios— a la crítica intensa, incluso grosera y maleducada. Esta actividad no pone en entredicho la incolumidad del monarca ni entorpece en modo alguno la función que constitucionalmente tiene atribuida³¹ —que, obviamente, puede seguir desarrollándose sin injerencias aunque sea intensamente criticada—, sino que resulta consustancial al sistema democrático.

Precisamente por ello, parece que es el mero prestigio de la Corona y de las personas que la integran lo que es objeto de protección: la *maiestas* entendida *lato sensu* (Muñoz Conde, 1982: 257). Sin embargo, no semeja muy democrático que los derechos fundamentales, singularmente la libertad de expresión, queden desplazados y aun subordinados para preservar el «prestigio» de una institución (Tamarit Sumalla, 1989: 307). Cuando dispensa una especial protección a determinados sujetos, el sistema democrático protege «funciones» (que, como ya se ha visto, no es el caso en este ámbito, pues aquellas no resultan entorpecidas), no «prestigios» abstractos, algo más propio de un orden de privilegios. El cometido de un sistema democrático no es la defensa de estos, sino la de los derechos fundamentales, cuyo ejercicio, obviamente, puede consistir en desprestigiar a las instituciones. La crítica no deja de ser, en definitiva, una forma de exteriorizar el descontento o la discrepancia respecto a su funcionamiento o a su propia existencia, algo, a su vez, inherente al pluralismo político y social. Es precisamente en esfera donde los derechos fundamentales despliegan su máxima eficacia en un sistema democrático-procedimental —no así en el

militante—, pues, ante todo, son garantías del enemigo, entendido aquí como detractor, a quien se le brinda un cauce para hacer valer lícitamente sus pretensiones dentro del orden jurídico y no a expensas del mismo, lo que mermaría notablemente su eficacia.

Aunque en el ámbito nacional los procesos que han concluido con la absolución de los acusados por el delito de injurias a la Corona son escasos, en ocasiones sí ha habido absoluciones. Por ejemplo, no se condenó penalmente al autor de un artículo periodístico que contenía una dura crítica a la caza, actividad que el autor vinculaba de forma satírica a la institución monárquica³² o, más recientemente, al autor de un manifiesto publicado en el perfil de Facebook de la entidad «Catalunya Acció», que él mismo presidía, bajo el título «Por la pitada al himno español y al rey Felipe de Borbón», que dio lugar a una pitada en la final de la Copa del Rey cuando sonó el himno nacional, toda vez que, como argumentó el órgano sentenciador, de dicha publicación no se deducía ningún mensaje ofensivo, sino que era una convocatoria para, expresar su radical desacuerdo ante la imposibilidad de seguir adelante con los planes independentistas aprovechando el eco del evento deportivo³³. En el ámbito europeo, la jurisprudencia del TEDH relativa a las injurias a la Corona previamente referenciada consideró amparados por el derecho a la libertad de expresión, por una parte, el hecho de expresar en una rueda de prensa que la visita del rey al País Vasco era una vergüenza política, pues en su condición de titular del Mando Supremo del Ejército español era el responsable de los torturadores y amparaba la tortura, imponiendo el régimen monárquico al pueblo vasco mediante la tortura y al violencia (caso *Otegui Mondragón c. España*)³⁴, y, por otra, la quema de la fotografía del rey en una plaza pública (caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*)³⁵, sobre los que volveremos más adelante.

Al margen de la crítica a la propia existencia misma de los reproches penales que aquí son objeto de análisis, resulta igualmente muy cuestionable la extensión con que aparecen normativamente configurados, amplitud que contribuye a reforzar la posición privilegiada de distintos miembros de la Corona. Por un lado, las injurias graves del art. 490.3 CP llevan aparejada pena de prisión de seis meses a dos años. A este respecto, el TEDH ha declarado reiteradamente que las penas de prisión por infracciones cometidas en el ámbito del discurso político solo son compatibles con la libertad de expresión en circunstancias muy excepcionales, en particular cuando se hayan visto afectados seriamente otros derechos fundamentales como es el caso de los supuestos enmarcados en el discurso del odio o la incitación a la violencia³⁶, pero no en los que son ajenos a estos³⁷. Así, la contención en el uso de la vía penal en este ámbito —que implica velar por la proporcionalidad de las eventuales sanciones— es especialmente necesaria para no producir el «efecto desaliento» (*chilling effect*) en el ejercicio de la libertad de expresión en el seno de un sistema democrático.

Por otro lado, también es llamativo que el sujeto pasivo de tales delitos no solo sea el jefe del Estado, sino también (actualmente) sus ascendientes (incluidos el rey y la reina eméritos), la reina consorte y la princesa de Asturias. Semejante extensión subjetiva resulta sorprendente en el caso del art. 490.3 CP, toda vez que el precepto solo penaliza las injurias o calumnias dirigidas hacia aquellos «[...] en el ejercicio de sus funciones constitucionales o con motivos de las mismas», y que, de todos ellos, el único que ejerce funciones constitucionales es el rey (Fernández Sarasola, 2019: 377). Pero es que, y esta consideración incluye

también el tipo del art. 491.1 CP, si el propósito del delito de injurias al jefe del Estado es, en teoría, proteger al sujeto que encarna la unidad y permanencia del Estado (art. 56.3 CE) y, de manera refleja, proteger al sistema constitucional en su conjunto, dicha función solo resulta constitucionalmente atribuida al rey, pero no al resto de sujetos que aparecen mencionados en dicho precepto, cuya protección penal cualificada resulta entonces de todo punto injustificada (Queralt Jiménez 2013: 540)

Hasta aquí hemos visto que el prestigio de la institución de la Corona y el honor de sus integrantes sirve para limitar la libertad de expresión de los ciudadanos. Sin embargo, merece la pena poner de manifiesto que existe otra curiosa justificación para limitar dicho derecho fundamental cuando se ejerce para criticar a la Monarquía: el discurso del odio. El ejemplo paradigmático a este respecto son las fotografías del rey, cuya quema, en un primer momento, fue considerada por Juzgado Central de lo Penal³⁸ y la Audiencia Nacional³⁹ como un delito de injurias a la Corona del art. 490.3 CP (curiosamente, no del art. 491.2 CP, que alude al uso de imágenes para desprestigiar a la Corona). Posteriormente, el Tribunal Constitucional entendió que tal conducta no constituye un ejercicio legítimo de la libertad de expresión sino «[...] un acto no solo ofensivo, sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio»⁴⁰. El Tribunal no basó su interpretación —según la cual, el del derecho fundamental a la libertad de expresión no resultaba lesionado— en el hecho de que la quema de la bandera atentase contra el prestigio de la Corona y, de manera refleja, como previamente se explicó al hilo del delito de las injurias al rey, contra el orden constitucional en sí mismo considerado, sino en que los hechos eran constitutivos de un delito de odio.

Esta interpretación, sin embargo, resulta problemática. Por un lado, no parece que la figura del jefe del Estado pueda incardinarse en el ámbito del discurso del odio —o, dicho en otros términos, ser sujeto pasivo del mismo—, toda vez que este tiene unos destinatarios muy concretos: colectivos étnicos, religiosos, nacionales, raciales, de orientación sexual, etc.; en suma, lo que podríamos llamar colectivos vulnerables⁴¹. No en vano, el TEDH ha rehusado calificar como discurso de odio a aquel que se dirige contra personas concretas no integradas en ninguno de esos colectivos⁴². El discurso del odio, por tanto, no es el mero discurso hostil o intolerante ni, por supuesto, dentro de dicho género, el discurso antimonárquico, simbólico o no (Alcácer Girao, 2018: 8; y Germán Teruel 2018: 26). Por otro lado, tampoco parece existir en el discurso antimonárquico una incitación directa a la violencia. Y ello aun cuando en el caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* la fotografía se colocase boca abajo para su quema —una forma de manifestar la aversión o el rechazo al sistema monárquico—, aunque los autores de los hechos fueran encapuchados y tuvieran premeditada su actuación —lo que resulta irrelevante— y con independencia de que durante la quema no se hubiera expresado ningún mensaje de oposición a la Corona, que es lo que el Alto Tribunal español interpretó como un ataque personal y no institucional al rey, pues la naturaleza de la quema de la fotografía como discurso político se advierte ya en el hecho en sí mismo y, a mayores, en el hecho de tener lugar tras una manifestación antimonárquica.

En su sentencia de 13 de marzo de 2018 sobre este caso, el TEDH consideró, por una parte, que la quema de la fotografía del rey se enmarcaba claramente en el ámbito de la crítica política y no personal —que es, como se ha explicado previamente, la que goza de mayor amplitud en el seno de una sociedad democrática—, y, por otra, que no existió incitación a la violencia, toda vez que la quema de tal fotografía constituye una expresión simbólica de insatisfacción y protesta de corte antimonárquico y que, además, no fue acompañada de conductas violentas ni de alteraciones de orden público. Por último, el TEDH subraya que la incardinación de la manifestación simbólica de rechazo y crítica política de una institución como la monarquía en el discurso del odio constituye una ampliación excesiva de la excepción que este constituye a la libertad de expresión⁴³.

4. BREVES CONCLUSIONES

A través de diversos resortes, el sistema jurídico español ha ido tratando de desactivar distintas manifestaciones de reprobación y descontento hacia el monarca y, en muchas ocasiones, sus allegados regios. En unos casos —fundamentalmente, aquellos derivados del ejercicio de ciertos mecanismos de control parlamentario—, dicho blindaje ha procedido directamente de una interpretación expansiva de la inviolabilidad regia por parte del Tribunal Constitucional que ha comportado la protección del jefe del Estado frente a todo tipo de control o censura de sus actos y, con ella, la notable limitación del *ius in officium* de los parlamentarios (art. 23 CE). En otros casos —fuera, ahora, de la sede parlamentaria—, dicha protección procede de una regulación jurídico-penal de la Corona sumamente reforzada que, sin venir, por supuesto, exigida por la prerrogativa regia, parece responder a la misma lógica expansiva que subyace a la misma y que, en estos supuestos, constriñe extraordinariamente la libertad de expresión de los ciudadanos.

Se aprecia, pues, que, en nuestro sistema constitucional, el jefe del Estado no solo está blindado en virtud del art. 56.3 CE frente al control jurisdiccional y político *stricto sensu* (no cabe su destitución, inhabilitación, etc.), sino, en buena medida, frente a su control difuso. Sin embargo, además de no acarrear ningún tipo de consecuencia jurídica ni política *stricto sensu* para el monarca, sino tan solo el desgaste institucional, el segundo tipo de control es consustancial al propio sistema democrático en el que el monarca y sus allegados se insertan y del que el primero es símbolo de unidad y permanencia. El monarca puede seguir desarrollando con plena normalidad la función que la Constitución le atribuye a pesar de que sea fuertemente cuestionado o desprestigiado (dentro o fuera de la sede parlamentaria), pues tal cosa es consustancial al pluralismo político y social, razonamiento este que, obviamente, cobra especial vigor cuando los cuestionados son sujetos carentes de función constitucional alguna (reina consorte, monarca abdicado, etc.). Si esto es así, habrá que colegir que el monarca no debe estar blindado frente al control difuso —pues este control es el resultado inevitable de su incardinación en un sistema democrático—, sino más bien, tratándose de la persona que encarna la institución de la Corona, intensamente sujeto al mismo en cuanto objeto de especial escrutinio público.

NOTAS

1. STC 98/2019, de 17 de julio (FJ 3 b).
2. SSTC 243/1988, de 19 de diciembre (FJ 3); 9/1990, de 18 de enero (FJ 3); 30/1997, de 24 de febrero (FJ 5); y 78/2016, de 25 de abril (FJ 3), entre otras. Lógicamente, la inviolabilidad parlamentaria solo ampara los votos y opiniones de los parlamentarios expresados en el ejercicio de sus funciones, es decir, es parcial y no total como la del rey (art. 56.3 CE). Sin embargo, su alcance no altera su propia naturaleza jurídica. De ahí que se consideren pertinentes las reflexiones sobre la prerrogativa parlamentaria.
3. En efecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que «[...] tal circunstancia de ausencia de responsabilidad es la que justifica la existencia del refrendo, que traslada la responsabilidad a las autoridades que refrenden aquellos» (STC 98/2019, de 17 de julio, FJ 3 c).
4. Me he ocupado más extensamente de esta cuestión en García Majado (2020).
5. Un sector doctrinal entiende que la inhabilitación podría ser una vía para que el Parlamento pudiera cesar a un rey que, debido a su comportamiento delictivo o a la dejación de sus funciones como tal, resultase políticamente inhabilitado para seguir siendo el jefe del Estado (De Esteban y López Guerra, 1982: 18; y Bastida Freijedo, 2018: 372). A partir de ahí, obviamente, perdería su estatus de monarca con las prerrogativas que este comporta, pudiendo entonces ser juzgado *a posteriori*.
6. SSTC 98/2019, de 17 de julio (FJ 3 c); y 111/2019, de 2 de octubre (FJ 5 b)
7. Resolución 92/XII, de 11 de octubre de 2018, sobre la «priorización de la agenda social y la recuperación de la convivencia» (BOPC, núm.177, de 18 de octubre de 2018).
8. Se han estimado posteriormente dos incidentes de ejecución de sentencia: AATC 184/2019, de 18 de diciembre; y 11/2020, de 28 de enero. Asimismo, los AATC 33/2020, de 25 de febrero y 55/2020, de 17 de junio deniegan, respectivamente, los recursos de súplica interpuestos contra los anteriores autos.
9. SSTC 42/2014, de 25 de marzo (FJ 2), 259/2015, de 2 de diciembre (FJ 2). En este sentido se manifestaba justamente el dictamen el Consejo de Estado 892/2018, de 25 de octubre de 2018.
10. Desde las más tempranas SSTC 40/2003, de 27 de febrero (FJ 3); 78/2006, de 13 de marzo (FJ 3) hasta las más recientes SSTC 212/2016, de 15 de diciembre (FJ 3); 11/2017, de 30 de enero (FJ 3); y 124/2018, de 14 de noviembre (FJ 7); entre otras.
11. Pueden consultarse en el siguiente enlace: <[https://gouvernement.lu/fr/publications/rapport-etude-analyse/me/rapport-du-representant-special-du-premier-ministre-aupres-de-la-cour-grand-ducale.html](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW14&FMT=INITXLUS.fmt&DOCORDER=FIFO&OPDEF=Y&QUERY=%28I%29.ACIN1.+%26+%28CASA+REAL%29.ALL.&DOCS=26-50.>. [Consulta: 15/12/ 2020.]12. BOPC núm.282, de 11 de marzo de 2019.13. Téngase en cuenta, a este respecto, que la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno solo resulta aplicable a la casa real en lo referente a las actividades sujetas a Derecho administrativo (art. 2.1.f).14. Rapport du représentant spécial du Premier ministre auprès de la Cour grand-ducale, 2020. Disponible en: <. [Consulta. 15/12/2020.]
15. SSTC 226/2004, de 29 de noviembre (FJ 6), 227/2004, de 29 de noviembre (FJ 6); y 39/2008, de 10 de marzo (FJ 7).

16. STC 98/2019, de 17 de julio (FJ 3 c)

17. *Vid.*, por ejemplo, la solicitud de comparecencia de Juan Carlos I, rey emérito y exjefe de las Fuerzas Armadas, ante la Comisión para la auditoría de la calidad democrática, la lucha contra la corrupción y las reformas institucionales y legales, a raíz de las informaciones aparecidas en relación con la existencia de estructuras opacas para la adjudicación de contratos, posibles cuentas irregulares en paraísos fiscales y presunto blanqueo de capitales con la participación de su majestad el rey don Juan Carlos I, presentada varios ocasiones o siempre inadmitida a trámite en términos absolutos. Disponible en: <<https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas>>. [Consulta: 15/07/2021.]

18. Este sería el caso, por ejemplo, de la Solicitud de creación de una Comisión de investigación sobre el uso de tarjetas de crédito opacas por parte del rey emérito, *con posterioridad a su abdicación*, con cargo a fondos procedentes del extranjero.

19. Así se puso tempranamente de manifiesto en la STS de 26 de enero de 1983. *Vid.*, en la misma línea, la más reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2013 (FJ 2).

20. *Vid.*, entre otras, las Sentencias del Juzgado Central de lo Penal 64/2008, de 4 de noviembre (FJ 2); 24/2012, de 27 de marzo (FJ 3); 16/2013, de 14 de marzo (FJ 4); y SAN de 5 de diciembre de 2008 (FJ 3); de 21 de mayo de 2013 (FJ 2).

21. Sentencia del Juzgado Central de lo Penal 64/2008, de 4 de noviembre (FJ 2º). En este mismo sentido, la STC 177/2015, de 22 de julio (FJ 3º)

22. Sentencia del Juzgado Central de lo Penal 62/2007, de 13 de noviembre.

23. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 3ª), de 21 de mayo de 2013, que confirma la previa Sentencia 16/2013 de 14 marzo del Juzgado Central de lo Penal núm.1, de 14 de marzo.

24. Por ejemplo: «El Luciano Maximiliano y sus movidas no sé si era cazando elefantes o iba de putas, son cosas que no se pueden explicar, como para hacer de diana utilizaba a su hermano, ahora sus hermanastros son los árabes y les pide dineritos para comprar armas, le hacen hacer la cama y fregar los platos y de mientras Doña Valle Zaira en un yate follando y eso duele claro que si!!». «Haremos que Rómulo Félix curre en un Burguer King que la Infanta Adelina Vanesa pida disculpas, (puta), por ser analfabeta y no ir a estudiar a Cuba». «Por qué no se fractura la cabeza y no la cadera», «[...] si no secuestraremos al capitán del Concordia para que coja el Fortuna y se pegue una ostia», «[...] sarcástico como el rey dando la mano a Gaddafi y después celebrando tener petróleo fácil (hijo de puta), puede ser que de la república solamente queden fósiles, pero quedamos nosotros, y del Rey los negocios!!». Sentencia 79/2018 del Tribunal Supremo, de 15 febrero.

25. Sentencia 135/2020 del Tribunal Supremo (Sala Segunda, Sección 1ª), de 7 de mayo. Pueden consultarse asimismo otras sentencias condenatorias en relación con esta cuestión, como la Sentencia 64/2005 de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 18 octubre; la Sentencia 41/2009 de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4ª), de 18 septiembre; la Sentencia 3/2016 del Juzgado Central de lo Penal núm.1, de 26 de enero; y la Sentencia 3/2018 de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 2 de marzo

26. Esa protección penal reforzada se limita a la previsión de penas más graves, no en una ampliación de las conductas punibles, que son las mismas que sancionan los tipos ordinarios de injurias y calumnias (Tamarit Sumalla, 72016: 1616).

27. Así, STEDH de 25 de junio de 2002, *Colombani y otros c. Francia*; de 26 de junio de 2007, *Artun y Güverner c. Turquía*; y de 15 de marzo de 2011, *Otegui Mondragón c. España*.

28. STS de 11 de mayo de 1983

29. Así se puso de relieve originariamente en la STEDH recaída en el caso *Lingens c. Austria*, de 8 de julio de 1986 (§ 42). En el ámbito nacional, desde las tempranas SSTC 107/1988, de 8 de junio (FJ 2); 46/1998, de 2 de marzo (FJ 2); y 110/2000, de 5 de mayo (FJ 8).

30. STEDH de 28 de septiembre de 2020, caso *Lopes Gomes da Silva c. Portugal* (§ 34).

31. Además de la jurisprudencia ya citada, recomiendan la derogación de los tipos penales por difamación a instituciones del Estado, entre otras, la Declaración sobre la libertad del discurso político en los medios de comunicación, aprobada por el Comité de Ministros el 12 de febrero de 2004 y la Resolución 1577 de la Asamblea del Consejo de Europa (2007) «Hacia la despenalización de la difamación». Asimismo, en 2020 se presentó la Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para despenalizar las injurias a la Corona y los ultrajes a España (BOCD, serie B, núm. 107-1, de 7 de septiembre de 2020) que, sin embargo, no fue finalmente tomada en consideración. Previamente, existieron otras Proposiciones de Ley muy similares: *vid* el BOCD, serie B, núm. 57-1, de 18 de noviembre de 2016; BOCD, serie B, núm. 51-1, de 3 de febrero de 2012; BOCD, serie B, núm. 64-1, de 22 de abril de 2008, entre otras.

32. Sentencia 86/2008 del Juzgado Central de lo Penal, de 22 diciembre

33. Sentencia 14/2018, de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4ª), de 4 de mayo, revocatoria de la Sentencia 35/2017, del Juzgado Central de lo Penal, de 21 de diciembre, que había condenado al autor por un delito de injurias a la Corona y de ultrajes a España.

34. *Vid.*, los comentarios a la misma de Gómez Corona (2011) y Soto García (2012), entre otros.

35. Pueden verse, al respecto, los comentarios de Presno Linera (2018); Bilbao Ubillos (2018); y Corral Maraver (2020), entre otros.

36. *Vid.*, en este sentido, las SSTEDH de 26 de junio de 2007, *Artun y Güverner c. Turquía*; de 22 de junio de 2010, *Bingöl c. Turquía*; de 15 de marzo de 2011, *Otegui Mondragón c. España*; y de 13 de marzo de 2018, *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, entre otras.

37. En este sentido, recomienda la derogación de las penas de prisión por difamación, no solo la jurisprudencia ya expuesta del TEDH sino, entre otros, la Resolución 1577 de la Asamblea del Consejo de Europa (2007) «Hacia la despenalización de la difamación».

38. Sentencia 40/2008 del Juzgado Central de lo Penal, de 9 julio.

39. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 5 de diciembre de 2008.

40. STC 177/2015, de 22 de julio (FJ 4)

41. *Vid.*, entre otras, las SSTEDH de 4 de diciembre de 2003, *Gündüz c. Turquía*; de 27 de noviembre de 2007, *Nur Radyo Ve Televizyon Yayıncılığı A.Ş. c. Turquía*; de 29 de abril de 2008, *Kutlular c. Turquía*; de 16 de julio de 2009, *Féret c. Bélgica*; de 9 de febrero de 2012, *Vejdeland c. Suecia*; y de 3 de octubre de 2017, *Dmitriyevskiy c. Rusia*, entre otras.

42. Así lo apunta el voto particular el magistrado Xiol Ríos a la STC 177/2015, de 22 de julio, basándose en la STEDH de 15 de marzo de 2011, caso *Otegi Mondragón c. España* (§ 54).

43. Ya se había pronunciado en términos similares en la STEDH de 2 de febrero de 2010, 2º asunto del *Partido Popular Demócrata Cristiano c. Moldavia*, en el que se amparó como un ejercicio legítimo de la libertad de expresión la quema de banderas rusas y efígies del presidente de la Federación Rusa.

BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO, Miguel Ángel (1994): *Introducción al sistema político y constitucional español*, Barcelona: Ariel.
- ALCÁ CER GUIRAO, Rafael (2018): «Opiniones constitucionales», *InDret*, 1.18.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco José (2018): «La Corona y la República», en R. Punset Blanco y L. Álvarez Álvarez (coords.), *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018)*, Cizur Menor: Thomson Reuters..
- ARAGÓN REYES, Manuel (1995): *Constitución y control del poder*, Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- (2013): «La Corona», en *Estudios de Derecho Constitucional*, Madrid: CEPC.
- BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique (2018): «Funciones del Rey y refrendo: el sometimiento pleno a la Constitución de la Monarquía del Siglo XXI», en B. Pendás (dir.), *España constitucional (1978-2018). Trayectoria y perspectivas*, vol. IV, Madrid: CEPC, 2981-2998.
- BIGLINO CAMPOS, Paloma (2001): «La inviolabilidad de la persona del rey y el refrendo de sus actos», en AA.VV., *La Monarquía parlamentaria, VII Jornadas de Derecho Parlamentario*, Madrid: Congreso de los Diputados.
- BILBAO UBILLOS, Juan María (2018): «La STEDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto *Stern Tautlats y Roura Capellera c. España*: La crónica de una condena anunciada», *Revista General de Derecho Constitucional*, 28.
- CARMONA SALGADO, Concepción (2012): *Calumnias, injurias y otros atentados al honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CASTILLO LÓPEZ, Fernando. (2019): «Nulidad de la resolución del Parlamento de Cataluña que desconoce la configuración constitucional de la Corona. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 98/2019, de 17 de julio. Impugnación de disposiciones autonómicas núm.5813-2018 (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019)», *Revista de las Cortes Generales*,. 107.
- CAZORLA PÉREZ, José, Juan José RUIZ RICO y Manuel BONACHELA MESAS (1983): *Derechos, instituciones y poderes en la Constitución de 1978*, Granada: Monachil.
- CORRAL MARAVER, Noelia (2020): «Sentencia del TEDH en el Asunto *Stern Tautlats y Roura Capellera c. España*. Reflexiones sobre el delito de injurias a la Corona y el derecho a la libertad de expresión política en España», *Revista General de Derecho Penal*, 34.
- DE ESTEBAN, Jorge y Luis LÓPEZ GUERRA (1982): *El régimen constitucional español*, vol. 2, Barcelona: Labor Univesitaria.
- DELPÉRÉE, Francis (2002): «La responsabilité du chef de l'État. Brèves observations comparatives», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 49.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María (1996): *La criminalidad de los gobernantes*, Barcelona: Crítica.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (2021): «El segundo “caso Pablo Hasél”», *Eunomía*, 20.
- FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, Manuel (2018): «Artículo 56», en L.M. Cazorla Prieto (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, Manuel y Alfredo PÉREZ DE ARMIÑÁN y DE LA SERNA (1987): *La monarquía y la Constitución*, Madrid: Civitas.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio (2019): «Libertad de expresión y tutela de la Corona: el caso de “el Jueves”», *Teoría y Realidad Constitucional*, 43.
- FUSILIER, Raymond (1960): *Les Monarchies parlementaires*, Paris: Les Éditions Ouvrières.
- GARCÍA CANALES, Mariano (1991): *La monarquía parlamentaria española*, Madrid: Tecnos.
- GARCÍA MAJADO, Patricia (2020): «Significado y alcance de la inviolabilidad del Rey», *Teoría y Realidad Constitucional*, 47, 357-381
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2009): «Los privilegios penales de la familia real», en *Estado de Derecho y ley penal*, Madrid: La Ley.

- GÓMEZ CORONA, Esperanza (2011): «El prestigio de las instituciones como límite a la libertad de expresión de los ciudadanos: el caso *Otegui Mondragón c. España*», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 151.
- HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, Manuel (1997): «Artículo 56», en O. Alzaga Villamil (dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. V, Madrid: Cortes Generales.
- LLABRÉS FUSTER, Antoni (2015): «Artículos 485 a 491: delitos contra la Corona», en M. Gómez Tomillo, M. y A.M. Javato Martín (dirs.), *Comentarios prácticos al código penal*, t. IV, Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.
- MARTÍNEZ GUERRA, Amparo (2016): «Delitos contra la Corona», en A. Manjón-Cabeza Olmeda, A. Ventura Püschel y F. Javier Álvarez García (dirs.): *Tratado de Derecho penal español: parte especial. IV. Delitos contra la Constitución*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1982): «Sobre la aplicación de la *exceptio veritatis* al delito previsto en el art.161.1 del vigente Código Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, 17.
- OLIVER ARAUJO, Joan (2010): «La reforma constitucional de la Corona (una propuesta radical y diez moderadas)», *Revista de Derecho Político*, 77.
- OLIVER LEÓN, Baldomero (1997): «Inviolabilidad regia y Constitución normativa», en AA.VV., *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, vol. I, Madrid: Tecnos.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel (1979): *La Jefatura del Estado en el Derecho Público español*, Madrid: INAP.
- PASCUA MATEO, Fabio Antonio (2020): «Nuevos (y necesarios) límites a las comisiones de investigación: competencias autonómicas y la inviolabilidad del rey. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 111/2019, de 2 de octubre (BOE núm.262, de 31 de octubre de 2019)», *Revista de las Cortes Generales*, 108.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2018): «Crónica de una condena anunciada: el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* sobre la quema de fotos del Rey», *Teoría y Realidad Constitucional*, 42, 539-549.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan (2013): «Delitos contra la Corona: apuntes sobre descoordinación normativa y paradojas penales», en J.G. Fernández Teruelo, (dir.): *Estudios Penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Oviedo: Editorial Constitutio Criminalis Carolina.
- RESCIGNO, Ugo (1967): *La responsabilitat política*, Milán: Giuffrè.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José (1987): *La sanción y la promulgación de la ley en la monarquía parlamentaria*, Madrid: Tecnos.
- SOTO GARCÍA, Mercedes (2012): «Los límites de la libertad de expresión en el debate político», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 42.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María (1989): *La libertad ideológica en el Derecho Penal*, Barcelona: PPU.
- (2016): «Artículo 490», en G. Quintero Olivares (dir): *Comentarios al Código Penal español*, Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.
- TERUEL LOZANO, Germán (2018): «Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 114.

Fecha de recepción: 1 de agosto de 2021.

Fecha de aceptación: 29 de octubre de 2021.

LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS: INVOLABILIDAD,
INMUNIDAD Y SUS LÍMITES CONSTITUCIONALES
*PARLIAMENTARY PREROGATIVES: INVOLABILITY, IMMUNITY,
AND THEIR CONSTITUTIONAL LIMITS*

Esperanza Gómez Corona

*Profesora Titular de Derecho constitucional
Universidad de Sevilla*

RESUMEN

Siguiendo con nuestra tradición histórica, la Constitución reconoce a los miembros de las Cortes Generales las prerrogativas parlamentarias, destinadas a preservar la posición y funciones del poder legislativo. En las páginas que siguen nos centraremos en el análisis de la inviolabilidad y la inmunidad, tratando de desentrañar su significado actual. El fuero jurisdiccional será abordado en otro trabajo de este mismo número.

PALABRAS CLAVE

Prerrogativas parlamentarias, inmunidad, inviolabilidad, aforamiento, derecho a la tutela judicial efectiva, derecho de participación política.

ABSTRACT

In line with our historical tradition, the Spanish Constitution recognizes parliamentary prerogatives to members of the «Cortes Generales» (Parliament) to preserve the position and functions of the Legislative Power. In the following pages, we will focus on the study of inviolability and immunity, trying to unravel their current meaning. The particularities of jurisdictional venue will be dealt with in another paper in this issue.

KEYWORDS

Parliamentary prerogatives, immunity, inviolability, privileged jurisdiction, due process of law, right to political participation.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2021.021>

LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS: INVIOLABILIDAD, INMUNIDAD Y SUS LÍMITES CONSTITUCIONALES

Esperanza Gómez Corona

Profesora Titular de Derecho constitucional
Universidad de Sevilla

Sumario: 1. Cuestiones preliminares. 2. La inviolabilidad como una prerrogativa absoluta. 3. La inmunidad y su necesario desarrollo normativo. 4. El aforamiento. Notas. Bibliografía.

1. CUESTIONES PRELIMINARES

El artículo 71 CE consagra las prerrogativas parlamentarias de los miembros de las Cortes Generales, y distingue la inviolabilidad, la inmunidad y el fuero jurisdiccional especial continuando con una práctica que se remonta a los inicios de nuestra historia constitucional¹.

La necesidad de reconocer las prerrogativas era sentida por los constituyentes de manera generalizada, hasta el punto de que existía incluso una sensación colectiva de que las circunstancias coyunturales exigían la admisión de las prerrogativas parlamentarias². De hecho, las escasas enmiendas al artículo tenían una clara intención estilística³.

El reconocimiento constitucional de las prerrogativas es común entre los países de nuestra tradición jurídica: por citar solo algunos ejemplos, la inviolabilidad y la inmunidad se reconocen en términos similares a la CE en las constituciones de Alemania, Bélgica y Portugal⁴.

Nuestro texto constitucional es generoso en cuanto a la amplitud de las prerrogativas. La inviolabilidad aparece configurada en el texto constitucional en términos absolutos, sin

limitaciones materiales, como ocurre en Alemania. Por su parte, la inmunidad aparece consagrada de modo bastante amplio, sin incorporar las limitaciones temporales o de ámbito material que figuran en otros textos constitucionales. En Francia, por ejemplo, la inmunidad solo protege al parlamentario durante el período de sesiones, por lo que, al finalizar el mismo y cuando no hay Parlamento que proteger, los representantes vuelven a estar sujetos al Derecho común únicamente se impone a las autoridades la formalidad de mantener al Parlamento informado de los procesos y detenciones para que las asambleas puedan, en su caso, suspender los procesos o levantar los arrestos al reanudarse las sesiones, con lo que queda garantizado el control sobre su asistencia al Parlamento⁵. En España se ha discutido la conveniencia de adoptar esta solución en nuestro sistema constitucional⁶.

Al margen de la polémica, avivada en los últimos años, las prerrogativas aparecen reconocidas en la carta magna y, en consecuencia, deben ser aplicadas. Es cierto que la situación actual es muy diversa a la de su aparición y que la existencia de un poder judicial independiente y un poder ejecutivo de extracción parlamentaria hacen más difícil imaginar supuestos en los que realmente se ponga en peligro la independencia parlamentaria o su buen funcionamiento. Sin embargo, el reconocimiento constitucional de garantías que redundan en el buen funcionamiento del órgano de representación directa de la ciudadanía mantiene todo su sentido.

En cuanto a su configuración, la falta de regulación al respecto ha provocado que el Tribunal Constitucional haya tenido que determinar sus principales rasgos a partir de la escueta regulación constitucional y que, en el caso de las comunidades autónomas, lo hayan hecho los estatutos de autonomía, una configuración completada con las previsiones contenidas en los reglamentos parlamentarios.

Conviene destacar que el hecho de que sean garantías orientadas a asegurar el buen funcionamiento de las Cortes Generales —y las asambleas autonómicas— justifica su carácter indisponible: «Como garantías jurídicamente vinculadas a la satisfacción de un interés institucional y permanente del ordenamiento, las prerrogativas parlamentarias son *ius cogens* y, por tanto, indisponibles para sus titulares y solo susceptibles de una interpretación estricta y vinculada a los supuestos expresamente contemplados en la Constitución»⁷. Son, además, imprescriptibles e irrenunciables⁸.

El Tribunal Constitucional entiende que las prerrogativas son indisponibles para sus titulares debido a que se establecen no en interés de la persona del parlamentario, sino del órgano al que pertenecen. Dado que no están destinadas a su protección individual, sino funcional, el parlamentario no puede renunciar a la prerrogativa. Considerando la importante misión que cumplen las Cámaras parlamentarias, las prerrogativas integran, además, el *status* del parlamentario y forman parte del elenco de derechos y facultades que quedan protegidos bajo el manto del derecho de participación reconocido en el artículo 23.2 CE⁹.

En cuanto a la extensión de las prerrogativas en los casos de suspensión previstos en nuestro sistema parlamentario, conviene distinguir los supuestos en los que no se ha llegado a adquirir la condición plena de representante y aquellos en los que se incurre en la suspensión por alguna de las causas previstas en los distintos ordenamientos parlamentarios¹⁰.

En el primer caso se trataría de determinar, en primer lugar, el momento a partir del cual las prerrogativas resultan aplicables —es decir, precisar si basta adquirir la condición de representante electo o si, por el contrario, es necesario perfeccionar la condición de diputado—, y, en segundo lugar, si la suspensión provocada por la no adquisición de la condición plena, prevista de manera mayoritaria entre nosotros, conllevaría, además, la suspensión de las prerrogativas.

El Reglamento del Congreso de los Diputados dispone: «Los derechos y prerrogativas serán efectivos desde el momento mismo en que el diputado sea proclamado electo. Sin embargo, celebradas tres sesiones plenarias sin que el diputado adquiriera la condición de tal, conforme al apartado precedente, no tendrá derechos ni prerrogativas hasta que dicha adquisición se produzca». Cabe, pues, extraer dos conclusiones de este precepto. La primera, que las prerrogativas se disfrutan desde la misma adquisición de la condición de diputado electo, y la segunda, que en caso de suspensión por la no adquisición plena de la condición de parlamentario una vez transcurridas tres sesiones, la suspensión de derechos supone también la de las prerrogativas.

A mi juicio, la vigencia de las prerrogativas desde que el representante resulta electo es la solución correcta, criterio avalado, además, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹¹. Solo esta interpretación permite que las prerrogativas cumplan las importantes funciones están llamadas a preservar. Esta es la opción de algunos reglamentos autonómicos, como son los de Madrid¹², Murcia¹³, Canarias¹⁴, Cantabria¹⁵, Galicia¹⁶, Baleares¹⁷, Castilla León¹⁸, La Rioja¹⁹, Asturias²⁰ y Andalucía²¹, que siguen la estela del Reglamento del Congreso. Por su parte, el Reglamento del Senado no precisa nada al respecto.

Distinta es la cuestión en los casos en los que el ordenamiento parlamentario establece la suspensión como consecuencia de la no adquisición de la condición plena de representante pasadas tres sesiones plenarias. En los reglamentos parlamentarios autonómicos encontramos regulaciones diversas, como las que establecen de manera explícita que la suspensión afecta a las prerrogativas —Madrid, Murcia, Extremadura, Aragón, Canarias, Baleares, Andalucía, Castilla León y Asturias—, las que no las incluyen entre sus efectos —Castilla-La Mancha, Valencia, Cantabria, Galicia y Cataluña— y las que no especifican nada en cuanto a los efectos de la suspensión —Navarra, País Vasco y La Rioja—.

El Reglamento del Congreso establece que el diputado «[...] no tendrá derechos ni prerrogativas hasta que dicha adquisición se produzca» (art. 20.2). De esta manera, las prerrogativas que se disfrutan desde que el diputado resulta electo, se pierden si pasadas tres sesiones plenarias no se ha perfeccionado tal condición y solo se recuperan cuando esto último suceda.

El Reglamento del Senado, en cambio, únicamente dispone: «Hasta tanto no hayan perfeccionado su condición, los Senadores electos y los designados por las Comunidades Autónomas no devengarán derechos económicos ni podrán participar en el ejercicio de las funciones constitucionales de la Cámara» (art. 12.2), y no hace referencia alguna a los efectos sobre las prerrogativas.

A mi juicio, las regulaciones parlamentarias que extienden los efectos de la suspensión por no perfeccionamiento de la condición de representante a las prerrogativas son tributarias de una interpretación que no respeta su sentido y finalidad. Si la no adquisición plena de la condición de diputado pudiera suponer que no se disfruta de las prerrogativas parlamentarias, podría alterarse fácilmente la composición de la Cámara. Recordemos que en nuestro ordenamiento no está prevista la sustitución temporal de los representantes, por lo que la suspensión altera de manera automática la composición de la Cámara. La suspensión en el ejercicio de los derechos y facultades inherentes al cargo hasta tanto se subsane esa situación nos parece del todo pertinente y, lo que es más importante, constitucional. Sin embargo, la extensión a las prerrogativas no encuentra fundamento, contraviniendo el espíritu constitucional que ha querido preservar al órgano parlamentario de las injerencias de cualquier agente externo que pudiera alterar el normal funcionamiento del mismo.

Por lo que respecta a la suspensión judicial, únicamente cuatro ordenamientos parlamentarios autonómicos establecen de manera expresa que la suspensión que trae causa de una sentencia judicial o de la imposibilidad que esta supone para ejercer la labor parlamentaria se extiende no solo a los derechos y deberes, sino también a las prerrogativas. Son Aragón²², Baleares²³, Cantabria²⁴ y La Rioja²⁵. Esta extensión nos suscita dudas respecto a los miembros de las Cortes Generales, dudas que se hacen extensivas a los parlamentos autonómicos aun cuando el alcance de las prerrogativas sea más limitado²⁶.

En el caso de las Cortes Generales, el Reglamento del Congreso establece de manera expresa la suspensión de las prerrogativas en el caso de suspensión motivada por una sentencia judicial tanto porque la resolución lo prevea de manera expresa como porque su cumplimiento impida el ejercicio de la labor parlamentaria²⁷. El Reglamento del Senado guarda silencio a este respecto.

2. LA INVIOLABILIDAD PARLAMENTARIA COMO PRERROGATIVA ABSOLUTA

La inviolabilidad es una prerrogativa clásica del parlamentarismo liberal que exige a los miembros de las Cortes Generales de cualquier tipo de responsabilidad jurídica declarada por los tribunales por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.

Esta exención de responsabilidad —que, como veremos, es muy amplia— abarca no solo la responsabilidad penal, sino también la civil y no termina con el fin del mandato. Así se expresan los Reglamentos del Congreso y del Senado, contribuyendo a interpretar el ámbito material y temporal de la inmunidad. El artículo 10 del Reglamento del Congreso establece: «Los diputados gozarán de inviolabilidad, aun después de haber cesado en su mandato, por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones». Algo más preciso se muestra el Reglamento del Senado, cuyo artículo 21 dispone: «Los senadores gozarán, aun después de haber cesado en su mandato, de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en actos parlamentarios y por los votos emitidos en el ejercicio de su cargo». A pesar

de la diferente redacción, que no se apreciaba en los Reglamentos provisionales de 1977 —idénticos en este punto—, la inviolabilidad tiene el mismo alcance temporal y material para los miembros de ambas Cámaras²⁸.

Por su parte, todos los parlamentos autonómicos sin excepción reconocen esta prerrogativa a sus miembros, esencial para el correcto desempeño de sus funciones constitucionales.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, la inviolabilidad «[...] determina la carencia absoluta de jurisdicción del órgano ante quien aquel proceso se plantea [...] se materializa así [...] en la exclusión de la jurisdicción respecto a ella»²⁹. También ha observado que tal prerrogativa «[...] impide la apertura de cualquier proceso o procedimiento que tenga por objeto exigir responsabilidades [...]»³⁰.

En cuanto al significado de la expresión «ejercicio de sus funciones», el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de preguntarse si la prerrogativa se circunscribe a la actividad oficial desarrollada por el parlamentario en el ejercicio de sus funciones o si, por el contrario, abarca también actividades realizadas como representante político al margen de la actividad oficial parlamentaria: «El nexo entre inviolabilidad y ejercicio de funciones propias a la condición de parlamentario está claramente expuesto por el propio art. 71. 1 de la Constitución. A no ser que la expresión “funciones” que recoge esta norma se entendiera en un sentido inespecífico (de corte sociológico y no jurídico), las mismas debieran identificarse en las que son propias del diputado o senador en tanto que sujetos portadores del órgano parlamentario, cuya autonomía, en definitiva, es la protegida a través de esta garantía individual. El diputado o senador ejercitaría, pues, sus funciones solo en la medida en que participase en actos parlamentarios y en el seno de cualesquiera de las articulaciones orgánicas de las Cortes Generales. Que esto es así lo confirman los Reglamentos de las Cámaras, y específicamente el Reglamento del Senado (el del Congreso —art. 10— se limita a reiterar, por lo que aquí importa, la fórmula constitucional). Así, el art. 21 del Reglamento del Senado señala ya que la inviolabilidad garantizará solo las opiniones manifestadas en actos parlamentarios» y los «votos emitidos en el ejercicio de su cargo»³¹.

Asimismo, el TC afirma que «[...] el interés, a cuyo servicio se encuentra establecida la inviolabilidad es el de la protección de la libre discusión y decisión parlamentarias (en este sentido, Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 27 de marzo de 1975, núm. 81), decayendo tal protección cuando los actos hayan sido realizados por su autor en calidad de ciudadano (de “político” incluso), fuera del ejercicio de competencias y funciones que le pudieran corresponder como parlamentario. Así, las funciones relevantes para el art. 71.1 de la Constitución no son indiferenciadamente todas las realizadas por quien sea parlamentario, sino aquellas imputables a quien, siéndolo, actúa jurídicamente como tal. Con carácter general, esta debe ser la interpretación del ámbito funcional en que se proyecta la garantía de la inviolabilidad. Un entendimiento estricto que, por lo demás, no impide las necesarias matizaciones, reconociendo (como se ha hecho alguna vez en la experiencia parlamentaria extranjera) que la prerrogativa puede amparar, también, los actos “exteriores” a la vida de las Cámaras, que no sean sino reproducción literal de un acto parlamentario»³².

El TC aboga con rotundidad por un entendimiento estricto de la prerrogativa, conectándola con las funciones propias de las Cortes Generales, ya que su finalidad radica en la salvaguarda del proceso de libre formación de voluntad del órgano. Solo por esa razón se dota a los parlamentarios de un ámbito cualificado de libertad en la crítica. Por tanto, el parlamentario goza de la protección que la inviolabilidad le reporta cuando participa en actos parlamentarios en el seno de cualesquiera articulaciones orgánicas de las Cortes Generales.

El Tribunal sustenta su posición en tres argumentos:

i) La Constitución anuda la prerrogativa al ejercicio de las funciones parlamentarias, ya que su artículo 71.1 establece: «Los diputados y senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones». De este modo, la prerrogativa protege únicamente cuando los parlamentarios realizan actos parlamentarios propios de las funciones que las Cortes tienen encomendadas

ii) Una interpretación sistemática también conduce a este entendimiento estricto, ya que es evidente que preceptos como el art. 67.3 CE («Las reuniones de parlamentarios que se celebren sin convocatoria reglamentaria no vincularán a las Cámaras, y no podrán ejercer sus funciones ni ostentar sus privilegios») ponen de manifiesto la intención del constituyente de vincular las prerrogativas al funcionamiento regular de las Cámaras.

iii) Desde un punto de vista finalista, es evidente que las prerrogativas solo tienen sentido en la medida en que sirvan a su objetivo, que no es otro que la libre formación de la voluntad de la Cámara. En otros contextos, cuando las manifestaciones vertidas por el parlamentario no se orientan a la formación de esa voluntad, no tiene sentido que esta sustracción del régimen común se aplique, pues si así fuera se convertiría en privilegios que pueden suponer vulneración de derechos fundamentales sin que exista ningún fin constitucionalmente legítimo que así lo justifique.

No hay unanimidad en la doctrina respecto a la interpretación estricta de la prerrogativa. Hay que pensar que los parlamentarios realizan un gran número de actividades políticas íntimamente relacionadas con el cargo que ostentan que, sin embargo, no pueden considerarse encuadradas en del ámbito material de la inviolabilidad: mítines, ruedas de prensa, reuniones con su grupo parlamentario, etc. En los últimos tiempos, además, las redes sociales han amplificado enormemente los medios a través de los cuales los parlamentarios expresan su opinión sobre los más variados asuntos.

Sin embargo y dado que esta prerrogativa entraña una excepción que elimina la responsabilidad del parlamentario o parlamentaria —una sustracción al régimen común—, conviene ser estrictos en su interpretación. La inviolabilidad solo tiene sentido si atendemos a su finalidad: la libre formación de la voluntad de la Cámara. Si bien todo lo que se haga al margen de este objetivo puede influir de manera indirecta en la formación de esa voluntad, estará sometido a las reglas generales de responsabilidad civil y penal, teniendo en cuenta, no obstante que los márgenes de la libertad de expresión política son necesariamente más amplios cuando se trate de argumentar sobre cuestiones relevantes para la formación de la opinión pública. La prerrogativa no protege todas las actividades realizadas por un parla-

mentario, sino solo aquellas imputables a quien, siéndolo, actúa jurídicamente como tal. Así, la inviolabilidad no protege la función política del representante respecto a la sociedad, sino su función jurídica con respecto al Estado³³.

En cuanto al ámbito objetivo protegido por la prerrogativa, la inviolabilidad afecta tanto a las opiniones como a los votos. No tendría sentido otra interpretación. Al respecto, el Reglamento del Senado menciona expresamente este extremo, como hemos visto *supra*. El Reglamento del Congreso, por su parte, se limita a reproducir el artículo 71.1 de la Constitución. Evidentemente, estos matices en la literalidad de los preceptos no comportan ninguna diferencia de trato entre diputados y senadores, por lo que puede concluirse que la inviolabilidad alcanza la misma extensión para unos y otros. Incluso cabe afirmar que esta prerrogativa alcanza el mismo ámbito material para los parlamentarios autonómicos, ya que el fin es el mismo en uno y otro caso: la libre formación de la voluntad de la Cámara. Y para ello no solo es necesario que el parlamentario goce de libertad para expresar sus opiniones sin miedo a las consecuencias que puedan provocar, sino que es igualmente importante la libertad para ejercer el voto en el sentido que el parlamentario crea oportuno. Así lo entiende el Tribunal Constitucional, que alude a ambos extremos³⁴.

Tampoco tendría sentido dejar fuera del margen de protección de la inviolabilidad aquellas manifestaciones que se aportan por escrito en el transcurso, por ejemplo, de una comisión de investigación, que incluyen las conclusiones de los diferentes grupos parlamentarios. No hacerlo sería desconocer que las opiniones vertidas no se hacen solo de manera oral en tribuna o en el seno de una comisión, sino que en numerosas ocasiones se hacen por escrito. De esta forma, el ámbito de la prerrogativa se identifica con todas aquellas manifestaciones que se hagan en el curso de un trámite parlamentario, ya se trate de expresiones vertidas en el uso de la palabra como con aquellas que se realizan por escrito³⁵. En definitiva, todas aquellas actuaciones encaminadas a la formación de la voluntad de la Cámara en su conjunto o de los distintos actores parlamentarios: grupos parlamentarios o los distintos órganos que las conforman.

Aunque la Constitución guarda silencio respecto a la inviolabilidad de los parlamentarios autonómicos, todos los estatutos de autonomía sin excepción la reconocen a los miembros de sus respectivas asambleas. No podría ser de otro modo teniendo en cuenta la importante función de la misma, esencial para la libre formación de voluntad de la asamblea parlamentaria en cuestión.

3. LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA Y SU NECESARIO DESARROLLO NORMATIVO

Sin duda, la inmunidad constituye la más polémica de las tres prerrogativas. Su contenido objetivo abarca dos vertientes que tratan de proteger la correcta formación de voluntad de la Cámara asegurando la libre asistencia de sus miembros. Por eso, el artículo 71.2 CE dispone: «Durante el período de su mandato, los diputados y senadores gozarán, asi-

mismo, de inmunidad y solo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva».

De esta manera, por un lado, la Constitución protege al parlamentario frente a detenciones que impidan la asistencia normal a las Cámaras y veta la detención de sus miembros con una única excepción, el delito flagrante, y, por otro, constituye una salvaguarda frente a los procesamientos que pudieran acabar provocando el mismo efecto: la imposibilidad de acudir a las sesiones parlamentarias con normalidad, ya sea por una situación de prisión provisional u otra. Pero en este último caso, con límites.

Más allá de lo previsto en los Reglamentos del Congreso y del Senado y de alguna mención en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la falta de regulación de esta prerrogativa ha provocado numerosos interrogantes que han sido resueltos por el Tribunal Constitucional en el curso de estos años. El motivo fundamental guarda relación con la incidencia directa que la inmunidad puede tener sobre el derecho a la tutela judicial efectiva de terceros —cuando la Cámara deniega el suplicatorio para procesar a alguno de sus miembros— o, en menor medida, sobre el derecho al ejercicio del cargo representativo del parlamentario. De hecho, en los últimos años, el procesamiento y juicio de varios políticos catalanes en el marco del *procés* ha vuelto a suscitar el interés por una prerrogativa cuyo uso parecía bastante pacífico entre nosotros, planteándose nuevas cuestiones y dudas relativas, por ejemplo, a su vigencia durante la suspensión del mandato o el momento exacto en que empieza a ser efectiva —con la elección o con el perfeccionamiento de la condición de parlamentario—. Asimismo, las dudas suscitadas en relación con la aplicación de la prerrogativa al parlamentario que accede al cargo una vez procesado, o incluso cuando se ha abierto la fase de juicio oral, han sido objeto de análisis por el Tribunal Constitucional³⁶. En este último supuesto, el TC ha resuelto que «[...] en su tenor, el art. 71.2 CE no requiere la previa autorización de la Cámara respecto de quien, encontrándose ya procesado o inculcado, adquiera sobrevenidamente la condición de diputado o senador en la fase del juicio oral»³⁷.

La incidencia directa de la inmunidad sobre el derecho a la tutela judicial efectiva exige una interpretación estricta de la misma. Así queda reflejado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha declarado expresamente: «La posibilidad de conceder o denegar suplicatorios para procesar a diputados o senadores en que dicha institución de la inmunidad se concreta queda, así, vinculada a la función de impartir justicia y, en tal medida, le son aplicables los parámetros del art. 24.1 de la CE»³⁸.

En este sentido, y como ha destacado el TC, «[...] la amenaza frente a la que protege la inmunidad solo puede serlo de tipo político y consiste en la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular. La posibilidad de que las Cámaras aprecien y eviten esa intencionalidad es lo que la Constitución ha querido al otorgarles la facultad de impedir que las acciones penales contra sus miembros prosigan, y lo que permite por tanto, la institución de la inmunidad es que las propias Cámaras realicen algo que no pueden llevar a cabo los órganos de naturaleza jurisdiccional como es una valoración sobre el significado político de tales acciones»³⁹.

En este sentido, la finalidad de la inmunidad es bastante precisa: impedir que se utilice la persecución penal con fines políticos para alterar así el funcionamiento normal de las Cámaras o impedir la asistencia de uno de sus miembros⁴⁰. Dado que apreciar esa intencionalidad no es tarea fácil, la Constitución ha querido que sean las propias Cámaras las que asuman esa tarea.

Y es esa apreciación la que puede ser sometida a juicio del Tribunal Constitucional para la salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva que puede verse afectado. Aquí la jurisprudencia constitucional ha experimentado una evolución interesante, pasando de la mera exigencia de motivación expresa⁴¹ al control exhaustivo de la motivación. En un primer momento, la exigencia de motivación supuso una novedad, dada la falta de exigencia legal al respecto⁴². Sin embargo, resulta comprensible si tenemos en cuenta la afectación a un derecho fundamental, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Esta exigencia de motivación, que no aparece en la Constitución, parece casar mal con el carácter secreto de las deliberaciones previsto en los Reglamentos de las Cámaras⁴³, así como con el carácter también secreto de los votos. Sin embargo, y teniendo en cuenta la afectación al derecho a la tutela judicial efectiva de terceros, parece como mínimo necesaria una motivación que justifique la decisión⁴⁴. Esa motivación es la que permite al TC analizar la constitucionalidad de la misma, es decir, comprobar el cumplimiento de la finalidad que prevé el texto constitucional respecto a la misma⁴⁵.

En esta cuestión, el TC tiene que hacer un ejercicio de malabarismo para controlar la posible violación del derecho a la tutela judicial efectiva sin invadir el margen de actuación que la Constitución ha otorgado a las Cámaras. Margen de actuación que, atendiendo a la necesaria interpretación sistemática de la Constitución, no puede desconocer el artículo 24 CE por no ajustarse a la finalidad de la prerrogativa⁴⁶.

Una vez afirmada la exigencia de motivación expresa para denegar el suplicatorio, parece obvio que el TC no iba a tardar en considerarse legitimado para analizar esa motivación con más detalle, que es lo que sucedió en un pronunciamiento, la STC 206/1992, de 27 de noviembre, que en su día suscitó gran polémica⁴⁷.

En esta ocasión, tras destacar la necesidad de conciliar todos los intereses en juego⁴⁸, el TC señala que la inmunidad es una prerrogativa institucional y destaca su «[...] carácter protector de la Cámara, frente a actuaciones que pudieran alterar su funcionamiento o composición»; según el propio Tribunal, solo «[...] este sentido institucional es susceptible de preservar la legitimidad de la prerrogativa. Con respecto a los fines, en este pronunciamiento se amplían algo, al considerar que si bien persigue la preservación de la Cámara frente a una intencionalidad hostil en la actuación judicial, no cabe cerrar el paso a otros posibles fines»⁴⁹. Llama la atención el hecho de que el *fumus persecutionis* deja de ser la única causa de denegación del suplicatorio⁵⁰, aunque no nos explica más.

Así, tras señalar que no se trata tanto de que el Acuerdo tenga una motivación expresa⁵¹, se considera insuficiente la aportada por el Acuerdo del Pleno del Senado recurrido, que, recordemos, denegaba la autorización para procesar a un senador, declarando lo siguiente:

«Si bien es evidente que las manifestaciones del senador se produjeron en un contexto político y en uso —correcto o no— de su libertad de expresión, resulta claro que el instituto de la inmunidad no tiene como finalidad garantizar la libertad de expresión, ni aun cuando esta viene ejercida por un representante del pueblo español. Pues, en segundo lugar, resulta forzoso coincidir con el Ministerio Fiscal en que la argumentación según la cual el senador actuó en su calidad de senador, nos sitúa en un instituto procesalmente previo, cual es el de la inviolabilidad parlamentaria, siendo así que, con arreglo a nuestra reiterada doctrina, la inviolabilidad sólo cubre la participación en actos parlamentarios y en cualquiera de las articulaciones orgánicas de las Cámaras o, por excepción, en actos exteriores a la vida de las Cámaras que asean reproducción literal de un acto parlamentario (STC 243/1988, F.J. 3) [...]

En suma, hay que concluir con el Ministerio Fiscal en su apreciación de que salta a la vista la omisión en el Acuerdo del Senado de cualquier incidencia de la concesión o no del suplicatorio en la composición de la Cámara o a su normal funcionamiento; no hay nada en el mismo que pueda considerarse relevante en el sentido constitucionalmente perseguido a través de la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria».

El asunto fue controvertido y se zanjó con tres votos particulares disidentes, el primero de ellos firmado por dos magistrados. Aunque los motivos son diversos, la base común de la discrepancia radica en la extralimitación del Tribunal Constitucional.

Lo cierto es que la jurisprudencia constitucional muestra cómo compatibilizar el reconocimiento de la prerrogativa de la inmunidad con los derechos fundamentales de las personas implicadas, una tarea que no siempre resulta fácil, sobre todo teniendo en cuenta la regulación de los Reglamentos de las Cámaras, así como la ausencia de una regulación relativa al sobreseimiento, factores que dificultan el encaje entre el reconocimiento de la prerrogativa y los derechos fundamentales de los ciudadanos. Veámoslo.

En el caso de ausencia de respuesta, los Reglamentos de las Cámaras han optado por el *silencio negativo*, de tal manera que si, transcurridos sesenta días, computados durante el período de sesiones, a partir del día siguiente al del recibo del suplicatorio no hubiere respuesta, el suplicatorio se entenderá denegado⁵². En este caso, y a la vista de la interpretación del Tribunal Constitucional, podría aventurarse una eventual interposición de un recurso de amparo por violación del artículo 24 CE fundamentada, precisamente, en la ausencia no ya de motivación en este caso, sino de cualquier tipo de actuación. Para García Morillo, esto podría conllevar el planteamiento de una autocuestión de inconstitucionalidad del artículo 55.2 LOTC que desembocaría en la nulidad del precepto reglamentario que establece ese silencio negativo⁵³.

Mayores problemas presenta aún el *sobreseimiento libre* como consecuencia de la denegación del suplicatorio, dado que la regulación, obsoleta y preconstitucional, no tiene en cuenta los derechos fundamentales implicados.

Así es. El artículo 754 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece: «Si el Senado o el Congreso denegasen la autorización pedida, se sobreseerá respecto al senador o diputado a Cortes; pero continuará la causa contra los demás procesados». Como este precepto no

hace referencia al tipo de sobreseimiento —provisional o libre—, se considera vigente y aplicable el artículo 7 de la Ley de 9 de febrero de 1912, que decreta que ese sobreseimiento será libre⁵⁴. Esto supone, en palabras del Tribunal Constitucional, que «[...] no cabe, por tanto, la posibilidad de un nuevo procesamiento, pues tal sobreseimiento, que implica los efectos de la cosa juzgada material, así lo impide por sí mismo».

Esta regulación casa mal con la inmunidad tal y como la configura la Constitución, es decir, con carácter temporal: «Durante el período de su mandato los diputados y senadores gozarán asimismo de inmunidad y solo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva» (art. 71.2 CE)

Si esta prerrogativa está configurada para proteger la institución parlamentaria a través de la protección que brinda a sus miembros respecto a persecuciones judiciales, carentes o no de fundamento, pero que se inician debido a la condición parlamentaria del sujeto y tienen, por tanto, una clara intencionalidad política, no se entiende bien que el sobreseimiento provocado por la denegación del suplicatorio sea libre y no provisional.

Si la consecuencia de la denegación del suplicatorio fuera el sobreseimiento provisional, podría recurrirse a un criterio menos restrictivo que el del *fumus persecutionis*, atendiendo, por ejemplo, al desprestigio que puede sufrir la institución⁵⁵ o a la instrumentalización partidista por parte de otras fuerzas. Pero la falta de regulación postconstitucional en esta materia provoca una restricción injustificada en el derecho a la tutela judicial efectiva, y obliga, en consecuencia, a que interpretación del ámbito efectivamente cubierto por la prerrogativa sea mucho más estricta.

Ciertamente, no tiene mucho sentido exigir a las Cámaras que motiven la denegación del suplicatorio para procesar a uno de sus miembros, que solo se admita la inmunidad cuando su objeto sea proteger frente a persecuciones políticas que traten de «perturbar su funcionamiento o alterar su composición» y que, por otro lado, no se pronuncie sobre el sobreseimiento libre que decreta el Tribunal Supremo ni sobre la necesidad de interrupción de la prescripción, todo lo cual convierte a una garantía definida por el constituyente como una prerrogativa de carácter temporal en un privilegio perpetuo.

Lo cierto es que el Tribunal Constitucional se ha centrado en los límites estrictos de la prerrogativa, atendiendo únicamente al *fumus persecutionis*, en una interpretación que, a mi juicio, no es la única coherente con el texto constitucional. Casa con esa lectura, sin embargo, el hecho de que no haya considerado derogado el precepto que decreta el sobreseimiento libre previsto en la Ley de 1912.

Por lo expuesto hasta aquí, queda claro que la inmunidad únicamente se vincula al procesamiento penal, a pesar del intento, fallido, de *extensión al ámbito civil* protagonizado por el legislador orgánico, que mediante la Ley Orgánica 3/85, introdujo un párrafo al artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/82, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen, de 5 de mayo, que rezaba así: «Iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un diputado o senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o del Senado». De este modo, el legislador

extendía la necesidad de autorización para procesar a uno de sus miembros también a los procesos civiles que se suscitasen en relación con la referida Ley Orgánica.

Además de generar críticas doctrinales, esta modificación provocó la interposición de varios recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional por las denegaciones de suplicatorios solicitados con base en esa reforma⁵⁶. En uno de ellos, resuelto por la STC 243/1988, de 19 de diciembre, el TC declaró en estos términos que la autorización para proceder contra los parlamentarios es un instrumento propio de la inmunidad, cuyo campo de actuación se limita al proceso penal: «Conforme a lo dispuesto en este precepto (art. 71 CE), la única prerrogativa parlamentaria que puede justificar la suspensión de las actuaciones judiciales, en tanto la Cámara se pronuncia concediendo o denegando la previa autorización, es la de la inmunidad, pues únicamente es esta institución la que constitucionalmente permite la exigencia de dicho presupuesto procesal. Sin embargo, la inmunidad parlamentaria se manifiesta inapropiada para impedir el curso de una demanda civil interpuesta contra un parlamentario, pues el sentido propio de las palabras empleadas por el art. 71 de la Constitución, los antecedentes históricos y legislativos de esa prerrogativa de los miembros de las Cámaras y la razón misma de la institución excluyen, con absoluta claridad, que su protección se extienda a procesos que no sean penales, es decir, que no entrañen la eventualidad de que sean utilizados con la intención de perturbar el funcionamiento de la Cámara o alterar su composición, mediante la posible privación de libertad del parlamentario».

Tras estas consideraciones, el Tribunal Constitucional se planteó la autocuestión de inconstitucionalidad, resuelta por la STC 9/1990, de 18 de enero. Para el TC, los riesgos a los que los parlamentarios están expuestos, entre ellos tener que soportar demandas civiles por parte de las personas que consideren que las opiniones manifestadas por aquellos que entrañan intromisiones ilegítimas en sus derechos fundamentales no justifica la creación de un requisito que «[...] en manifiesta contradicción con lo dispuesto en el artículo 71 de la Constitución, pueda impedir el ejercicio del derecho a la tutela judicial, acudiendo al procedimiento de sustituir el privilegio de la inviolabilidad por una exorbitante prerrogativa que traslada, más allá de las previsiones constitucionales, la disponibilidad del proceso a un órgano no judicial y, con ello, la de la potestad jurisdiccional de controlar, sin injerencias extrañas, el uso que los parlamentarios hagan de su libertad de expresión y la aplicación al mismo de la garantía de la inviolabilidad».

Por lo que respecta a los parlamentarios autonómicos, resulta común a todos ellos el reconocimiento de la inmunidad frente a la detención, salvo en caso de flagrante delito. Sin embargo, la necesidad de solicitar autorización a la Cámara para procesar o inculpar a uno de sus miembros es algo exclusivo de las Cortes Generales que no está previsto en el caso de los miembros de las Cámaras autonómicas⁵⁷.

Ha habido un único intento de equiparar la inmunidad autonómica —en este caso, de los parlamentarios del País Vasco— a la de los miembros de las Cortes Generales, que también incluía la necesidad de solicitar autorización para procesar a sus miembros. La regulación, introducida por la Ley vasca 2/1981, fue declarada inconstitucional por la STC 36/1981, de 16 de noviembre. Aunque hay que decir que, en este caso, el argumento

fundamental para declarar su contradicción con la carta magna estribó en la falta de reconocimiento expreso en el Estatuto de Autonomía⁵⁸.

A mi juicio, las mismas razones que justifican el reconocimiento de esta prerrogativa a los miembros de las Cortes Generales justificarían su aplicación, en idénticos términos, a los parlamentarios autonómicos. El cauce apropiado para ello sería su previsión en el respectivo estatuto de autonomía. Sin embargo, se ha asentado entre nosotros una concepción de las prerrogativas como privilegio que actualmente dificultaría enormemente la extensión de los márgenes de la inmunidad de los parlamentarios autonómicos. Sobre todo, teniendo en cuenta que a lo largo de más de 40 años de vigencia del Estado de las autonomías no se ha considerado imprescindible esta extensión, que en el fondo supone una sustracción del Derecho común.

4. EL AFORAMIENTO

El artículo 71.3 CE establece: «En las causas contra diputados y senadores será competente la sala de lo Penal del Tribunal Supremo». Los diputados y senadores quedan, así, excluidos de las reglas generales de determinación de los tribunales competentes en las demandas por responsabilidad civil «[...] por hechos realizados en el ejercicio del cargo» así como en la «[...] instrucción y enjuiciamiento de las causas criminales», correspondiendo la competencia a la Sala Civil y Penal del Tribunal Supremo, respectivamente⁵⁹.

La intención del constituyente fue clara y respondía a la idea de que, cuanto más elevado fuera el órgano juzgador, más difícil sería la instrumentalización del proceso y en consecuencia, la persona afectada estaría revestida de mayores garantías⁶⁰. Sin embargo, esta atribución a nuestro máximo órgano jurisdiccional lleva aparejada la imposibilidad de recurrir a una doble instancia, dada la inexistencia de un tribunal superior.

Con respecto a la pérdida del derecho a la doble instancia, el Tribunal Constitucional ha señalado que «[...] si bien es una de las garantías del proceso a las cuales alude genéricamente el artículo 24.2 CE, ha de ser matizada en los casos en que el enjuiciamiento se confía directamente al supremo juez en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo el constitucional a quien habría de revertir en definitiva la competencia funcional en un segundo grado o escalón procesal»⁶¹.

En cuanto a la finalidad de la prerrogativa, a mi juicio radica en una cierta desconfianza hacia el poder judicial que el Tribunal Constitucional no ha querido explicitar. Al contrario, ha destacado que su finalidad es «[...] proteger la independencia del órgano y el ejercicio de las funciones del cargo constitucionalmente relevantes»⁶². El TC prosigue afirmando, a este respecto, que el objetivo es «[...] proteger la propia independencia y sosiego, tanto del órgano legislativo como del jurisdiccional frente a potenciales presiones externas o las que pudiese ejercer el propio encausado por razón del cargo político e institucional que desempeña. La prerrogativa del aforamiento actúa, de este modo, como instrumento para la salvaguarda de la independencia institucional tanto de las Cortes Generales como

del propio poder judicial o, dicho de otro modo, el aforamiento preserva un cierto equilibrio entre los poderes y, al propio tiempo, la resistencia más eficaz frente a la eventual trascendencia de la resolución judicial en la composición del Parlamento. Por ello, no es de extrañar que el constituyente atribuyese expresamente el conocimiento de tales causas a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en tanto que órgano jurisdiccional superior de los que integran aquel poder del Estado (art. 123.1 CE)»⁶³.

Al igual que sucede con la inmunidad, el aforamiento tiene un carácter temporal que impone que, una vez concluido el mandato, la causa vuelva al juez natural según las leyes procesales, a no ser que aquella guardase relación con la función propia del parlamentario. En la STC 22/1997, de 11 de febrero, el Tribunal Constitucional da por válida la interpretación del Tribunal Supremo en ese sentido. Para el TC, aunque esta no sea la única interpretación posible, encaja en el texto constitucional.

No es unánime esta posición, como refleja el voto particular de los magistrados Gimeno Sendra y García Manzano, que estiman que una interpretación como la realizada por el Tribunal Supremo «[...] no solo contraviene el tenor del inciso segundo del artículo 7 de la Ley de 9 de febrero de 1912 (si la autorización fuese concedida, continuará el procedimiento hasta que recaiga resolución o sentencia firme, aun cuando antes de dictarla fueran disueltas las Cortes...), sino que infringe también el número 4 del artículo 71 CE que, a diferencia de sus párrafos anteriores, no somete el aforamiento a los mismos requisitos, material y temporal, que la inmunidad parlamentaria».

Ciertamente, y atendiendo al tenor literal de la prerrogativa, no podemos extraer una consecuencia clara. Si bien tiene sentido que el Tribunal Supremo continúe con las actuaciones hasta el final del proceso, aun cuando el parlamentario procesado haya perdido su condición, no puede afirmarse que la solución propuesta sea contraria a la Constitución.

NOTAS

1. Si bien ya en el Reglamento para el Gobierno interior de la Cámara de 1810 aparecen referencias a las prerrogativas parlamentarias, que pasarán a la Constitución de Cádiz, la regulación aquí contenida es algo confusa, un híbrido de precedentes históricos y algunos elementos foráneos. Sin embargo, la Constitución de 1837 establece ya la inviolabilidad y la inmunidad tal y como aparecen en nuestro vigente texto constitucional, reguladas como institutos diferentes y en preceptos separados. El fuero privilegiado para los parlamentarios irá apareciendo y desapareciendo a lo largo de nuestra oscilante historia constitucional. Sobre el origen de las prerrogativas en nuestro país puede consultarse, Álamo Martell (2014: 201-206),
2. Morales Arroyo (1987). Por su parte, Solé Tura y Aparicio destacaron que «[...] la redacción de la Constitución por las Cortes Constituyentes se efectuó en un clima de escasa tranquilidad por parte de los parlamentarios con respecto a su propia condición de tales» (Solé Tura y Aparicio Pérez, 1984: 74).
3. La inmunidad fue recogida en el Proyecto de Constitución (art. 63.2) en el Boletín Oficial de las Cortes, número 44, de 5 de enero de 1978) No se presentaron enmiendas a su texto en el Congreso, y en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas fue aprobado el texto por unanimidad (Diario de Sesiones de dicha Comisión del 2 de junio de 1978, si bien por haber habido corrimiento en la numeración de artículos le corresponde el número 66.2). En el Pleno del Congreso,

este artículo 66.2 fue votado sin debate y aprobado por 278 votos a favor, ninguno en contra y ninguna abstención (Diario de Sesiones del Congreso del día 12 de julio de 1978, núm. 108), publicándose el Proyecto de Constitución aprobado por el Congreso de los Diputados en el Boletín Oficial de las Cortes, número 135, de 24 de julio de 1978, núm. 47, p. 2185). El Boletín Oficial de las Cortes, núm. 157, de 6 de octubre de 1978, publicó el aludido precepto con el número 70.2 porque hubo un nuevo desplazamiento de artículos. Tramitado el texto en el Pleno del Senado, también fue aprobado sin debate y por unanimidad de los ciento setenta y seis senadores presentes (Diario de Sesiones de 29 de septiembre de 1978, núm. 62, p. 3131). Y sin ninguna rectificación el art 70.2 fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes, núm. 161, de 13 de octubre de 1978, que tras la reunión de la Comisión Mixta pasó a ser definitivamente el art. 71.2 (Boletín Oficial de las Cortes, núm. 170, de 28 de octubre de 1978) y, como tal, fue sometido a referéndum popular, sancionado por el rey en solemne Sesión conjunta del Congreso y del Senado celebrada en el Palacio de las Cortes el 27 de noviembre de 1978 y publicada en el Boletín Oficial del Estado de 29 de noviembre de 1978.

4. Peñaranda Ramos (1998: 331).
5. Fernández-Miranda y Campoamor, (1984: 16).
6. Carro Martínez (1981: 108).
7. STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 5.
8. ATC 236/2000, de 9 de octubre, FJ 1.
9. STC 123/2001, de 4 de junio, FJ 3.
10. Respecto a esta cuestión, puede consultarse mi trabajo (Gómez Corona, 2020: 199-226).
11. Esta interpretación ha sido avalada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de la Gran Sala de 19 de diciembre de 2019, dictada en el asunto C-502/19, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo respecto a la vigencia de las prerrogativas de Oriol Junqueras. Sobre este particular puede consultarse Aranda Álvarez (2020: 108).
12. Art. 12.3 del Reglamento de la Asamblea de Madrid.
13. Art. 10.2 del nuevo Reglamento de la Asamblea de Murcia, aprobado en 2019.
14. Art. 10.3 del Reglamento Parlamento de Canarias.
15. Art. 6.2 del Reglamento del Parlamento de Cantabria.
16. Art. 7.2 del Reglamento del Parlamento de Galicia.
17. Art. 8.2 del Reglamento del Parlamento de las Islas Baleares.
18. Art. 5.2 del Reglamento de las Cortes de Castilla y León.
19. Art. 10.2 del Reglamento del Parlamento de La Rioja.
20. Art. 9.2 del Reglamento del Parlamento del Principado de Asturias.
21. Art. 5.2 del Reglamento del Parlamento andaluz.
22. Art. 25 del Reglamento de las Cortes de Aragón.
23. Art. 9 del Reglamento del Parlamento de las Islas Baleares.
24. Art. 21.2 del Reglamento del Parlamento de Cantabria.

25. Art. 11.2 del Reglamento del Parlamento de La Rioja.
26. Martínez Sospedra (1995: 79).
27. Art. 21.2 Reglamento del Congreso de los Diputados: «El diputado quedará suspendido en sus derechos, prerrogativas y deberes parlamentarios cuando una sentencia firme condenatoria lo comporte o cuando su cumplimiento implique la imposibilidad de ejercer la función parlamentaria».
28. Los Reglamentos Provisionales de 1977 establecían lo siguiente en sus artículos 17 del RC y 36 del RS: «Los diputados [o los senadores] gozarán, aun después de haber cesado en su mandato, de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en actos parlamentarios y por los votos emitidos en el ejercicio de su cargo».
29. STC 30/1997, de 24 de febrero, FJ 6.
30. STC 243/1988, de 19 de diciembre, FJ 3 A).
31. STC 51/1985, de 10 de abril, FJ 6.
32. STC 51/1985, de 10 de abril, FJ 6.
33. Fernández-Miranda Campoamor (1984: 14).
34. SSTC 36/1981, de 12 de noviembre y 51/1985, de 10 de abril, entre otras.
35. En este sentido se pronuncia Torres del Moral (2013: 35), que destaca que «[...] están protegidas todas las formas de expresión de opiniones, tales como la palabra oral o escrita, los gestos, exhibición de carteles, aplausos, pataleos, risas, abucheos, repetición de consignas, abandono de la sala, etc., por poco edificantes que nos parezcan algunas de estas manifestaciones. Más aún, el término opiniones debe abarcar también los ruegos, la petición de aclaraciones, las enmiendas, las preguntas, las interpellaciones, las proposiciones no de ley, y, desde luego, las informaciones que el parlamentario vierta en tal ejercicio de su función (que en esto acaso sea en lo único que se igualan opinión e información)».
36. STC 71/2021, de 18 de marzo.
37. STC 71/2021, de 18 de marzo, FJ 6.
38. STC 90/1985, de 22 de julio, FJ 6. Este pronunciamiento viene motivado por un recurso de amparo interpuesto frente a la denegación de la autorización para procesar a un senador. El demandante interpuso contra él querrela por delito de injurias graves con motivo de varios artículos de los que era autor. La querrela fue admitida y se llegó incluso a dictar auto de procesamiento. Pero en el transcurso del proceso el demandado fue elegido senador. La Sala Segunda del Tribunal Supremo se hizo cargo de las actuaciones y solicitó suplicatorio, que fue denegado. Sobre la base de estos hechos, la persona que había interpuesto la querrela interpuso recurso de amparo por vulneración, entre otros derechos, del reconocido en el artículo 24 CE.
39. STC 90/1985, de 22 de julio, FJ 6.
40. Y esas amenazas consisten en la eventualidad de que «[...] la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular» (STC 90/1985, de 22 de julio, FJ 6).
41. STC 90/1985, de 22 de julio.
42. Comparte esta opinión sobre la necesidad de motivación García Morillo (1994: 108).

43. Artículos 22.3 y 22.6, segundo párrafo, del Reglamento del Senado y, de manera menos clara, los artículos 63 y 64.3 del Reglamento del Congreso.

44. Motivación que, según el Tribunal Constitucional, puede extraerse si no del acuerdo mismo, sí de las alegaciones al recurso de amparo interpuesto.

45. En este caso en concreto, en la STC 90/1985, de 22 de julio, el Tribunal Constitucional concedió el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: «En cuanto a las circunstancias de la querrela que en su día interpuso el hoy demandante de amparo, debe tenerse en cuenta que la misma fue ocasionada por un escrito del que era autor quien fue elegido posteriormente senador y respecto a quien se solicitó del Senado autorización para procesar. Además de que el carácter estrictamente literario del escrito por nadie ha sido desmentido, no concurren elementos que permitan apreciar en la interposición de la querrela, la existencia de móviles o intenciones referidos al funcionamiento o composición del Senado. Al contrario, todo contribuye a poner de relieve que tales móviles o intenciones que no pudieron existir en el momento de formularse la querrela, ni la persona frente a la que se dirigía tenía aún la condición de Senador, ni siquiera cabía aventurar que iba a serlo, ya que todavía no se habían convocado las correspondientes elecciones, ni, en consecuencia, eran conocidas las candidaturas a éstas» (FJ 7).

46. Siguiendo a Bretal Vázquez (1985: 213), los principales postulados de esta sentencia pueden resumirse en los siguientes puntos: el Tribunal se declara competente para controlar la actividad de las Cámaras que pueda incidir en los derechos y libertades de las personas; declara que este tipo de actos parlamentarios, aun siendo de carácter político, se encuentran vinculados materialmente por la Constitución y delimita el contenido, alcance y finalidad de la inmunidad parlamentaria.

47. La STC 206/1992, de 27 de noviembre, resuelve un recurso de amparo contra el Acuerdo del Senado por el que se deniega la autorización para procesar al Sr. González Bedoya, miembro de la Asamblea Regional de Cantabria y senador, interpuesto por el entonces presidente del Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria y por el propio Consejo de Gobierno de dicha Comunidad. El carácter de los protagonistas de este proceso ya da una idea del ambiente de confrontación política en que se dirimió el asunto.

48. «[...] desde una perspectiva material, los preceptos que integran la Constitución son todos ellos constitucionales y, como tales, gozan del contenido y de la eficacia normativa que de su respectiva dicción resulta. La inmunidad, como prerrogativa de los miembros de las Cortes Generales, forma parte de nuestro texto constitucional, con idéntica legitimidad a la del resto de los institutos constitucionales. Ocurre, sin embargo, que la Constitución no es a suma y el agregado de una multiplicidad de mandatos inconexos, sino precisamente el orden jurídico fundamental de la comunidad política, regido y orientado a su vez por la proclamación de su artículo 1, en su apartado 1, a partir de la cual debe resultar un sistema coherente en el que todos sus contenidos encuentren el espacio y la eficacia que el constituyente quiso otorgarles. [...] el sistema constitucional es ajeno a cualquier concepción jerarquizada, de forma más o menos latente, entre sus contenidos dogmático y orgánico. Derechos fundamentales y estructura democrática son ambas expresiones y soporte del mismo y único modelo de comunidad política que, desde sus orígenes, la Constitución representa» (STC 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3).

49. «Hasta ahora este Tribunal no ha precisado más la finalidad constitucional de la inmunidad parlamentaria, ni es evidente que deba hacerlo, en este momento, en mucha mayor medida. Sí es claro, sin embargo, que la hipótesis de una intencionalidad hostil a la institución parlamentaria en la actuación judicial, determinan en los orígenes del instituto (*fumus persecutionis*), debe ser hoy considerado un supuesto no descartable, mas su capacidad de agotar el sentido del instituto supondría la restricción del

mismo a unos límites que no parecen haber sido los queridos por el constituyente» (STC 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3).

50. Santaolalla López (1993: 253).

51. «De ahí que nuestra exigencia de un juicio de oportunidad tuviera un sentido predominantemente material: no se trata tanto de que el Acuerdo adopte una forma motivada, cuanto de que exista en, o queda de deducir del Acto parlamentario una motivación coherente con la finalidad de la prerrogativa parlamentaria. En todo caso, puesto que, en el presente caso, es el propio Acuerdo el que articula su propia motivación, habrá de ser a esta última a la que nos atengamos».

52. Artículos 14.2 RC y 22.5 RS.

53. García Morillo (1994: 108).

54. Art. 7 de la Ley de 9 de febrero de 1912: «Si el Senado o el Congreso denegase la autorización para procesar, se comunicará el acuerdo al Tribunal requirente, que dispondrá el sobreseimiento libre, respecto al senador o diputado. Si la autorización fuese concedida, continuará el procedimiento hasta que recaiga resolución o sentencia firme, aun cuando antes de dictarla fueren disueltas las Cortes a que perteneciere el senador o diputado objeto del suplicatorio».

55. En Alemania, uno de los objetivos de la inmunidad es salvaguardar el prestigio de las Cámaras. Así, se considera relevante garantizar el correcto funcionamiento de la Cámara, considerando que la protección del prestigio institucional de la misma constituye un valor constitucionalmente protegido frente a cualquier perturbación ilegítima. Hay que destacar que esta alusión no aparece en el Reglamento, sino en un conjunto de criterios que justifican el otorgamiento de ellos suplicatorios o su denegación y que se tipifican al inicio de la legislatura a fin de precisar al máximo el alcance de la inmunidad, y concretar el doble sentido o finalidad de las garantías, reduciendo así la posibilidad de actuaciones arbitrarias.

56. ATC 1326/1988, de 19 de diciembre; SSTC 243/1988, de 19 de diciembre y 186/1989, de 13 de noviembre.

57. Sobre las prerrogativas de los parlamentarios autonómicos existen varios trabajos destacables, entre ellos los de Punset Blanco (1983: 123-138) y Martínez Sospedra, M. (1995: 79-90).

58. «Tal ampliación de la inmunidad por una Ley de la Comunidad Autónoma vasca supone una modificación del Estatuto de Autonomía [...] por un cauce distinto del previsto tanto por la Constitución de 1978 —art. 147.3— como por el propio Estatuto de Autonomía del País Vasco —arts. 46 y 47—».

59. Sobre este particular, puede consultarse la obra de Fernández-Viagas Bartolomé (2000).

60. Solé Tura y Aparicio Pérez (1984).

61. STC 166/1993, de 20 de mayo, FJ 3.

62. STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 6.

63. STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ. 6.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLAMO MARTELL, María Dolores (2014): «Los orígenes de la inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias (1810-1837)», *AHDE*, t. LXXXIV.

ARANDA ÁLVAREZ, Elviro (2020): «El caso Junqueras. Comentario a la Sentencia C-502/19, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de diciembre, de 2019, sobre la inmunidad de los diputados al Parlamento Europeo», *Revista de las Cortes Generales*, 108.

BRETAL VÁZQUEZ, José Manuel (1985): «Notas sobre la inmunidad parlamentaria», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 15.

CARRO MARTÍNEZ, Antonio (1981): «La inmunidad parlamentaria», *Revista de Derecho Político*, 9.

FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, Plácido (2000), *El juez natural de los parlamentarios*, Madrid: Civitas.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso (1984): «Del intento de ampliar el ámbito material de la inmunidad parlamentaria a determinados procedimientos civiles», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 12.

GARCÍA MORILLO, Joaquín (1994): «Contenido, finalidad constitucional y control de la inmunidad parlamentaria», en *Inmunidad parlamentaria y jurisprudencia constitucional*, Cuadernos y Debates, 46, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

GÓMEZ CORONA, Esperanza (2020): «La suspensión del mandato parlamentario y sus consecuencias a la luz de las últimas experiencias», *Revista de Estudios Políticos*, 190, 199-226.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel (1995): «Las prerrogativas de los parlamentarios territoriales: nota sobre la inmunidad limitada de los diputados de los Parlamentos autónomos», *Corts, ADP*, 1.

MORALES ARROYO, José María (1987): «Las prerrogativas parlamentarias a la luz de la jurisprudencia constitucional», *Revista de las Cortes Generales*, 12.

PEÑARANDA RAMOS, José Luis (1998): «La dimensión actual de las prerrogativas», en O. Alzaga Villaamil (coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. VI, Madrid: Edersa.

PUNSET BLANCO, Ramón (1984): «Inviolabilidad e inmunidad de los Parlamentarios de las Comunidades Autónomas», *Revista de las Cortes Generales*, 3.

SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando (1993): «La inmunidad parlamentaria y su control constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 38.

SOLÉ TURA, Jordi y APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel (1984): *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Madrid: Tecnos.

TORRES DEL MORAL, Antonio (2013): «Libertad de opinión pública de los parlamentarios: inviolabilidad y secreto», *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 28.

Fecha recepción: 3 de agosto 2021.

Fecha de aceptación: 29 de octubre de 2021.

LA INVIOABILIDAD PARLAMENTARIA Y LA INVIOABILIDAD DEL REY
COMO CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL
*MEMBERS OF PARLIAMENT FREEDOM OF SPEECH AND KING 'S
INVIOABILITY AS EXCLUSION GROUNDS FROM CRIMINAL LIABILITY*

Clara Viana Ballester

*Profesora contratada doctora de Derecho Penal
Universitat de València*

RESUMEN

Pocas instituciones han sido tan estudiadas y cuestionadas, desde el Derecho Penal y el Derecho Constitucional, como las inmunidades de que se inviste a los cargos públicos titulares de los poderes del Estado. La «inviolabilidad», garantía personal-funcional que produce efectos impeditivos de la apertura del proceso, dada su naturaleza jurídica de inmunidad de jurisdicción de Derecho interno, es una de ellas. Con una visión generalista, que traspasa su análisis como garantía exclusivamente penal y abandona el estéril debate sobre su encaje en la teoría del delito, en este artículo se abordan la definición, los efectos y la evolución jurisprudencial sobre el ámbito de aplicación de las dos inviolabilidades de nuestro ordenamiento jurídico que son objeto de actualidad política y judicial: la inviolabilidad parlamentaria y la inviolabilidad del rey, reconocidas en los artículos 71.1 y 56.3 de la Constitución Española, respectivamente (Proyecto DER2017/86336-R financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa).

PALABRAS CLAVE

Privilegios, prerrogativas e inmunidades; Garantías personal-funcionales; Inviolabilidad parlamentaria; Inviolabilidad del rey; Monarquía; Inmunidad de jurisdicción de Derecho interno; Causas de exclusión de la responsabilidad penal.

ABSTRACT

Few institutions have been so studied and questioned, from Criminal Law and Constitutional Law, as the immunities vested in public offices holding the powers of the State. One of those immunities refers to the «inviolability», a personal-functional guarantee that prevents the procedure to be open, given its legal nature of immunity from jurisdiction in domestic law. With a general overview, which goes beyond its analysis as an exclusively criminal guarantee and abandons the sterile debate about its inclusion in the theory of crime, this article deals with the definition, effects and jurisprudential evolution of the scope of application of the two inviolabilities of our legal system that are currently under political and judicial discussion: parliamentary inviolability—freedom of speech—and the king's inviolability, states in Articles 71.1 and 56.3 of the Spanish Constitution, respectively (DER2017/86336-R, MCIN/AIE/10.13039/501100011033/ FEDER Una manera de hacer Europa).

KEY WORDS

Privileges, prerogatives and immunities; Personal-functional guarantees; Members of Parliament freedom of speech; King's inviolability; Monarchy; Immunity from jurisdiction in domestic law; Exclusion grounds from criminal liability.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2021.022>

LA INVIOLABILIDAD PARLAMENTARIA Y LA INVIOLABILIDAD DEL REY COMO CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Clara Viana Ballester

Profesora contratada doctora de Derecho Penal
Universitat de València

Sumario: 1. Introducción. 2. La inviolabilidad como garantía personal-funcional del estatuto de los cargos públicos y su estudio sistemático en el Derecho Penal. 3. La inviolabilidad: naturaleza, definición y efectos. 4. Sobre el ámbito material-funcional de la inviolabilidad parlamentaria. 5. Sobre el ámbito material-funcional de la inviolabilidad del rey. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Se abordan en esta contribución¹ los efectos de exclusión de la responsabilidad criminal, y por tanto de la pena, de una institución, la «inviolabilidad», cuya naturaleza jurídico-penal ha sido largamente discutida, desde mediados del siglo XIX en Alemania, y desde los inicios del siglo XX en España, cuando gracias a los *Programas de Derecho Penal* del profesor Jiménez de Asúa, comenzaron a estudiarse en la Universidad de Madrid y en diversas oposiciones nacionales —a Judicaturas y al Ministerio Fiscal— como ítem del Derecho Penal español, concretamente como «excepciones y privilegios» a la ley penal en relación con las personas, «fundados en el Derecho público interno»².

No obstante, para comprender en todas sus dimensiones su naturaleza jurídica y sus efectos sobre la responsabilidad criminal debemos huir de esta concepción panpenalista que ha buscado su caracterización solo en el Derecho Penal —incluso por parte de la jurisprudencia constitucional³ y ordinaria⁴, y por expertos en otras ramas del Derecho⁵—,

pues lo cierto es que la exclusión de responsabilidad jurídica que esta institución produce se extiende sobre otros sectores del ordenamiento jurídico. Es preciso, por tanto, dotarla de un entendimiento unitario que abarque su concepción en el Derecho, y no solo en el Derecho Penal, como también pusieron de manifiesto Fernández Miranda y Campoamor (1989: 322-323)⁶ o García López (1989: 73)⁷.

Además, la mera existencia, los límites y el funcionamiento de esta institución ha sido objeto de debate desde sus mismos orígenes constitucionales, dando lugar a interesantes y apasionadas discusiones parlamentarias desde su proclamación por las Cortes de Cádiz⁸, y a una inabarcable doctrina nacional y comparada que la ha analizado desde múltiples perspectivas y consideraciones, con un interés intermitente por su estudio, que suele ser reflejo de concretas situaciones de aplicación o inaplicación de la garantía en determinados contextos históricos. Asistimos, sin duda, a uno de estos momentos. Buena prueba de esta afirmación la constituyen los casos que actualmente guían el interés dogmático y periodístico de la inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias, derivados del tratamiento de ambas instituciones en el caso conocido como «el *procés*» de Cataluña⁹, y de la inviolabilidad del rey, derivado de la discusión sobre la posibilidad o imposibilidad de enjuiciar a Juan Carlos de Borbón, que actualmente ostenta el título de rey honorífico, por las presuntas conductas delictivas cometidas durante su reinado y con posterioridad a su abdicación¹⁰.

Ambas instituciones se encuentran actualmente en la palestra, y son analizadas no solo por la doctrina científica o en la práctica judicial, sino también desde el minucioso examen que impone la prensa en un mundo globalizado en el que se genera y suministra información al ciudadano de manera constante. Esta exposición pública permanente de las prerrogativas aporta como valor positivo que favorece la fiscalización del ejercicio del poder, y genera la necesidad de ofrecer respuestas inmediatas, bien sugiriendo la modificación en la interpretación de las normas que aseguran la protección de los servidores públicos, bien clamando por su modificación o supresión legal. Es esta una necesidad consolidada en las democracias actuales, que ya fue constatada, en 1996, por la Comisión para la Democracia a través del Derecho, conocida como Comisión de Venecia. En las conclusiones de su primer informe sobre las inmunidades parlamentarias se expone que la extensión de la protección de estas garantías depende, no solo de la práctica parlamentaria, sino también, en gran medida, «del papel de la opinión pública y de la evolución de las mentalidades», reconociendo el rol y la influencia de la prensa en la aplicación del régimen de inmunidad (Comisión de Venecia, 1996: §104)¹¹.

En ejercicio de este control por el llamado «cuarto poder», encontramos en nuestro sistema múltiples ejemplos de exhortos al viraje hermenéutico de las prerrogativas que las haga más compatibles con un Estado social y democrático de Derecho o, directamente, a su profunda modificación e, incluso, a su supresión legal/constitucional. De entre ellos, podemos destacar, en relación con el objetivo de esta contribución, los siguientes: el editorial publicado por el diario El País, de 5 de marzo de 1982, que defendía la extensión de la inviolabilidad parlamentaria a las opiniones de diputados y senadores firmadas en medios informativos¹² —interpretación que, como veremos *infra*, ha sido acogida por el Tribunal Supremo en diversas resoluciones, pero descartada en otras—, la desaparición progresiva de la inviolabilidad periodística de que gozaba la monarquía española desde

la transición, por la imperiosa necesidad de someter la Corona a la «política normal de la democracia» (Velasco Molpeceres, 2018: 122-136), o las propuestas de una limitación funcional de la inviolabilidad regia, excluyendo los actos privados, que tiene múltiples ecos en artículos de actualidad informativa y artículos de opinión doctrinal publicados en medios de comunicación nacionales. Esta tendencia ha sido especialmente marcada desde 2012, a propósito de los diversos escándalos acumulados protagonizados por miembros de la Casa Real y por el propio monarca —especialmente a partir del «caso Urdangarín» y de la «crisis de Botsuana»—, que desembocaron, como es sabido, en la abdicación de Juan Carlos I (*v.gr.* Carbonell Mateu, 2020; De Esteban, 2012, 2014 y 2020*a* y 2020*b*; García Rivas, 2020; Gimbernat Ordeig, 2007 y 2012; Llabrés Fuster, 2020; Martín Pallín, 2018 y 2020; Rodríguez Ramos, 2020; Ruiz Robledo, 2013; Serrano Alberca, 2014; entre otros).

La presencia mediática de las prerrogativas, no obstante, puede tener también una vertiente negativa, dado el riesgo evidente de descrédito de las instituciones que puede derivarse de no ejercitarse las libertades de información y de opinión de conformidad con los cánones constitucionales¹³. Parece, por todo ello, más necesario que nunca comprender el sentido y el funcionamiento de la inviolabilidad, a fin de poder adaptarla al contexto nacional, histórico y social en el que debe ser aplicada. Esta adaptación requerirá, como se va a justificar en esta contribución, una visión de la prerrogativa inescindible de su necesaria funcionalidad.

2. LA INVIOABILIDAD COMO GARANTÍA PERSONAL-FUNCIONAL DEL ESTATUTO DE LOS CARGOS PÚBLICOS Y SU ESTUDIO SISTEMÁTICO EN EL DERECHO PENAL

Se ha dejado ya apuntado en la introducción a este trabajo que junto a los límites temporales y los límites espaciales de la ley penal, que se estudian en los epígrafes de la parte general del Derecho Penal relativos a la Teoría de la norma se ha ubicado, tradicionalmente, el estudio de lo que la doctrina conoce como «vigencia personal de la ley penal» (Carbonell Mateu, ³1999: 185-186), «límites de la Ley penal en relación a las personas» (Cobo del Rosal y Vives Antón, ⁵1999: 233-238), «límites personales de la ley penal» (González Cussac y Cuerda Arnau, 1997: 101), «ámbito personal de la Ley penal» (Muñoz Conde, ¹⁰2019: 165) o «validez personal de la Ley penal» (Bacigalupo Zapater, ⁵1998: 126-128), entre otras denominaciones¹⁴.

Dentro de los epígrafes dedicados al estudio de estas cuestiones, a su vez, se suelen incluir tres instituciones denominadas en nuestro sistema jurídico «inviolabilidad», «inmunidad» y «fuero» —también llamado «aforamiento»—, que tendrían en común ser expresión de limitaciones del *ius puniendi* estatal, limitaciones a la aplicación de la ley penal, previstas en atención a la persona protegida por ellas. Ha sido por ello habitual considerar, paralelamente, que tales institutos pueden suponer una quiebra o vulneración del principio de igualdad —quiebra del principio de generalidad de la ley—, pues si uno de los requisitos fundamentales del Estado de Derecho es la igualdad en la ley y ante la ley, es consecuencia lógica que la ley penal se aplique a todos por igual, sin limitaciones, restricciones o excepciones personales.

No obstante, aunque con menor presencia en la doctrina, también se ha ubicado el estudio de estas prerrogativas en la Teoría del delito, adaptando su estudio a la naturaleza jurídica de la causa de exención u obstaculización de la responsabilidad penal considerada, particularmente en relación con la figura de la inviolabilidad¹⁵. Así, por ejemplo, Mir Puig (102015: 142 y ss.)¹⁶ o Díez Ripollés (52020: 585 y ss.), ubican el estudio de estas instituciones en referencia a la punibilidad del delito.

En un epígrafe posterior se analizará la naturaleza jurídico-penal de la institución de la inviolabilidad; lo que en este momento interesa destacar, a fin de entender su encaje constitucional, es que pese a poder ser consideradas verdaderos «privilegios», como así defendió Martín-Retortillo Baquer (1984: 130 y 131-133), en la medida en que establecen un régimen particularizado y exclusivo, y suponen una derogación parcial del derecho común, es la función o el cargo público específico lo que está siendo protegido con estas prerrogativas, que a mi juicio es preferible por ello entender como garantías funcionales, o garantías personal-funcionales¹⁷, y no de la persona concreta que sea titular de dicho encargo, siendo la especial y desigual posición del cargo amparado lo que justifica su protección. Estas garantías personal-funcionales se enmarcarían en el más amplio estatuto jurídico del cargo público amparado por ellas, como instituciones excepcionales de protección dirigidas al aseguramiento de la función desempeñada. Tienen, pues, una vertiente objetiva, instrumental, en la medida en que han sido concedidas por la función protegida, pero también una dimensión subjetiva, personal, en la medida en que su goce y disfrute se atribuye a sujetos concretos, titulares del cargo o de la función protegidos.

Por tanto, estas limitaciones no deben verse, con carácter general, como privilegios personales contrarios al principio de igualdad —privilegios entendidos en el sentido más negativo del término, como ventaja o exención arbitraria asociada a un nombre—, sino como servidoras de la función a la que acompañan. El principio de igualdad impone el sometimiento por igual a la ley penal; esto es, mismo tratamiento en situaciones idénticas. No se infringe el principio de igualdad si se tratan de manera desigual situaciones desiguales; no hay desigualdad si existe una situación que justifica un tratamiento diferenciado. Otra explicación dogmática sobre la naturaleza de la institución sería profundamente incoherente con los postulados más básicos del Estado de Derecho entendido de forma moderna, paradigma explicativo en el que, por lo demás, se ubica la Constitución española de 1978 como norma jurídica que establece las bases de la convivencia. De hecho, y no es por ello sorprendente, así ha sido considerado de forma continuada, al menos en relación con las garantías parlamentarias, por nuestra jurisprudencia constitucional, según la cual éstas no son expresión de un pretendido *ius singulare*, pues deben ser entendidas como despojadas de «las notas de la desigualdad y la excepcionalidad» (por todas, la STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 5º)¹⁸. Por lo demás, y así ha sido, también, como las han concebido algunos textos penales históricos españoles, como el Código penal de 1928 o el Proyecto de Código Penal de 1980, que daban cobertura legal a la inviolabilidad del rey y a la inviolabilidad parlamentaria, como excepciones legítimas al principio de igualdad¹⁹.

De todo cuanto resumidamente se ha expuesto hasta el momento, interesa destacar tres aspectos fundamentales.

1º) En primer lugar, cabe insistir en el carácter funcional de las garantías reconocidas por el Derecho interno, criterio que determinará su justificación constitucional cuando la «técnica de protección»²⁰ prevista se reconozca y delimite *ratione materiae* o *ratione officium*; esto es, se reconozca como garantía de actos de función y proteja exclusivamente los actos públicos ejecutados por el titular de la función protegida y en ejercicio de la misma. Es, por ello, rechazable cualquier concepción que obvie el carácter instrumental y vincule una garantía solo a la persona que la goza, pues en un sistema democrático moderno su atribución no debe tener, exclusivamente, un origen personal o subjetivo, en la medida en que solo es justificable en cuanto es puesta al servicio de la protección de una función relevante en el marco de los poderes, atribuciones y competencias del Estado. Solo con estas condiciones debe poder desplegar sus efectos como límite perpetuo —incluso cuando el sujeto ha cesado en el mandato— al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de acceso a la justicia, reconocido por el art. 24.2 de nuestra Constitución.

La anterior observación obliga a extraer como consecuencia la necesidad de revisar toda interpretación de las garantías que no atienda a esta doble vertiente y, particularmente, a destacar la incompatibilidad con las bases de nuestro orden constitucional de cualquier concepción de la inviolabilidad del rey desconectada de su carácter funcional, por mucho que en ocasiones éstas se hayan apoyado en la dicción literal del texto constitucional por hacer ésta referencia a su persona —«la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad», reza el art. 56.3 CE—. En este sentido la interpretan, por ejemplo, Bastida Freijedo (2012: 3-4) y Rodríguez-Piñeiro y Bravo Ferrer (2018: 1565). Para el primero no es posible una interpretación estricta y funcional de la inviolabilidad del rey, pues el art. 56.3 CE la conecta a su persona y no a sus funciones²¹. Para el segundo, la inviolabilidad del rey es «una prerrogativa “subjetiva” que afecta su persona, incluso más allá del ejercicio de su función, y no tiene paralelismo con la inviolabilidad de los parlamentarios». Ambas opiniones son muestra de un estado de interpretación, apoyado en nuestras constituciones históricas —algunas de ellas señalaban el carácter «sagrado» de la persona del rey²²— y en los debates constituyentes del vigente art. 56.3 CE, que ha recibido la bendición del Tribunal Constitucional, como así se deriva de los argumentos expuestos en las sentencias 98/2019, de 17 de julio, y 111/2019, de 2 de octubre. En ambas, el Alto Tribunal considera que la protección jurídica del rey, de la que forma parte la inviolabilidad de que está revestido para «subrayar la alta dignidad que corresponde al monarca como jefe del Estado», está relacionada no con las funciones en tanto que titular de la Corona, sino con su persona (STC 98/2019, FJ. 3º.c; STC 111/2019, FJ 5º.B.b). No convence este argumento, sin embargo, además de por lo dicho hasta el momento, porque parece incompatible afirmar que la inviolabilidad, de un lado, y el estatus particular y específico del titular de la Corona, de otro, «acompaña a su función constitucional, para garantizar y asegurar ambos aspectos característicos», y acto seguido desvincularlos de esa misma función constitucional y reconocer que la protección —que se ha afirmado que acompaña a la función, recordemos—, está relacionada con la persona del rey y no con sus funciones, o que ambos atributos, inviolabilidad e irresponsabilidad —el TC acoge la interpretación dual del art. 56.3 CE—, «se justifican en cuanto condición de funcionamiento eficaz y libre de la institución que ostenta»²³.

Tanto más cuestionable es esta interpretación de la garantía, como veremos posteriormente, por sus muy negativos efectos prácticos, aspecto éste que no debe ser obviado en un análisis jurídico que se pretenda socialmente útil. Así, con base en esta visión se ha permitido ampliar la irresponsabilidad del rey no solo a todo tipo de actos, oficiales y privados —incluso a los personalísimos—, sino más allá de la responsabilidad judicial, a todo tipo de censura, incluso la que pudiera provenir, en un plano político, del control y el debate parlamentario. La separación de la inviolabilidad, de un lado, y de la irresponsabilidad, de otro, deriva en estas consecuencias insostenibles en un sistema democrático, sea cual sea la forma de gobierno. A mi juicio, ambas vertientes del art. 56.3 CE, inviolabilidad e irresponsabilidad, no son independientes y no pueden comportar consecuencias diferenciadas. El rey es irresponsable porque es inviolable, en el sentido de inmune a la jurisdicción, pues tal es la naturaleza que deba concederse a la garantía de inviolabilidad en las actuales democracias.

2º) En segundo lugar, que las garantías personal-funcionales, si bien tienen una larga tradición en los ordenamientos internos de los Estados y en Derecho internacional, no deben ser consideradas actualmente instituciones de Derecho natural preexistentes a su reconocimiento legal, como así han podido ser tratadas algunas de las prerrogativas históricas, como la inviolabilidad del rey, con el mantenimiento de una teoría basada en la idea del monarca como *legibus solutus*, completamente libre de cualquier atadura legal²⁴; algunas, ni siquiera, instituciones consustanciales al régimen constitucional democrático. Nada impediría reconocerlas, desarrollarlas y aplicarlas de diversas formas a través del Derecho positivo interno de un Estado, según una realidad y un contexto social y político determinados; mas, al contrario, éste es un imperativo de los Estados democráticos de Derecho.

Podría optarse, incluso, por hacerlas desaparecer si, teniendo en consideración el órgano o la función que protegen, las características de la garantía y la realidad social y política en el momento en que deba ser aplicada, lo requirieran (principio de necesidad y principio de oportunidad), o, simplemente, así se considerara por el legislador democrático —o en su caso, el constituyente—. De hecho, algunas de estas garantías, tal y como han sido reguladas y aplicadas en nuestro ordenamiento jurídico, han sido cuestionadas desde antiguo y es permanente y actual el debate sobre la necesidad de mantenerlas, modificarlas o derogarlas.

Este principio también lo ha reconocido, en relación con las garantías parlamentarias, la Comisión de Venecia (2014a: §195-203), que considera que las normas que regulan estas inmunidades deben ir dirigidas a reforzar la legitimidad democrática y la transparencia del Estado, así como a impedir la invocación y el uso abusivo de las mismas; criterios estos que, a mi juicio, no pueden sino determinar la interpretación de toda inviolabilidad prevista en un sistema democrático. La Comisión, por otra parte, al tiempo que afirma que las necesidades ligadas a su reconocimiento en los regímenes constitucionales del siglo XIX ya no están presentes en las sociedades modernas, considera que si se mantienen en la actualidad, las normas que las regulen deben respetar las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del Derecho Europeo, por lo que insta a realizar una revisión de la regulación propia de cada Estado para valorar su adecuación a

las directrices establecidas por la propia Comisión, particularmente en materia de inmunidad y fuero de los parlamentarios.

Como es sabido, esta misma necesidad de revisión y adaptación legal, en su caso, de las prerrogativas e inmunidades de Derecho interno fue necesaria, y no solo en España, para poder suscribir el Tratado de Roma de la Corte Penal Internacional, a la luz del contenido de su artículo 27, que, fruto de la evolución del Derecho Penal Internacional, rechaza que las inmunidades basadas en el cargo oficial de una persona, bien de Derecho internacional, bien de Derecho interno, puedan eximir de responsabilidad penal, reducir la pena u obstaculizar la competencia de la Corte. Nótese, para cuanto ahora interesa, que el Estatuto establece en este precepto la doble vertiente personal-funcional de las inmunidades y de las normas de procedimientos especiales, al conectarlas con el «cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembros de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno»²⁵.

Atendiendo a las anteriores directrices, la no adaptación de las inmunidades a la realidad jurídica, social y política de su tiempo ha favorecido, en nuestro ordenamiento, que algunas de estas figuras hayan sido caracterizadas de «privilegios», en el sentido negativo o peyorativo en el que ha sido definido anteriormente. Intensamente cuestionada por la doctrina ha sido la inmunidad parlamentaria del art. 71.2 CE, en su dimensión de autorización para proceder, por los efectos que el sobreseimiento libre, derivado de la regulación contenida en la Ley de 9 de febrero de 1912, que establece la competencia para conocer de las causas contra senadores y diputados, produce en los casos de su denegación (v. gr. Fernández Segado, 2011: 13-79; Martín de Llano, 2006; Martínez Elipe, 2002: 73; Presno Linera, 2014a y 2015; Santaolalla López, 2018: 71; Sánchez Melgar, 2013; Soriano Ramón, 2002; Viana Ballester, 2011: 168-177). También la inmunidad parlamentaria, en su vertiente de protección frente a la detención, ha sido cuestionada, por no tener en consideración la gravedad del delito o su relación con la función representativa (Presno Linera, 2012: 107 y 109; 2014b; 2017: nota núm. 38).

En el mismo sentido, el fuero procesal de cargos públicos ha sido objeto de fuertes ataques, no solo doctrinales (v. gr. Boix Reig, 2007: 515; Gavara de Cara, 2016: 146 ss. y 154-155; Gómez Colomer, 2016: 267-272; Gómez Colomer y Esparza Leibar, 2009; Lucas Murillo de la Cueva, 2020: 168-171; Presno Linera, 2014a)²⁶, sino también políticos²⁷, judiciales²⁸ y legislativos, particularmente entrado ya el siglo XXI, como medida de combatir la corrupción en el sector público. En fechas recientes, el GRECO recomendaba a España revisar el aforamiento de los miembros del Gobierno y de otras categorías de autoridades aforadas, de modo que no se obstaculice la acción penal cuando existen sospechas de comisión de delitos de corrupción²⁹.

Entre las diversas iniciativas de modificación y supresión que se han acometido en los últimos tiempos, destacan el Proyecto de Reforma Constitucional de los arts. 71.3 y 102.1 de nuestra Carta Magna, que fue intentado en la XII Legislatura³⁰, el Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de octubre de 2020, que propone el archivo de la causa respecto de la persona aforada «hasta que sea comunicado al tribunal el cese del aforamiento», cuando la autorización para proceder contra diputados o senadores fuera denegada³¹ y la reforma efectiva de algunos Estatutos de Autonomía, para eliminar el

fuero de los miembros de sus Asambleas Legislativas y de sus miembros de Gobierno (Canarias, Cantabria y Murcia)³². Las exposiciones de motivos de estas normas son un claro reflejo del estado actual de la cuestión, en relación con la (no) necesidad actual de algunas prerrogativas. En dichos preámbulos se contienen valoraciones tales como que «en pleno siglo XXI es difícil fundamentar la existencia de fueros judiciales especiales al margen del juez ordinario predeterminado por la ley», pues carecen de «justificación jurídica y social» y, por tanto, deben ser eliminados «con carácter ejemplarizante» (LO 2/2021)³³, o que la modificación «tiene el efecto de inmediatez que la situación requiere en respuesta a las demandas sociales de limpieza y transparencia en democracia», porque «no hay margen, ni razón, para seguir manteniendo esta figura de aforamiento especial» (LO 1/2021).

Finalmente, como ya se ha comentado, la propia inviolabilidad del rey derivada del art. 56.3 de la Constitución, está siendo actualmente cuestionada, en los planos doctrinal y político, no solo en relación con su ámbito y su extensión, sino en su propio reconocimiento, como garantía ligada a la monarquía parlamentaria; movimiento limitador que se asocia, en gran medida, a las tendencias republicanas con representación en nuestras instituciones nacionales y autonómicas³⁴. Este movimiento limitador se ha proyectado en una intensa actividad parlamentaria de control de la actividad de la monarquía —*v.gr.* los intentos de creación de Comisiones de Investigación parlamentaria, que están en el origen de las SSTC 98/2019 y 111/2019³⁵— y de iniciativas de modificación normativa de la inviolabilidad del rey. De esta segunda deriva son ejemplo actuaciones como la Proposición no de Ley del *Parlament de les Illes Balears*, de junio de 2020, por la cual se «insta al Congreso a emprender los cambios normativos necesarios para poner fin a la inviolabilidad de la figura del Rey prevista en el apartado tercero del artículo 56 de la Constitución Española de 1978, al menos en todo lo que sea relativo a las actividades ajenas a su función constitucional»³⁶; la Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Republicano, «relativa a la eliminación de la inviolabilidad y otras figuras de “especial protección judicial” a miembros de la familia real», presentada en el Congreso en septiembre de 2020, que fue debatida y rechazada por el pleno de la Cámara el 25 de febrero de 2021³⁷; y las «Proposiciones de Ley relativas a los actos del Rey sujetos a inviolabilidad», presentadas por el Grupo Parlamentario Plural en el Congreso, el 15 de septiembre y el 15 de diciembre de 2020³⁸. Ambas proposiciones, que fueron inadmitidas a trámite en términos absolutos, plantean el desarrollo legislativo del art. 56.3 de la Constitución, vinculando la inviolabilidad del rey a los «actos que lleva a cabo en el ejercicio de su cargo» (art. 1, sobre la inviolabilidad y la ausencia de responsabilidad), que alcanzaría «exclusivamente a los actos que necesiten refrendo» (art. 3.1, sobre el ámbito objetivo de la inviolabilidad), siendo el monarca responsable por los demás «actos u omisiones que realice, ya sea a título particular o como miembro de la Familia Real» (art. 3.2)³⁹.

Revisado el estado del cuestionamiento de las garantías personal-funcionales en nuestro sistema, es necesario advertir, finalmente, que el hecho de considerar que no sean instituciones *sine qua non* del Estado democrático de Derecho, no supone, en ningún caso, negarles, cuando sí están jurídicamente reconocidas, su carácter de *ius cogens*, en el sentido en que el Tribunal Constitucional lo considera (*v.gr.* la STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 5º *in fine*): esto es, como garantías objetivas imprescriptibles, indisponibles

e irrenunciables por el titular que ostenta el cargo, por cuanto son reflejo del órgano al que pertenecen. Este carácter refuerza, de nuevo, su necesaria conexión instrumental y la vinculación a su vertiente funcional, como vengo señalando.

3º) El tercer y último aspecto fundamental que debe ser destacado viene relacionado con el estatuto de los cargos públicos, en el que se integran estas garantías personal-funcionales. Éste está constituido por un conjunto de normas, derechos, deberes y garantías que regulan el ejercicio de un cargo público, ostentado por un sujeto individualmente considerado, y que se concede para el aseguramiento del ejercicio, correcto, libre y autónomo, de la función pública por él desempeñada. Por tanto, este estatuto debe integrar no solo las normas de garantía de la autonomía, entre las que pueden incluirse las prerrogativas —con un régimen más o menos elástico—, sino también las normas que regulen la exigencia de responsabilidad por el ejercicio de la función ejecutada en cada caso. Así, integraría no solo las normas de garantía, que según el Tribunal Constitucional son defendibles en recurso de amparo a través del derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 de la Constitución Española —por transgresión del *ius in officium*—, sino también las normas propias de exigencia de responsabilidad, que deberán ser compatibles con la finalidad que la garantía correlativa persiga.

En este sentido, es preciso recordar en este punto de nuevo, con palabras del propio Tribunal Constitucional, que las garantías personal-funcionales no pueden suponer en ningún caso en un Estado de Derecho el reconocimiento de «zonas inmunes al imperio de la ley» (v. gr. STC 9/1990 de 18 de enero). Lo que plantea una compleja cuestión de fondo, que se concreta en establecer, de una manera coherente y adecuada, qué régimen de responsabilidad política y/o jurídica deberá atribuirse a cada cargo, teniendo en cuenta, no solo el tipo de responsabilidad en juego —civil, administrativa o penal⁴⁰—, sino también las diferencias innegables que se presentan entre ellos —cargos representativos y no representativos, con reconocimiento constitucional o sin dicho reconocimiento, cargos de administración o cargos políticos, etc.— y, sobre todo, a quién corresponderá establecerlo, interpretarlo y/o aplicarlo y a través de qué instrumento —v. gr. reforma constitucional, desarrollo legislativo o reglamentario—.

A tales efectos, es preciso establecer una correlación entre la posición institucional, la independencia requerida por la función y la concesión de la garantía funcional, de manera que, a mayor independencia, mayor necesidad de garantías y, en su otra dimensión, a mayor independencia, mayor desvinculación de la fiscalización por otros poderes del estado. Aplicados estos criterios, por ejemplo, para establecer una garantía que actúe en los supuestos de exigencia de responsabilidad penal, deberán valorarse cuestiones como las siguientes: el ámbito material y funcional de cobertura, incluyendo aquellos actos que, pese a ser funcionales, no deban quedar cubiertos o no deban ser protegidos frente a la acción penal, el procedimiento utilizado para su exigencia, el órgano de acusación, el órgano de fiscalización y su competencia —v. gr. Poder Judicial, Parlamento, jurisdicción especial o especializada, existencia de autorizaciones para proceder, etc.—.

En definitiva, lo que no parece razonable en una democracia moderna es un sistema en el que una garantía personal-funcional no vaya acompañada de algún tipo de mecanismo corrector que funcione a modo de contrapeso, estableciendo un régimen

particularizado de responsabilidad política y/o jurídica que, incluso, permita en su caso paliar o mitigar aquellos posibles efectos negativos que pueda producir sobre terceros la proyección de la institución.

3. LA INVIOLABILIDAD: NATURALEZA, DEFINICIÓN Y EFECTOS

Hechas las precisiones anteriores, es más fácil entender el correcto funcionamiento en un Estado de Derecho de la garantía de la inviolabilidad como causa de exclusión de la responsabilidad penal, atendiendo a su naturaleza, su definición y sus efectos.

Sobre su naturaleza jurídico-penal, bien dentro de la Teoría de la norma, bien en la propia Teoría del delito, las concepciones unitarias penalistas —esto es, aquellas que la revisten de naturaleza penal— han sido tantas y tan variadas, que abarcan su catalogación como todos los elementos del delito: 1) ausencia de tipicidad, 2) componente autónomo de la capacidad penal, 3) causa de inimputabilidad o expresión de la incapacidad jurídica de culpabilidad, 4) causa de inexigibilidad, 5) elemento negativo del delito emplazado junto a la ausencia de causas de justificación y de causas especiales de no punibilidad, 6) causa *sui generis* de modificación de la responsabilidad criminal, 7) causa de justificación que elimina la antijuridicidad del hecho, y 8) causa que elimina la punibilidad o penalidad del hecho, generalmente como una causa —personal, para unos, objetiva para otros— de exclusión de la pena⁴¹. De entre las concepciones penales (materiales) unitarias expuestas, han sido mayoritarias en la doctrina las dos últimas (Alegre Ávila, 1986: 94-95; Gómez Benítez, 1982; González Cussac y Cuerda Arnau, 1997: 113⁴²; Peris Riera, 1988; Portero, 1979).

No obstante, ni siquiera dentro de estas dos consideraciones mayoritarias existen criterios unitarios, pues también dentro de cada una de estas formulaciones existen corrientes con especificidades propias. Entre quienes consideran la inviolabilidad como una causa de justificación, una parte estima que el legislador ha resuelto *ex ante* el conflicto planteado, haciendo primar la función pública protegida sobre los demás intereses con los que entra en colisión (Carbonell Mateu, 1999; García-Puente Llamas, 1981); mientras que otra parte doctrinal considera, que la garantía debe funcionar como una causa de justificación genérica, de manera que el juicio de ponderación debe realizarse, *ex post*, valorando en el caso concreto su aplicación o no aplicación (Gómez Benítez, 1982: 64; Maqueda Abreu, 1990: 259-260).

La misma dualidad encontramos entre quienes ven la inviolabilidad como un instituto perteneciente a la punibilidad o penalidad del hecho, pues mientras unos autores conciben la garantía como una condición personal de exclusión de la punibilidad, denominación de origen alemán que se correspondería en nuestro sistema con una excusa absolutoria en sentido estricto, según la terminología tradicional española (*v. gr.* Gimbernat Ordeig, 2012; Faraldo Cabana, 2000: 53-56), otros la conciben como una causa objetiva de eliminación de la pena o causa material objetiva de exclusión de la punibilidad (González Cussac y Cuerda Arnau, 1997). Incluso, residualmente, se ha sostenido que la inviolabilidad es una condición objetiva de punibilidad, por considerar que, en última

instancia, las condiciones objetivas de punibilidad sólo formalmente se diferencian de las causas objetivas de exclusión de la penalidad.

Finalmente, no han faltado opiniones que han combinado ambos caracteres, la ausencia de antijuridicidad con la carencia de necesidad de pena, en una especie de «teoría puente» según la cual la inviolabilidad parlamentaria es una figura que tanto puede tener naturaleza jurídica de causa de justificación como de causa de exclusión de la pena, en atención a si ha existido ejercicio legítimo de un derecho o, por el contrario, ha habido algún exceso o desviación (Berdugo Gómez de la Torre, 1987: 98-104).

Sin embargo, ninguna de estas tesis, a mi juicio, es capaz de recoger plena y satisfactoriamente el sentido, función y efectos de la garantía en el marco del Estado de Derecho y dar cobertura, de una manera omnicomprendensiva, a todas las inviolabilidades reconocidas en nuestro ordenamiento. La definición que ofrezco a continuación, por el contrario, sí lo hace, lo que debe ser tenido como argumento de coherencia sistemática a su favor. Sin detenerme en los motivos que justifican la postura que a continuación se mantiene (las dificultades en la delimitación de la naturaleza sustantiva penal de la inviolabilidad están extensamente expuestos en Viana Ballester, 2011: 546-551), ni en la revisión y réplica de las críticas que han sido emitidas a las concepciones unitarias procesalistas (Viana Ballester, 2011: 551-562), a las que me sumo, considero que la inviolabilidad es una garantía personal-funcional contenida en el estatuto jurídico de determinados cargos públicos por la cual se asegura la ausencia de responsabilidad jurídica común del sujeto protegido respecto de determinadas actuaciones, por lo general acotadas normativamente por las disposiciones relativas al ejercicio del cargo que ostenta y por el cumplimiento de la función pública que tiene encomendada. Esta irresponsabilidad se consigue gracias al establecimiento de barreras de fiscalización judicial de la actividad protegida, de forma que la inviolabilidad despliega sus efectos perpetuos a través de una inmunidad de jurisdicción ordinaria de Derecho interno que excluye la potestad jurisdiccional y, por ende, la competencia judicial sobre las personas y los hechos amparados⁴³. Esta inmunidad de jurisdicción, que afecta en nuestro sistema a todos los órdenes jurisdiccionales, se configura de manera absoluta, dada la inexistencia de jurisdicciones especiales.

De todo lo anterior se deduce que la inviolabilidad no es una norma penal material, sino una norma procesal sustantiva u orgánica, que no se dirige al sujeto protegido o amparado por ella —que queda obligado al cumplimiento de los mandatos y prohibiciones de las normas—, sino al Poder Judicial, para delimitar el ámbito de su potestad jurisdiccional, excluyendo del mismo la actividad amparada (Viana Ballester, 2011: 565-566). Por ello, la inviolabilidad no determina que el sujeto amparado no tenga capacidad de acción antijurídica, capacidad de delinquir o capacidad jurídica para ser objeto de reproche, como recientemente se ha afirmado respecto de la inviolabilidad del rey y su responsabilidad penal (Choclán Montalvo, 2020)⁴⁴, sino simplemente que el análisis de tales conductas queda en esos casos fuera del ámbito del control Poder Judicial. También en otros ámbitos se ha rechazado que el monarca no posea capacidad jurídica en las mismas condiciones que el resto de los ciudadanos, particularmente en relación con sus actos privados, en su actuación como persona jurídico-privada, así como en los actos personalísimos (Merino Mechán, 2008: 349-394). Siendo esto así, la inviolabilidad no

debiera, necesariamente, impedir la exclusión de otros ámbitos de control propios de una sociedad moderna —*v.gr.* Parlamento, prensa...—.

Respecto de la garantía parlamentaria, este carácter como inmunidad de jurisdicción de Derecho interno ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional, además, desde sus primeras sentencias (STC 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 1º, I —cuando afirma que la inviolabilidad de los diputados y los senadores garantiza que «no puedan verse sometidos a procedimiento alguno»—; STC 243/1988, de 19 de diciembre, en la que expresamente reconoce que la inviolabilidad incide negativamente en el ámbito del derecho reconocido por el art. 24.2 de la Constitución, pues «impide la apertura de cualquier clase de proceso o procedimiento que tenga por objeto exigir responsabilidad»; STC 9/1990, de 18 de enero —en la que afirma que la inviolabilidad es un privilegio obstaculizador de la tutela judicial efectiva), para ser finalmente consagrado, de manera contundente, en la STC 30/1997, de 24 de febrero, en la que se afirma que la inviolabilidad es «un privilegio frente a la mera incoación de todo procedimiento. Es decir, un verdadero límite a la jurisdicción que tiene carácter absoluto y no meramente relativo», que constituye un límite subjetivo y constitucional al ejercicio de la potestad jurisdiccional del art. 117.3 de la Constitución. En esta sentencia, el Constitucional utiliza otras expresiones caracterizadoras de la inviolabilidad como norma orgánica de jurisdicción, tales como «carencia absoluta de jurisdicción», «exclusión de la jurisdicción» o «efecto impeditivo» de la apertura de un proceso (FF.JJ. 6º, II y 7º II).

Este carácter ha recibido, asimismo, el apoyo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en interpretación del art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a un proceso equitativo o derecho a un juicio justo, que contiene la garantía de acceso a los tribunales)⁴⁵, ha considerado la prerrogativa de la inviolabilidad como un obstáculo justificado al ejercicio de la acción cuando se produzca la concurrencia de esta triple garantía: 1) que la inviolabilidad esté prevista por la ley, 2) que persiga fines legítimos y 3) que exista proporcionalidad entre el medio empleado y los fines perseguidos; siendo interesante remarcar que, a juicio del Tribunal Europeo, el juicio de proporcionalidad se cumple, respecto de la inviolabilidad parlamentaria, cuando la misma puede conectarse con la función parlamentaria (*v. gr.* sentencias A. contra Reino Unido, de 17 de diciembre de 2002; Cordova contra Italia, número 1, de 30 de enero de 2003; De Jorio contra Italia, de 3 de junio de 2004; Ielo contra Italia, de 6 de diciembre de 2005; Patrono *et alii* contra Italia, de 20 de abril de 2006; C.G.I.L. y Cofferati contra Italia, de 24 de febrero de 2009; C.G.I.L. y Cofferati contra Italia, de 6 de abril de 2010; Onorato contra Italia, de 3 de mayo de 2011).

Si bien la jurisprudencia anterior se refiere, particularmente, a la garantía parlamentaria, la definición ofrecida de la inviolabilidad como inmunidad de jurisdicción de Derecho interno puede extenderse a otras inviolabilidades reconocidas en nuestro ordenamiento, como la que gozan los parlamentarios autonómicos y los europeos⁴⁶, los magistrados del Tribunal Constitucional⁴⁷ y el defensor del pueblo y sus adjuntos⁴⁸, así como a la inviolabilidad del rey.

En relación con esta última, su caracterización como inmunidad de jurisdicción de Derecho interno no ha sido señalada en términos tan expesos por el Tribunal Constitu-

cional que, sin embargo, como ya se ha dejado apuntado, ha dilatado los contornos de su manto protector. Ello conduce a conclusiones no sólo cuestionables dogmáticamente, sino con efectos sociales y políticos criticables, por cuanto amplían innecesaria y muy perjudicialmente el ámbito de inmunidad en el ejercicio de sus funciones del rey, al extender la supuesta inviolabilidad más allá del ámbito de la exigencia de responsabilidad a cargo de los tribunales, en una serie de decisiones que parecen ir en la muy controvertida línea de extender la protección que aportaría la institución a todo tipo de exigencia de responsabilidad ante cualquier poder del Estado, no solo frente a la jurisdicción, sino también frente a actuaciones de otros poderes, aun cuando estas puedan ser estrictamente políticas⁴⁹. Tal es el sentido que debe darse a la afirmación, contenida en las SSTC 98/2019 y 111/2019, citadas *supra*, cuando dispone que la «especial protección jurídica que implican la inviolabilidad y la irresponsabilidad de la persona del rey, le garantizan una defensa eficaz frente a cualquier tipo de injerencia de los otros poderes del Estado, por los actos que aquel realice en el ejercicio de sus funciones constitucionales». Esta garantía «preserva al rey de cualquier tipo de censura o control de sus actos», que tienen un carácter «mayoritariamente debido»; su posición constitucional permanece «ajena a toda controversia» y por sus actos, que por su inviolabilidad no están sujetos a responsabilidad, no puede sufrir «la imposición de consecuencias sancionatorias».

Pues bien, esta desorbitada extensión, anulando incluso la posibilidad de control parlamentario y debate en el seno de las Cámaras sobre la actividad del rey —estas resoluciones se dictaron con motivo de la creación de las Comisiones de Investigación parlamentaria—, tiene difícil ajuste con la doctrina emanada de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en aplicación del art. 10.2 del Convenio, interpreta la libertad de expresión y su ejercicio en el discurso y debate político con unas amplísimas dimensiones, incluso cuando se cuestiona la existencia misma y la actividad de la monarquía. De esta jurisprudencia se deriva, concretamente y en relación con el sistema jurídico español, que nuestro Jefe de Estado no se encuentra «al abrigo de todas las críticas en el ejercicio de sus funciones oficiales» o «en su condición de representante del Estado, al cual simboliza, de los procedentes de aquellos que se oponen legítimamente a las estructuras constitucionales de dicho Estado, incluido su régimen monárquico». Más aún, el Tribunal reconoce expresamente, que «el hecho de que la persona del Rey no esté “sujeta a responsabilidad” en virtud de la Constitución española, concretamente en el ámbito penal, no impide de por sí el libre debate sobre su eventual responsabilidad institucional, incluso simbólica, en la jefatura del Estado, dentro de los límites de respeto de su reputación como persona» (ambos extractos pertenecen al §56 de la sentencia Otegi Mondragón c/ España, de 15 de marzo de 2011). Es palmario, pues, el contraste entre la amplitud que el TEDH concede a las posibilidades de fiscalización de la responsabilidad institucional y simbólica del rey en el debate público, y la reducción de las facultades de control por cualquier órgano o institución no judicial realizada por el Tribunal Constitucional⁵⁰.

Por su parte, la interpretación realizada por la jurisprudencia ordinaria, en las escasas ocasiones en que se ha interpuesto una acción judicial civil o penal contra actos del monarca, ha sido contundente en su configuración como óbice del proceso, así como

en su extensión material absoluta, tanto por actos funcionales, como por actos extra funcionales e, incluso, personalísimos —*v.gr.* la inadmisión a trámite de las demandas de paternidad interpuestas contra quien ostentaba la corona en 2012⁵¹—. Las resoluciones coinciden en el fallo inadmitiendo *in limine litis* la demanda o la querrela por carencia de jurisdicción, por aplicación del art. 56.3 de la Constitución (ATS, 2ª, de 17 de febrero de 1992; ATS, 2ª, sección 1ª, de 28 de noviembre de 2005; ATS, 1ª, de 28 de febrero de 2006; AJPI núm. 90 de Madrid, de 9 de octubre de 2012; AJPI núm. 19 de Madrid, de 9 de octubre de 2012)⁵².

Vistos, pues, la definición y los efectos de la inviolabilidad, procederé a continuación a revisar el estado de interpretación del ámbito material-funcional de la garantía que protege la actuación parlamentaria, según la dicción del art. 71.1 CE, y de aquella que protege a la figura del rey, en los términos del art. 56.3 CE, advirtiendo que mientras la primera se ha visto contraída en aquellos casos que amenazan la unidad y los intereses del Estado frente a las presiones independentistas, a través de la creación de un concepto jurisprudencial de la «genuina funcionalidad» que requiere un acto parlamentario para darle la cobertura que ofrece la garantía, la segunda se amplía hasta desbordar su carácter funcional, desdibujando sus contornos, y expandiéndola a cualquier tipo de reprobación, censura o control no judicial que pueda provenir de otros poderes del Estado.

4. SOBRE EL ÁMBITO MATERIAL-FUNCIONAL DE LA INVIOABILIDAD PARLAMENTARIA.

Por disposición del artículo 71.1 de la Constitución, la inviolabilidad de que gozan los miembros de las Cortes Generales se circunscribe a «las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones». Esta conexión con el ejercicio de las funciones parlamentarias determina dos consecuencias: de un lado, que las reuniones de parlamentarios sin convocatoria formal no estén protegidas por la inviolabilidad —el artículo 67.3 CE lo indica expresamente cuando establece que estas reuniones «no vincularán a las Cámaras» y que en ellas los miembros del Parlamento «no podrán ejercer sus funciones ni ostentar sus privilegios»—, y de otro lado, que el ámbito espacial-funcional de protección natural de la inviolabilidad tenga un carácter esencialmente locativo, delimitado generalmente por las sedes parlamentarias y por cualesquiera de sus articulaciones orgánicas. Este criterio, asumido en jurisprudencia constitucional temprana —el Tribunal Constitucional sólo ha ampliado expresamente el ámbito espacial-funcional de la inviolabilidad parlamentaria a los «actos exteriores» que sean reproducción literal de un acto de la Cámara, como así estableció en la sentencia 51/1985, de 10 de abril—, ha sido posteriormente ampliado en resoluciones del Tribunal Supremo, que ha considerado que el art. 71.1 CE «no pone fronteras al ejercicio de la libertad de expresión» de los parlamentarios cuando se ejercita para manifestar «opiniones políticas relacionadas con su función», de manera que «la inviolabilidad se extiende a todas las opiniones, juicios de valor o consideraciones políticas realizadas por un parlamentario en el ejercicio de sus funciones dentro o fuera de las Sedes del Congreso o del Senado» (ATS, sala 2ª, sección 1ª, causa especial 210/1995, de 6 de

abril, FJ 1º; ATS, sala 2ª, de 23 de enero de 2003, FJ 3º; ATS, sala 2ª, de 9 de diciembre de 2003⁵³). Es más, recientemente, en el ATS de 29 de noviembre de 2019, causa especial 201702/2019, se ha afirmado que la inviolabilidad es una prerrogativa «ilimitada siempre que, claro es, se conecte con su verdadero significado material», que «no desaparece bruscamente por el hecho de traspasar el umbral del recinto parlamentario» y que «la representación de la que está investido el parlamentario tiene carácter ambulatorio y acompaña a éstos donde quiera que se encuentren y ejerzan sus funciones representativas sin cortes ni intermitencias temporales». Esta última resolución, en definitiva, reconoce que la «concepción funcional de la inviolabilidad como mecanismo de garantía de las tareas legislativas es, desde luego, la vía más segura para no errar en la definición de los contornos en los que opera la exclusión de antijuridicidad» (todas las citas son del FJ IV, *in fine*).

Esta interpretación expansiva daría cobertura a toda opinión, y a su expresión mediante el voto⁵⁴, entendida como declaración de juicio o voluntad —STC 51/1985, de 10 de abril, FJ 6º—, manifestaciones del pensamiento, afirmaciones de hecho y declaraciones de voluntad, cualquiera que sea su medio de expresión, oral o escrita⁵⁵, que pudiera emitirse con ocasión de la función parlamentaria, en contextos tales como un mitin, un discurso político realizado fuera de la cámara, declaraciones realizadas en ruedas de prensa, publicaciones científicas y artículos de opinión en medios informativos, etc⁵⁶. En cierta medida, la propia naturaleza de la inviolabilidad parlamentaria parece señalar la idea de que la misma queda indisolublemente unida a una completa garantía de la libertad de expresión de los parlamentarios en el ámbito de sus funciones, hasta el punto de que parece consustancial al propio reconocimiento de la misma esta extensión a cualquier manifestación que sirve funcionalmente a la actividad parlamentaria.

Resulta por ello paradójico, que el propio Tribunal Supremo haya ido en otras resoluciones en contra de su propio criterio, y haya estrechado el ámbito de la inviolabilidad, reduciéndolo a los estrictos términos señalados por la jurisprudencia constitucional, que solo cubriría los «actos parlamentarios estrictamente considerados» (STS, núm. 338/2015, FFJJ 23º y 24º, dictada en «Caso de las Herriko Tabernas»). No se nos escapan las connotaciones políticas que pueda tener esta excepción respecto de los criterios marcados por su propia jurisprudencia, si bien es cierto que no beneficia la seguridad jurídica que la inviolabilidad parlamentaria tenga un ámbito locativo cuando se valoran posibles conductas constitutivas de injurias o calumnias, y otro diferente, y más limitado, cuando se valoran posibles conductas relacionadas con el terrorismo, aun cuando ambas puedan conectarse con las funciones políticas, en sentido amplio, de los parlamentarios y con su libertad de palabra.

Esta reflexión conecta con la siguiente cuestión a tratar. La inviolabilidad parlamentaria queda vinculada constitucionalmente a la libertad de expresión de los parlamentarios, sin la cual no se puede ejercer la función de representación. La doctrina ha discutido si esta garantía incluye agresiones ilegítimas a otros derechos y bienes también constitucionalmente protegidos; particularmente si cubre responsabilidades penales y, en su caso, cuáles son los delitos que quedarían cubiertos. Ciertamente, un sector doctrinal ha defendido que la inviolabilidad parlamentaria no puede amparar delitos (Lucas Murillo de la Cueva, 2020: 143)⁵⁷. Pero este no es el sentido de la institución, que recordemos no

justifica *per se* en ningún caso la conducta, convirtiéndola en conforme a Derecho, en los posibles supuestos en que se puedan sobrepasar los límites de la libertad de expresión. Por este motivo, la mayoría doctrinal busca la cobertura de la inviolabilidad, precisamente, por su conexión con los delitos de expresión, en la medida en que son cometidos mediante el uso de la palabra oral o escrita, otorgando una extensión absoluta a «todas las opiniones manifestadas en el ejercicio de la función» (Muñoz Conde y García Arán, ¹⁰2019: 168). Así, no quedarían cubiertas las agresiones, las vías de hecho, el voto fraudulento, ni el cohecho (Torres del Moral, 2013: 39), mientras que sí quedarían cubiertas las injurias, las calumnias, las amenazas, la acusación y denuncia falsas, las falsedades documentales, la usurpación de funciones públicas, el descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 a 201 del Código penal, como también la destrucción de documentos, la infidelidad en la custodia de documentos, la apología y el enaltecimiento del terrorismo, y la incitación al odio, la hostilidad, discriminación o violencia del artículo 510 CP (Gómez Colomer, 2016: 249-251). Santaolalla López (2018: 99) incluye la revelación de secretos oficiales durante un debate parlamentario y el Tribunal Supremo, el delito de injurias al rey (ATS, 2ª, de 23 de julio de 2021, recurso núm. 20739/2020).

Por el contrario, quedarían excluidos aquellos delitos que incorporan otros elementos del tipo, como la violencia del delito de coacciones, y el delito de desobediencia del art. 410 CP (Gómez Colomer, 2016: 249-251) y, a juicio de un sector doctrinal, también los delitos de amenazas, en la medida en que estas conductas no son necesarias para la manifestación de una opinión (Carbonell Mateu, 1999⁵⁸).

En este contexto de discrepancia doctrinal, encontramos en nuestro ordenamiento resoluciones judiciales que han (de)limitado el ámbito material-funcional de la garantía, bien para negar su carácter absoluto, valorar —y condenar— actuaciones relacionadas con expresiones o manifestaciones vertidas en el contexto de la función parlamentaria, bien para realizar precisamente lo contrario, y considerar la inviolabilidad una garantía ilimitada también en relación con este ámbito, contribuyendo con ello, de nuevo, a un estado confuso de interpretación respecto de lo que está permitido y no permitido en un Parlamento, que queda al arbitrio de una interpretación variable de la judicatura y, sobre todo, al albur y al servicio de los intereses estatales en juego.

Esta afirmación se extrae del análisis de las siguientes resoluciones, que son citadas por orden cronológico: los autos del Tribunal Supremo, 2ª, de 23 de enero y de 2 de octubre de 2003, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 5 de septiembre de 2003 («Caso Salaberria»), la sentencia del Tribunal Supremo, 2ª, de 10 de noviembre de 2006 («Caso Atutxa, Knör y Bilbao»), el auto del Tribunal Supremo, 2ª, de 9 de mayo de 2018, dictado en el recurso núm. 2097/2017, la sentencia del Tribunal Supremo, 2ª, núm. 459/2019, de 14 de octubre («Caso *Procs*»), la sentencia del Tribunal Supremo, 2ª, núm. 477/2020, de 28 de septiembre de 2020 («Caso Torra») y la sentencia del Tribunal Supremo, 2ª, 301/2021, de 8 de abril, causa especial 20011/2020 («Caso Nuet Pujals»). Estas resoluciones han admitido que determinadas situaciones, que *a priori* quedan incluidas en el ámbito material-funcional de la garantía, porque son declaraciones de juicio o voluntad, pueden, no obstante, ser objeto de conocimiento y condena judicial, en los siguientes supuestos:

a) Supuestos en que las manifestaciones emitidas afecten a la esfera privada e íntima de los miembros del Parlamento o del Gobierno, o afecten a terceros sin medios de defensa o réplica directa en la Cámara (autos del Tribunal Supremo, de 2003, citados).

b) Supuestos constitutivos de un delito de desobediencia del art. 410 del Código penal (sentencia del Tribunal Supremo recaída en el «Caso Atutxa, Knör y Bilbao», ex-componentes de la Mesa del Parlamento Vasco, a raíz de su decisión de no disolver el grupo parlamentario ABGSA, considerado heredero del anterior grupo parlamentario de Batasuna, citada). En esta sentencia se diferencia entre dos clases de actos parlamentarios. Los que tienen una naturaleza política, y se dirigen al cumplimiento de la función legislativa o a la ejecución de otras finalidades políticas de la Cámara, como la aprobación presupuestaria o el control del Gobierno, que están cubiertos por la inviolabilidad parlamentaria. Y los que tienen naturaleza administrativa o de organización interna, que quedan excluidos de la protección de la garantía, porque no afectan ni a la composición de la Cámara ni a la soberanía parlamentaria, como fijar el calendario de actuaciones, tramitar escritos y labores legislativas, coordinar trabajos de los distintos órganos de la Asamblea, etc.

Este mismo criterio ha sido el acogido en recientes sentencias del Tribunal Supremo, como la núm. 459/2019 («Caso *Procés*», condena por rebelión, sedición, malversación de caudales públicos y desobediencia a miembros del *Parlament de Catalunya*), la núm. 477/2020 («Caso Torra», *president* de la *Generalitat de Catalunya* y miembro de su Asamblea, por delito de desobediencia) y en la núm. 301/2021 («Caso Nuet Pujals», miembro de la mesa del *Parlament de Catalunya*, dictada en proceso por delito continuado de desobediencia grave a resoluciones del Tribunal Constitucional, de los arts. 410.1 y 74 del CP, por votar a favor de la tramitación de las leyes de desconexión). En estas resoluciones se descarta de nuevo que la inviolabilidad cubra las funciones de carácter gubernativo o de organización del trabajo parlamentario, que son consideradas ajenas a la finalidad de la garantía y no sirven para la formación de una convicción común. La inviolabilidad, se afirma en las resoluciones, no protege los actos que se apartan de su «genuina funcionalidad», como son los de «consciente desatención a lo resuelto por el Tribunal Constitucional».

c) Delito de enaltecimiento del terrorismo (sentencia del TSJPV en el caso «Salaberria», por manifestaciones vertidas en el pleno de la Asamblea parlamentaria vasca, citada). El TSJPV realiza una particular interpretación de cuál es la «opinión parlamentaria» que queda cubierta por la garantía de inviolabilidad, siendo solo aquella que pueda contribuir causalmente, de manera eficiente y bastante, a la formación del órgano legislativo. A juicio del tribunal, una opinión solo queda cubierta por la inviolabilidad cuando son «verdaderas opiniones», es decir «pareceres o juicios cuyo poder de convicción —sumado a su cualidad central de razón de decidir— procure una ilustración indispensable para formar óptimamente la voluntad del órgano» (FJ 1º, IV).

No obstante, esta resolución fue finalmente revocada en casación por el Tribunal Supremo, que en su sentencia de 21 de diciembre de 2004 (STS 1533/2004) admitió que las correcciones a los posibles excesos cometidos en la cámara parlamentaria únicamente pueden provenir de su Presidencia, pues sólo así se garantiza la división de poderes y la no interferencia entre los mismos. Decía esta sentencia que no son los jueces, sino la cámara

parlamentaria en cuestión, quien debe valorar y corregir los excesos realizados «en fraude de ley o fuera de la función que se protege», y añade que si se otorga dicha competencia a un órgano diferente al propio Parlamento «se estaría quebrando el núcleo de la prerrogativa, habida cuenta de que su existencia se justifica no sólo para amparar opiniones o expresiones acordes con el ordenamiento jurídico, sino fundamentalmente para impedir la persecución por opiniones antijurídicas e incluso delictivas». El Tribunal finalmente concluye que «las desviaciones antijurídicas por las opiniones vertidas no pueden ser contrapesadas ni administradas por alguien del exterior de las Cámaras, debiendo quedar sujetas exclusivamente a la disciplina de los Parlamentos que las rigen». Este mismo argumento ha sido posteriormente reproducido en otras resoluciones, como el auto del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 2013 (núm. de recurso 20313/2013), dictado para inadmitir una querrela por calumnias e injurias vertidas en el pleno de la Asamblea de Madrid, y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Parlamento Vasco, 18/2019, de 30 de mayo, para desestimar una querrela por delito de injurias graves a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 504.2 CP) y un delito de incitación al odio (art. 510.1 CP) por manifestaciones proferidas en el pleno del Parlamento Vasco.

Y es que, efectivamente, si la inviolabilidad es una barrera a la fiscalización judicial de las opiniones parlamentarias, no parece apropiado dejar al propio Poder Judicial la potestad de interpretar sus límites materiales y funcionales —definir la «genuina funcionalidad» de los actos parlamentarios—, so pena de pervertir la garantía y vaciarla de contenido y finalidad. Los riesgos de judicialización de cuestiones que afectan al plano político más que al jurídico, la criminalización de actuaciones parlamentarias tendentes a que pueda debatirse sobre determinadas cuestiones, como la unidad del Estado, y la afectación de la garantía de inviolabilidad son evidentes, como queda demostrado con las resoluciones contradictorias que acaban de sintetizarse⁵⁹.

Ello no significa que toda conducta deba quedar impune, abriendo la puerta a zonas inmunes a la responsabilidad. Al inicio de este trabajo se ha afirmado que las normas de exigencia de responsabilidad son la cruz de la garantía de inviolabilidad y que deben ser incorporadas al estatuto personal-funcional del cargo público protegido. En nuestro sistema, como en otras democracias constitucionales⁶⁰, respecto de la inviolabilidad parlamentaria, esta responsabilidad debe ser ejercida *ad intra*, no *ad extra* (Santaolalla López, 2018: 101; y 2000: 18), y su aplicación corresponde al propio órgano. Los parlamentarios están así sometidos al control disciplinario, ejercido por la Presidencia de la Cámara, que podrá realizar llamadas a la cuestión y al orden, solicitar el abandono de la sesión, e incluso imponer una sanción de separación temporal, en los términos que normativamente recoja el Reglamento de la Cámara⁶¹.

Con independencia de la valoración que pueda realizarse sobre el acierto con que los reglamentos de nuestras Cortes y Asambleas parlamentarias autonómicas regulan y concretan la disciplina parlamentaria, lo cierto es que sería necesario construir un sistema cuya fortaleza permitiera aplicar la garantía de inviolabilidad sin injerencias externas, al tiempo que garantizara otros derechos de terceros y bienes constitucionalmente protegidos, eliminando la posibilidad de que estos quedaran en indefensión, si son afectados por el ejercicio de la función parlamentaria. De ahí que en ocasiones se haya apelado a la nece-

sidad de acometer las reformas que sean necesarias para alcanzar estos fines, como la modificación de los reglamentos de las cámaras o su adaptación por los usos parlamentarios (v. gr. Martínez Elipe, 2002: 55-56⁶²), se haya elogiado el papel del Tribunal Constitucional en la «tarea de clarificación» y «racionalización» de las prerrogativas parlamentarias (Fernández Segado, 2011: 72) o se haya realizado una exégesis de las disposiciones vigentes sobre la disciplina parlamentaria para conseguir estos fines. Torres del Moral (2013: 47), por ejemplo, la sitúa en el marco del art. 101.3 del Reglamento del Congreso, que permite a la Presidencia de la Cámara la imposición de la sanción de separación temporal por conductas que pudieran, a su juicio, ser constitutivas de delito, y pasar el tanto de culpa al órgano judicial competente⁶³. No es esta, a mi entender, la vía más idónea, porque el art. 101.3 del Reglamento no necesariamente se refiere a delitos cometidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones. Es un precepto mucho más amplio, como demuestra que este mismo artículo, en su apartado 1.4^a, contiene una remisión al art. 17, para asociar la posibilidad de imponer la sanción de separación temporal a los casos en que se vulnera la prohibición de «invocar o hacer uso de su condición de parlamentarios para el ejercicio de la actividad mercantil, industrial o profesional», que son todos ellos comportamientos claramente extra funcionales. Sería posible analizar la viabilidad y la idoneidad, de conformidad con las directrices que se han expuesto en esta contribución, de medidas de levantamiento de la inviolabilidad por la propia Cámara, pero dichas medidas requerirían de su regulación expresa y detallada, así como su deslinde, caso necesario, respecto de la inmunidad-autorización reconocida por el art. 71.2 de la Constitución. Una interpretación *de lege lata* no es suficiente para conseguirlo.

5. SOBRE EL ÁMBITO MATERIAL-FUNCIONAL DE LA INVIOLABILIDAD DEL REY

Esta inviolabilidad, residuo del viejo principio monárquico surgido en el parlamentarismo histórico inglés bajo la máxima «The King can do no wrong»⁶⁴, es para parte de la doctrina⁶⁵, y para la jurisprudencia ordinaria y constitucional, el supuesto de inviolabilidad más amplio; interpretación que, como hemos visto *supra*, se apoya en el tenor literal del precepto, que vincula la garantía a «la persona del Rey» y no la limita expresamente a los actos ejecutados en ejercicio de la función de Jefe del Estado, así como a la interpretación dual del art. 56.3 CE, estableciendo dos garantías diferenciadas, la inviolabilidad de un lado, y la irresponsabilidad, de otro. El propio legislador ha defendido este entendimiento, aun como desiderata en la exposición de motivos de una norma, cuando en 2014 reguló el fuero procesal del rey o la reina que hubieren abdicado, y de otros miembros de la familia real. En el preámbulo de la ley orgánica que creó estos aforamientos, se realiza una interpretación del texto constitucional según la cual «todos los actos realizados por el Rey o la Reina durante el tiempo en que ostentare la jefatura del Estado, cualquiera que fuere su naturaleza, quedan amparados por la inviolabilidad y están exentos de responsabilidad»⁶⁶. El Tribunal Constitucional también había confirmado, *obiter dicta*, esta hipótesis interpretativa ya con anterioridad, en la sentencia 133/2013, de 5 de junio,

afirmando que «la única irresponsabilidad» que está reconocida constitucionalmente con «alcance general queda reservada en el artículo 56.3 para la persona del Rey» (FJ 6º, II). La evolución posterior de su jurisprudencia, y la extensión de la protección jurídica de la inviolabilidad y la irresponsabilidad del rey, como dos atribuciones diferenciadas, a «todo tipo de censura o control de sus actos», ya la conocemos —*vid. supra* los comentarios emitidos en relación con las SSTC 98/2019 y 111/2019—. En su última resolución es categórico cuando afirma que el art. 56.3 CE ampara al rey «respecto de cualesquiera actuaciones que directa o indirectamente se le quisieran reprochar, ya se dijera realizadas, unas u otras, en el ejercicio de las funciones regias, o con ocasión de ese desempeño, ya incluso, por lo que se refiere, cuando menos, al titular actual de la Corona, al margen de tal ejercicio o desempeño» (FJ 5º). No se compadece este argumento, sin embargo, con otras expresiones y afirmaciones dispersas por la fundamentación de ambas resoluciones, que relacionan la protección del art. 56.3 CE con las funciones constitucionales del rey, reconocen que el estatuto particular de la Corona «acompaña a su función constitucional», vinculan la garantía a los actos que el monarca realice «en el ejercicio de sus funciones constitucionales» y a los «actos de relevancia constitucional que el rey haya podido alcanzar», y la justifican «en cuanto condición de funcionamiento libre y eficaz de la institución que ostenta» (todas las citas son de la STC 98/2019, FJ 3º.c, cuyos argumentos son reproducidos en la STC 111/2019). El desacierto de estas resoluciones, en relación con la garantía del art. 56.3 CE, ha sido puesto de manifiesto por Álvarez García y Ventura Püschel (2021), a cuyo juicio el Tribunal Constitucional no realiza una interpretación adecuada de la Constitución, desconoce la actual naturaleza del Estado español y consagra una doctrina que no respetaría las garantías asociadas a la protección de otros derechos fundamentales.

Por otra parte, se ha considerado habitualmente que esta prerrogativa regia se compensa con la institución del refrendo, regulado a continuación en el mismo precepto: «sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el artículo 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el artículo 65.2», para los actos de gobierno de su propia casa. Es en esta institución en la que el Consejo de Estado apoyó los argumentos según los cuales nuestra Constitución no debía ser reformada, en relación con la inviolabilidad del rey, para ratificar el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Dictamen 1374/1999, de 22 de julio) —*vid. supra* lo expuesto en relación con el art. 27 de este Tratado—. Tal contradicción no se aprecia, según su parecer, porque en el ámbito interno los actos del rey son refrendados y, por ello, no existe «ausencia absoluta de responsabilidad exigible por unos actos», sino imputación de la misma al órgano refrendante⁶⁷.

Estas explicaciones que amparan una inviolabilidad regia entendida con tal amplitud interpretativa, convertida en verdadero privilegio vestigio de una concepción del monarca como poder situado por encima de los demás poderes del Estado, que si bien encuentra apoyo en la tradición histórica de nuestros textos constitucionales y legales, debiera ser sobrepasada, son fuertemente criticadas por un sector doctrinal cada vez más amplio, que propone una interpretación restrictiva del art. 56.3 CE que no ampare la inviolabilidad respecto de actuaciones meramente privadas, desvinculadas de su función constitucional, y que se limite en consecuencia a los actos refrendados/refrendables; o, en

todo caso, al menos, que producida la abdicación y decaída la inviolabilidad, tales actos puedan ser perseguidos judicialmente. En apoyo de la primera vía se han pronunciado, de entre la doctrina penal, entre otros, Álvarez García y Ventura Püschel (2021), Carbonell Mateu (1999 y 2018), De la Mata Barranco (2020), Durán Seco (2021), Fernández Entralgo (2021), Fernández-Fontecha Torres (2020), García Rivas (2020), Martín Pallín (2012) y Portero García (1982). Partidarios de la segunda de las opciones, pueden citarse, entre otros, Bastida Freijedo (2012, en relación con todos los actos no refrendados), Díez Ripollés (2021), Gimbernat Ordeig (2021), Jaria i Manzano (2015: 163-164), Lascuraín (2020, también de manera limitada a los actos no refrendados), Manzanares Samaniego (2018, pero sólo si la inviolabilidad se concibe como un obstáculo del proceso que no elimina el delito), Muñoz Conde y García Arán (¹⁰2019: 167; estos autores consideran que el monarca que comete un delito grave debe ser inhabilitado ex artículo 59.2 de la Constitución, produciéndose la pérdida de su inviolabilidad y la correlativa posibilidad de enjuiciamiento) y Rodríguez Ramos (1982).

De las opciones anteriormente citadas, la primera es, con todo, no solo jurídicamente la más sencilla, sino la que resulta más coherente con la naturaleza de la institución. A lo largo de esta contribución se han ofrecido motivos que justifican la vinculación instrumental y funcional de toda garantía de inviolabilidad que sea reconocida en nuestro ordenamiento, junto con la necesidad de que ésta vaya acompañada de una regulación del ámbito de responsabilidad no judicial por los actos amparados. Asimismo, se han señalado otros ámbitos donde esta conexión funcional ha dado lugar a iniciativas de modificación legal y a reformas consumadas —*vid. supra* lo expuesto en relación con la inmunidad-autorización o con los aforamientos—. Se ofrecen ahora otros argumentos que apoyan esta tesis, en relación más concretamente, con la inviolabilidad del Jefe de Estado, en un contexto en el que se impone la «racionalización de la monarquía» (Belda, 2015) y debe encontrarse el punto de equilibrio entre «la tradición y la adaptación a la modernidad» para perdurar en el tiempo (De Esteban, 2012).

La Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, que regula los privilegios e inmunidades de Estados extranjeros y de sus cargos⁶⁸, puede ser también un punto de apoyo en este sentido —abundando en la coherencia sistemática de esta solución—. El artículo 23 de esta LO conecta la inmunidad penal, civil, laboral, administrativa, mercantil y fiscal de antiguos Jefes de Estado y de Gobierno extranjeros con los «actos realizados durante su mandato en el ejercicio de sus funciones oficiales», excluyéndola en las acciones cometidas «a título privado», esto es «cuando se trate de acciones relacionadas con actos no realizados en el ejercicio de sus funciones oficiales durante su mandato» (artículo 24). La lógica derivada de la aplicación de esta norma obliga a considerar que, del mismo modo que es posible juzgar a un antiguo Jefe de Estado extranjero por actos privados cometidos durante su mandato, debiera serlo también exigir algún tipo de responsabilidad jurídica, y no solo política, por esas mismas acciones al Jefe de Estado propio, sin esperar a que se produzca la abdicación o su inhabilitación, hechos insólitos y excepcionales, por otra parte, en las monarquías parlamentarias. En todo caso, producida la abdicación, una reflexión se impone: ¿continúa siendo inviolable un monarca abdicado por unos hechos por los que exigiríamos en España responsabilidad jurídica a un Jefe de Estado extranjero

cuyo mandato hubiere finalizado y por los que se le exigiría al nuestro en el extranjero si se aplica la reciprocidad? ¿Es aplicable a estos supuestos la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 111/2019, cuando interpreta extensivamente la inviolabilidad del art. 56.3, proclamando que ampara los actos cometidos al margen del ejercicio de las funciones constitucionales del rey, «cuando menos, al titular actual de la Corona»? ¿Supone esta concreción del alcance de la prerrogativa, solo respecto del titular actual de la Corona, que un rey abdicado sí responde por los actos privados cometidos durante su mandato de los que pueda derivarse algún tipo de responsabilidad jurídica? Y si esto fuera así, ¿qué motivos pueden mantener que no pueda exigirse la responsabilidad desde el mismo momento de comisión de esos mismos hechos y haya que esperar a una hipotética abdicación, por lo demás incierta e improbable, que es presentada como el único remedio cuando se ha visto empañado «el brillo de la Corona»⁶⁹ por la comisión de actos irregulares, incluso delictivos? Y es que, ciertamente, la aplicación e interpretación que hasta el momento se ha hecho de la prerrogativa de la inviolabilidad del rey, como así ha dejado manifestado en diversas ocasiones Torres del Moral (2012*a*, 2012*b*, 2020), solo abre la puerta a la responsabilidad política más drástica, la abdicación del monarca, su separación de las instituciones y su alejamiento del Estado, sin que se prevea, siquiera, ningún mecanismo de reparación personal de las acciones. ¿Es esto razonable, incluso en un terreno estrictamente político? Es cierto que se ha considerado, también por el Tribunal Constitucional, la posibilidad de responsabilidad administrativa y patrimonial de la Casa del Rey como cauce de reparación de los posibles perjuicios causados a terceros que, de este modo, al menos, no verían indebidamente menoscabado su patrimonio⁷⁰. Pero esta alternativa no deja de implicar el enjuiciamiento y valoración de la actuación del monarca por parte de otros órganos y poderes, por lo que su viabilidad, a la vista de la jurisprudencia constitucional emitida, es actualmente más que dudosa y sitúa la cuestión en un callejón de difícil salida.

Las anteriores reflexiones no hacen sino poner de manifiesto las incoherencias y dificultades que presenta una institución, la inviolabilidad del rey, que no está pensada, ni en su origen ni en su permanencia constitucional, para un monarca que delinque o trasgrede la legalidad vigente —pese a las advertencias que en forma de hipótesis, ya en 1978, en los debates sobre el anteproyecto de Constitución, planteara Gimbernat Ordeig sobre la impunidad del monarca asesino o violador (2021: 193-195)—, ni para un monarca que abdica. Una interpretación como la actualmente sostenida por el Tribunal Constitucional solo se justificaría respecto de un monarca que cumple rigurosamente con sus funciones constitucionales, actúa ejemplarmente en su ámbito privado y personalísimo —es decir, un monarca que, en el fondo, no necesitaría de una interpretación tan extensiva de la institución de la inviolabilidad, pues no habría motivos para que sobre su actividad privada se iniciaran actuaciones de fiscalización jurisdiccional—, y que, además, mantiene su responsabilidad y condición de Jefe de Estado de manera vitalicia. Por ello, como se ha dejado expuesto en otra ocasión, una cuestión de tanta trascendencia, como cuál deba ser el contenido de su inviolabilidad, no debiera ser dejada a la interpretación (auténtica, doctrinal, judicial o constitucional), realizada al albur del contexto político, ni de las presiones o intereses partidistas⁷¹. Solo un desarrollo legislativo preciso y taxativo del art.

56.3 CE dará solución a los problemas suscitados con el ámbito material-funcional de la garantía. Desarrollo legislativo para el que sería suficiente, a mi juicio, como así mantiene también un amplio sector de la doctrina⁷², una Ley Orgánica, en la medida en que la inviolabilidad es una garantía que afecta a derechos fundamentales, como el contenido en el art. 24.2 CE. La inadmisión en términos absolutos de la Mesa del Congreso de las iniciativas legislativas que han sido presentadas para acometer esta tarea reguladora, por considerarla materia reservada a la Constitución y, además, por incurrir «en contradicción palmaria y evidente» con esta norma, por apartarse de la interpretación absoluta de su ámbito material-funcional⁷³, dan cuenta de las dificultades de este cometido, que seguramente y en la práctica, como en otras ocasiones críticas del constitucionalismo español, solo sea posible llevar a término si es con la anuencia de la Corona, en una renovación implícita del pacto democrático que la mantiene en la Jefatura del Estado. Pero si seguimos procrastinando en esta tarea, y aceptando que la única vía posible de fiscalización de la actividad de la Corona es la opinión pública libre emitida fuera de los cauces reglamentarios de las instituciones, los perjuicios para el mantenimiento de la monarquía parlamentaria podrían ser irreparables.

NOTAS

1. El presente artículo se publica en el marco del proyecto I+D «Derecho Penal de la peligrosidad: tutela penal de los derechos fundamentales», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (Proyecto DER2017/86336-R financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa).

Es deseo de la autora dedicar el artículo al Prof. Dr. D. Javier Boix Reig, Catedrático de Derecho Penal de la Universitat de València, con quien comparte varias publicaciones sobre las garantías personal-funcionales de cargos públicos (Boix Reig y Viana Ballester, 2007 y 2012), en el año de su septuagésimo aniversario y jubilación. Estas líneas constituyen un sincero gesto de homenaje y de agradecimiento personal por su compañía, sus consejos y su aprecio.

2. El prof. Jiménez de Asúa y el prof. Saldaña, con quien tradujo el Tratado de Derecho Penal del prof. alemán Von Liszt, entre 1914 y 1917, fueron los introductores de este debate en la ciencia penal española, tomado de la ciencia penal alemana (Viana Ballester, 2011: 412-447, particularmente las páginas 423-425).

Esta costumbre de analizar los límites temporales, espaciales y personales de la ley penal procede del Derecho y la doctrina alemanes y tiene su origen a mediados del siglo XIX, cuando Berner (Berlín, 1853), publicó una monografía dedicada a estas cuestiones titulada «*Wirkungskreis des Strafgesetzes, nach Zeit, Raum und Personen*» (Viana Ballester, 2011: 402 y ss.).

3. El Tribunal Constitucional ha venido considerando la inviolabilidad parlamentaria del art. 71.1 CE una institución de Derecho sustantivo, que se contrapone a la inmunidad parlamentaria, del art. 71.2 CE, a la que considera una institución de Derecho adjetivo o procesal (STC 243/1988, de 19 de diciembre, FJ 3º). No obstante, y pese a la dicotomía establecida, el Constitucional no ha emitido expresamente ningún pronunciamiento sobre cuál es la naturaleza penal concreta de la inviolabilidad, y todo lo más ha realizado referencias laxas a la posibilidad de que sea concebida como causa de justificación o de inimputabilidad. Muestra de esta práctica es la sentencia 51/1985, de 10 de abril, en la que se afirma:

«Al margen ahora de la discutida naturaleza, en el ámbito penal, de esta prerrogativa (causa de inimputabilidad para algunos, eximente de antijuridicidad desde otra perspectiva), es claro que la misma se orienta...» (FJ 6º, IV).

4. V.gr. la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de mayo de 1981, que la considera un instituto que elimina la antijuridicidad; o el auto del mismo Tribunal, Sala 2ª, de 29 de abril de 2003, que la considera un privilegio sustantivo que determina la inimputabilidad o la justificación de la conducta, en la misma línea que la STC 51/1985 citada, si bien finaliza reconociendo que la posición doctrinal mayoritaria entiende la garantía como una causa de exclusión de la penalidad.

5. V. gr. Jaria i Manzano (2015: 166), en relación con la inviolabilidad parlamentaria, a la que considera una garantía sustantiva que constituye una eximente de antijuridicidad; Torres del Moral (2020: 27-31), que realiza una revisión de la doctrina penal existente en torno a la naturaleza jurídica de la inviolabilidad parlamentaria.

6. La necesidad de superación de la visión panpenalista de la inviolabilidad ya fue puesta de manifiesto por Fernández-Miranda y Campoamor, quien la concebía como una garantía de Derecho Constitucional que constituye una «excepción personal-funcional de la vigencia de la Ley Común» o una «causa personal-funcional de exclusión de la eficacia de la Ley» (1995: 3759-3760; 2001: 135).

7. Refiriéndose a la inviolabilidad parlamentaria, García consideraba que esta garantía no produce la pérdida de vigencia de las normas que tipifican responsabilidades jurídicas de cualquier orden, sino la de «los preceptos constitucionales que imponen a los poderes públicos el deber de responder de sus propios actos (artículo 9.1.º) y de los que garantizan a todos los ciudadanos una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos».

8. El lector interesado puede consultar los debates parlamentarios producidos sobre la inviolabilidad parlamentaria en los orígenes del constitucionalismo español y durante todo el siglo XIX y principios del XX en la completa recopilación de Gamoneda, publicada en 1912 (Secretaría del Congreso de los Diputados, 1912, 2 tomos). En esta obra también encontramos discursos relacionados con otras garantías parlamentarias, como la inmunidad-autorización y el aforamiento, y con la inviolabilidad del rey (v. gr. el discurso del sr. Álvarez Bugallal, de 13 de mayo de 1882, con motivo del debate sobre el suplicatorio para proceder contra el sr. Escrig y Font —Tomo II, 47 y ss.—).

9. Sobre las implicaciones de la inmunidad parlamentaria en este contexto puede consultarse el informe de Al Hasani Maturano (2021: 62-79) y sobre las implicaciones de la inviolabilidad parlamentaria puede consultarse Albertí Rovira (2020: 99-121), que realiza un interesante y fundado análisis de las modificaciones legales que han conducido a la criminalización de la actividad parlamentaria.

10. Los hechos se vinculan con el presunto cobro de comisiones ilegales por adjudicación de las obras del proyecto del AVE a La Meca, por las donaciones recibidas de sociedades «offshore» y el uso de tarjetas opacas y su ocultación a la Hacienda española —caso de la fundación Lucum— y por la existencia de fondos ocultos en paraísos fiscales —caso de la isla de Jersey—. La calificación que la doctrina penal ha dado a estas conductas, a falta de conocer con exactitud los hechos, y de la inexistencia en nuestro ordenamiento del delito de enriquecimiento ilícito, se sitúa entre los delitos de fraude fiscal, los delitos de blanqueo de capitales, el delito de cohecho, el delito de tráfico de influencias, el delito de malversación de caudales públicos o el delito de apropiación indebida, considerando en algún caso la posibilidad de aplicar el delito continuado. Con independencia de su consideración como delictivas de estas conductas, y de la posible prescripción de las mismas, lo cierto es que el rey emérito es investigado en Suiza por presunto delito de blanqueo de capitales, y ha procedido a realizar dos regularizaciones fiscales de elevada cuantía en España, que se corresponderían a la satisfacción de deudas impositivas generadas por él, pero solo de aquellas contraídas con posterioridad a su abdicación.

11. La Comisión de Venecia es un órgano consultivo sobre cuestiones constitucionales del Consejo de Europa, creado en 1990, para contribuir a la difusión y al desarrollo de un patrimonio constitucional común de sus Estados miembros. Craig (2017: 79-109) analiza los fundamentos, la organización y metodología de trabajo, las funciones, la competencia y el impacto de su actividad, así como su contribución al constitucionalismo transnacional.

12. Se afirma en este editorial lo siguiente: «La pretensión de circunscribir esa protección a los discursos, gestos o canciones que tengan lugar dentro del hemicycle del Congreso resultaría absurda en una época caracterizada por la expansión de los medios de comunicación de masas» (El País, 1982).

13. Este riesgo de descrédito institucional ha sido denunciado, respecto de la institución parlamentaria, por García-Escudero Márquez (2016: 108-109), para quien no son las prerrogativas parlamentarias de inviolabilidad, inmunidad y fuero, en sí mismas consideradas, «sino su presentación por los medios de comunicación la que puede dañar a la institución parlamentaria».

14. Otras denominaciones vinculadas con la referencia a los límites de aplicación personales de la ley penal utilizadas por la doctrina penal, que pueden encontrarse en obras generales de parte general dentro los apartados relativos a la exposición de la teoría de la norma, son «ámbito de vigencia personal», «la ley penal en cuanto a las personas», «eficacia de la ley penal en orden a las personas», «valor de aplicación de la ley penal a las personas», «aplicación personal de la ley penal» o «aplicación de la ley penal en las personas» (Viana Ballester, 2011: 405-406).

15. Es cierto, no obstante, que esta ubicación en la teoría de la norma había recibido también modulaciones de quienes han considerado que solo en «sentido impropio» es posible hablar de límites personales de la ley penal (Cobo del Rosal y Vives Antón, 51999: 233) o de quienes hablan de «presuntos límites a la validez de la ley penal en relación con las personas» (Morillas Cueva, 32016).

16. Epígrafe de la Lección 5, dedicado a la Teoría del Delito: «¿Es la “punibilidad” una categoría autónoma de la definición de delito?».

17. Coincido en la calificación como «personal-funcional» de las prerrogativas con Fernández-Miranda y Campoamor (1984).

18. Sobre el principio de igualdad y la ley penal, vid. Molina Fernández (2020: marginales 750 y ss.). Sobre las garantías parlamentarias y el principio de igualdad: Martín de Llano (2006) y Gómez Colomer (2009), si bien ambos se pronuncian más específicamente sobre la inmunidad y el fuero. La primera autora realiza un completo estudio del principio de igualdad como derecho fundamental y de la desigualdad en sede constitucional, que proyecta sobre la inmunidad parlamentaria del art. 71.2 CE y sobre el análisis del art. 7 de la Ley de 9 de febrero de 1912, que establece la competencia para conocer de las causas contra diputados y senadores, concluyendo su inconstitucionalidad.

19. El artículo 25 del Código de 1928 disponía: «Las leyes penales son aplicables igualmente a todas las personas, cualquiera que sea su condición, y salva la inviolabilidad del Rey, con las siguientes excepciones: 1.ª A los Representantes en Cortes, por sus opiniones y votos en el ejercicio de su cargo (...)» (texto según López Barja de Quiroga y Ruiz, 1988: 693).

El art. 5 del Proyecto de Código Penal de 1980 hacía igual referencia al principio de igualdad y a sus excepciones legítimas, circunscribiéndolas a las inmunidades funcionales: «Las leyes penales se aplican por igual a cuantos las infrinjan. Las inmunidades que, por razón de su función o cargo, hayan de aplicarse a ciertas personas habrán de estar taxativamente previstas en la ley y serán interpretadas estrictamente por los Tribunales» (BOE de 17 de enero de 1980).

20. La locución «técnicas de protección» es utilizada por Lucas Murillo de la Cueva (1985: 245), quien también las ha denominado «garantías», con preferencia sobre la denominación a la de «prerrogativas», en sus publicaciones sobre la materia. Así lo hace también recientemente, justificando dicha denominación

para resaltar la idea de protección del mandato, más allá del carácter excepcional de estas instituciones —lo que puede seguir remarcando la denominación «prerrogativa»— (2020: 131 y 134).

21. En contrapartida, como se analizará en un epígrafe posterior, el autor admite que producida la abdicación la protección decae, de manera que podría exigirse responsabilidad por todos los actos ejecutados durante el reinado que no hubieren sido refrendados (Bastida Freijedo, 2012: 3-4).

22. El texto de todas las normas que han regulado la inviolabilidad del Jefe del Estado español desde los orígenes de nuestro constitucionalismo puede consultarse en el apéndice normativo contenido en Viana Ballester (2011: 731-771).

23. El texto completo del FJ 3º.c) de la STC 98/2019, es el siguiente: «La Constitución reconoce a la persona del rey una dual atribución. De una parte, la “inviolabilidad”, que es la expresión de una declaración de naturaleza político-jurídica del constituyente, encaminada a subrayar la alta dignidad que corresponde al monarca como jefe del Estado, a lo que ha de añadirse un estatus particular y específico del titular de la Corona, que acompaña a su función constitucional, para garantizar y asegurar ambos aspectos característicos. Esta especial protección jurídica, relacionada con la persona y no con las funciones que el titular de la Corona ostenta, sitúa al rey al margen de la controversia política, erigiéndose en un privilegio de naturaleza sustantiva, que se halla unido a la posición que el monarca desempeña en nuestro modelo constitucional, en el que ejerce la más alta magistratura del Estado. // Por ello, la “inviolabilidad” preserva al rey de cualquier tipo de censura o control de sus actos; se hallan estos fundamentados en su propia posición constitucional, ajena a toda controversia, a la vista del carácter mayoritariamente debido que tienen. De otro lado, a la “inviolabilidad” se une la no sujeción a responsabilidad, en referencia a que no pueda sufrir la imposición de consecuencias sancionatorias por un acto que, en otro caso, el ordenamiento así lo impondría. Ambos atributos que el art. 56.3 CE reconoce al rey se justifican en cuanto condición de funcionamiento eficaz y libre de la institución que ostenta.»

24. Según esta teoría, debida a Feuerbach, la inviolabilidad eximía al sujeto protegido de cumplir la norma penal, considerada en su conjunto de precepto y sanción, quedando completamente excluido de los límites de eficacia de la ley penal (*vis coactiva*). El monarca inviolable solo moralmente quedaba vinculado por la norma (*vis directiva*), pero no venía jurídicamente obligado a cumplirla (Viana Ballester, 2011: 403-404).

25. Dispone literalmente el art. 27 del Estatuto que: «1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá “per se” motivo para reducir la pena. // 2. Las inmunidades y las normas de procedimientos especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.» (Instrumento de ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998; BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002, 18824-18860).

26. El alcance y la extensión de las propuestas de modificación son, no obstante, variadas. Mientras que Gavara de Cara propugna la reforma de la inmunidad de los parlamentarios, así como de la potestad de gracia para evitar la impunidad en los casos de corrupción política, y la modificación del aforamiento para evitar la impunidad de cargos parlamentarios o públicos, «en el sentido de limitarse de forma estricta a la Familia Real», otros autores como Lucas Murillo de la Cueva o Boix Reig modulan sus propuestas en relación con los aforamientos. El primero, considera imprescindible realizar una profunda reflexión previa a la opción legislativa de suprimir la garantía de fuero a favor de los parlamentarios del art. 71.3 CE, particularmente en relación con los procesos penales, dado el reconocimiento en nuestro sistema de la acción popular. El segundo, si bien considera aconsejable la reducción de los cargos protegidos con la garantía de fuero, manteniendo solo algunos por razón de su función al más alto nivel de la Administra-

ción Pública, añade que sería aconsejable «establecer un sistema de control inicial de la verosimilitud del hecho imputado por un Tribunal al efecto que evalúe la misma y caso de que efectivamente se aprecie dicha verosimilitud se remitirían las actuaciones al órgano judicial competente, de acuerdo con las reglas de competencia general establecidas en la ley procesal penal».

En sentido parecido, exponiendo la necesidad de regular algún tipo de filtro procesal para el caso en que se eliminaran aforamientos de altos cargos, autoridades y funcionarios públicos, a fin de que «no se vean expuestos a querellas abusivas, que lo que persiguen no es el adecuado enjuiciamiento y restitución, sino saciar su sed de venganza» (Yugueros Prieto, 2021: 349).

Otros aforamientos, como el civil y penal concedido al rey o la reina que hubiere abdicado y su consorte, que fue introducido junto al aforamiento de la reina consorte o el consorte de la reina, la princesa o príncipe de Asturias y su consorte en el art. 5 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial por la LO 4/2014, de 11 de julio, han sido también fuertemente criticados. Así, Presno Linera (2014a) lo considera un «privilegio personal», «burdo e inconstitucional». En sentido contrario, y a favor de esta previsión de fuero: Gómez de Liaño (2014), Rodríguez Arribas (2014), Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (2018: 1567) y Torres del Moral (2020).

27. V.gr. la «Moción sobre la supresión de los aforamientos políticos», debatida en el Senado en la sesión de 21 de octubre de 2020 (Diario de Sesiones del Senado, Pleno, núm. 27, de 21 de octubre de 2020, 146-161). Como resultado del debate de esta moción, el Pleno del Senado adoptó el acuerdo de instar al Gobierno la modificación de los arts. 71.3 y 102.1 de la Constitución Española, así como de instar a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas la modificación de los Estatutos de Autonomía para suprimir el aforamiento de sus parlamentarios y de sus miembros de Gobierno (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, núm. 97, de 27 de octubre de 2020, 41, <https://www.senado.es/legis14/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_14_97_819.PDF>). Los textos generados en la discusión de esta moción pueden consultarse en la web del senado: <<https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/iniciativas/detalleiniciativa/index.html?legis=14&id1=662&id2=000034>>.

28. Una de las conclusiones de las XXVI Jornadas Nacionales de Jueces y Jueces Decanos de España abogaba, a fin de «eliminar la apariencia de politización» de la justicia, por la reducción de los aforamientos, en la medida en que «complican, dilatan y perjudican notablemente la tramitación de las causas por corrupción —sobre todo en la fase de investigación— y además evidencian desconfianza hacia el juez ordinario predeterminado por la Ley, lo que no tiene sentido en pleno siglo XXI» (Consejo General del Poder Judicial, 2016: 13).

29. Grupo de Estados contra la Corrupción —GRECO— (2019: 34).

30. Proyecto de reforma de los artículos 71, apartado 3, y 102, apartado 1, de la Constitución Española, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie A, de 25 de enero de 2019, núm. 39-1 (<https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-39-1.PDF>). El Consejo General del Poder Judicial se pronunció sobre el anteproyecto de reforma en su Informe de 20 de diciembre de 2018, del que fueron ponentes Álvaro Cuesta Martínez y Enrique Lucas Murillo de la Cueva (<<file:///C:/Users/Clara%20y%20Marcos/Downloads/20181220%20Informe%20Anteproyecto%20reforma%20arts.%2071%20y%20102%20Constituci%C3%B3n%20Espa%C3%B1ola%202018.pdf>>). Vid., asimismo, la propuesta de reforma en materia de aforamientos que había sido realizada previamente, a solicitud del Gobierno, por el Consejo de Estado, según informe aprobado en sesión plenaria de 15 de noviembre de 2018, que se incluye en el apartado «Observaciones y sugerencias» de la memoria anual de 2018 (Consejo de Estado, 2019: 258-330, <<https://www.consejo-estado.es/wp-content/uploads/2021/05/MEMORIA-2018.pdf>>).

31. Artículo 815.2 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 13 de octubre de 2020, según la versión para información pública publicada en: <<https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTema>>

tica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20(1).pdf>.

32. Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias (BOE núm. 268, de 6 de noviembre de 2018, 107645-107708); Ley Orgánica 1/2021, de 15 de febrero, de reforma de la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia (BOE núm. 40, de 16 de febrero de 2021, 17731-17733); y Ley Orgánica 2/2021, de 23 de marzo, de reforma de la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria, para la eliminación del aforamiento de los Diputados y las Diputadas del Parlamento y del Presidente y Consejeros del Gobierno (BOE núm. 71, de 24 de marzo de 2021, 33595-33596).

En el momento de cierre de esta contribución existen en tramitación en las Cortes otras dos iniciativas de reforma en este mismo sentido. La del Estatuto de les Illes Balears y la del Estatuto de La Rioja. Ambas pueden consultarse en la página web del Congreso: <<https://www.congreso.es/propuestas-de-reforma-de-estatutos-de-autonomia>>.

33. La exposición de motivos de esta LO añade: «Es necesario que los parlamentarios dispongan de garantías funcionales y prerrogativas vinculadas al ejercicio de su función —como la inviolabilidad— para que se garantice el libre y correcto ejercicio de su labor representativa, así como la correcta conformación de la voluntad popular en el seno de la institución parlamentaria. Pero no lo es menos que la sociedad actual, con un Poder Judicial independiente, nada tiene que ver con la de los siglos XVIII y XIX, en la que unos privilegios procesales garantizaban la labor de los parlamentarios, frente al poder del juez o de los gobernantes, y ello hoy carece de sentido».

34. Para quienes interpretan la inviolabilidad del rey con un ámbito absoluto, estos ataques a su entendimiento omnicompreensivo no son recelos hacia la prerrogativa, ni valoraciones entre la inviolabilidad o la responsabilidad jurídica del monarca, sino manifestaciones contrarias a la propia institución monárquica. En este sentido, García Majado (2021: 367-368), que considera lo siguiente: «Si en algún momento resulta difícil de tolerar la existencia de esta inviolabilidad absoluta, ello es síntoma de que, en realidad, lo que comienza a resultarlo es la existencia de una función simbólica, concentrada en un sujeto con carácter vitalicio y hereditario, de unidad y permanencia del Estado (...) La disyuntiva no es inviolabilidad o responsabilidad jurídica sino, simplemente, Monarquía o República, pues ello condiciona plenamente el régimen jurídico al que están sometidos los distintos Jefes del Estado».

35. Sobre la posibilidad de control de la actividad de la Corona mediante la creación de Comisiones de Investigación y las sentencias del Tribunal Constitucional, pueden consultarse las siguientes publicaciones: Castillo López, 2019: 477-489 (a favor de las resoluciones del TC y en contra de la posibilidad de que un órgano parlamentario pueda censurar o reprobar los actos del rey); Pascua Mateo, 2020: 429-441 (que considera que la inviolabilidad del rey es un límite necesario de la actividad de las comisiones de investigación y que la STC 111/2019 no clarifica si las actividades privadas del rey abdicado pueden ser objeto o no de persecución judicial); Presno Linera, 2019 y 2020a (a favor de las posibilidades de fiscalización por las Cámaras parlamentarias). Véase también, sobre la posibilidad de este control de los actos del rey emérito, posteriores a su abdicación, Presno Linera (2020b y 2021).

36. Esta iniciativa fue debatida en la Comisión de Asuntos Generales e Institucionales del Parlament, de 25 de noviembre de 2020: «Proposició no de llei RGE núm. 9159/20, presentada pel Grup Parlamentari Mixt, relativa a reacció als escàndols que esquitxen la Corona d'Espanya», [en línea], <<http://xip.parlamentib.es/scripts/getFile.ashx?nomCat=RGE&idReg=159083&camp=high>>. El debate en la Comisión también puede consultarse en línea, <<http://web.parlamentib.es/repositori/PUBLICACIONS/10-comissions/AI-10-039.pdf>>.

37. El texto de esta iniciativa y de su tramitación parlamentaria pueden consultarse en línea: <https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_

mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=162/000339>.

38. La información publicada en la página web del Congreso sobre estas iniciativas puede consultarse en los siguientes enlaces: <https://www.congreso.es/proposiciones-de-ley?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=122%2F000084> y <https://www.congreso.es/web/guest/proposiciones-de-ley?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=122/000112>.

39. La literalidad de estos preceptos en ambas proposiciones de ley, a las que la autora ha tenido acceso, es la siguiente:

«Artículo 1. Inviolabilidad y ausencia de responsabilidad. Se entiende por inviolabilidad el privilegio, aparejado a una persona, por el cual no está sujeta a ningún tipo de responsabilidad por los actos que lleva a cabo en el ejercicio de su cargo».

«Artículo 3. Ámbito objetivo. 1. La inviolabilidad del Rey o la Reina alcanzará exclusivamente a los actos que necesiten de refrendo, que se prestará en los términos establecidos por la Constitución y las Leyes. La responsabilidad derivada de dichos hechos recaerá sobre las personas designadas para refrendarlos. // 2. Exceptuando lo estipulado en el apartado anterior, la persona titular de la Corona será responsable por los actos u omisiones que realice, ya sea a título particular o como miembro de la Familia Real. // 3. La inviolabilidad y ausencia de responsabilidad del Rey o la Reina, por los actos realizados y sujetos a refrendo, se mantienen, incluso tras abandonar la titularidad de la Jefatura del Estado».

40. Las consideraciones limitadoras de las garantías tienen mayor predicamento en la doctrina cuando se refieren a la cobertura de responsabilidades penales. V. gr. Serra Cristóbal (2002: 155-181), en relación con la figura del Jefe de Estado, a favor de la eliminación de la exención de la responsabilidad penal, por anacrónica y contraria a las exigencias de igualdad.

41. Para una exposición detallada de todas ellas véase Viana Ballester (2011: 399-511; capítulo 4: «Sobre la naturaleza sustantiva penal de la inviolabilidad»).

42. Los autores se pronuncian sobre las debilidades de ambas teorías, para finalmente postular que la inviolabilidad es una causa objetiva de exclusión de la pena, que operaría en el caso de la inviolabilidad parlamentaria, incluso más allá del ejercicio legítimo y justificado de la libertad de expresión —cuando esta se aprecia como causa de justificación— y que, dado su carácter objetivo, puede hacerse extensible a los partícipes (González Cussac y Cuerda Arnau, 1997: 113 y ss.).

43. Esta definición ya ha sido ofrecida en otras publicaciones: Boix Reig y Viana Ballester (2007 y 2012); Viana Ballester 2004, 2005, 2009 y 2011.

44. A los aforismos tradicionales «The King can do not wrong» y «The King can not act alone», Choclán Montalvo añade el principio jurídico-penal «The King delinquere non potest», como presunción iuris et de iure, que no admite prueba en contrario. A su juicio, la inviolabilidad produce que no pueda ser autor de ningún delito, existiendo una presunción iuris et de iure de inocencia.

45. Este precepto dispone que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá sobre los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil, o sobre el fundamento de cualquier acusación penal dirigida contra ella. (...)»

46. Los parlamentarios autonómicos gozan de inviolabilidad por opiniones y votos emitidos en el ejercicio de su función, de conformidad con sus propios Estatutos de Autonomía. Aunque esta inviolabilidad no está contemplada en la Constitución, porque tampoco están previstas expresamente las Asambleas

Legislativas de las Comunidades Autónomas, su reconocimiento en todos los Estatutos de Autonomía fue justificado en atención a la función parlamentaria que desarrollan (por todos, vid. Punset Blanco, 1981). Sobre esta inviolabilidad vid. Boix Reig y Viana Ballester (2007: 483-491).

De igual manera, los parlamentarios europeos son inviolables por sus opiniones manifestadas en el ejercicio del cargo, según el Protocolo de 8 de abril de 1965 sobre Privilegios e Inmunities de los Parlamentarios europeos. Sobre esta inviolabilidad vid. Boix Reig y Viana Ballester (2012: 851-865).

47. Los Magistrados del Tribunal Constitucional, al amparo del artículo 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, gozan de inviolabilidad por opiniones y votos emitidos en ejercicio de su cargo. Sobre esta inviolabilidad vid. Viana Ballester (2004 y 2009).

48. El Defensor del Pueblo y sus adjuntos, por disposición del artículo 6.2 y 6.4 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, gozan de inviolabilidad además de por sus opiniones, por los actos cumplidos en ejercicio del cargo. Esta protección se extiende igualmente a los titulares de las Instituciones autonómicas similares al Defensor del Pueblo por mandato del artículo 1.1º de la ley 36/1985, de 6 de noviembre, y en la misma extensión que la protección otorgada a los parlamentarios autonómicos en sus respectivos Estatutos de Autonomía.

49. En este mismo sentido crítico me pronuncié en Viana Ballester (2020).

50. También en sentido contrario a la expansión de la inviolabilidad del rey a la crítica parlamentaria, García Majado (2021: 374-381)

51. Las demandas volvieron a interponerse una vez producida la abdicación de Juan Carlos I y fueron admitidas a trámite por sendos Autos del Tribunal Supremo, sala 1ª, de 28 de enero y de 4 de febrero, ambos de 2015, pero fueron desestimadas por falta de prueba. En esa fecha ya había entrado en vigor la reforma de la LOPJ que concedió el aforamiento civil y penal ante el Tribunal Supremo del rey o la reina que hubieren abdicado (art. 55 bis), y por ese motivo fueron residenciadas ante el Tribunal Supremo.

Sobre los procedimientos de filiación, apoyando la restricción de la inviolabilidad del rey por los actos privados, véase Galera Victoria (2015: 323-329) y Merino Mechán (2008: 375-383).

52. Además de las resoluciones citadas, a cuyo contenido puede accederse a través de bases de datos de jurisprudencia, por relatos publicados en la prensa se conocen, al menos, otras dos resoluciones. La primera, de los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional, dictada en mayo de 2014, inadmitiendo una querrela interpuesta contra Juan Carlos I, recién producida su abdicación, por presunta participación en el golpe de estado del 23-F; inadmisión que fue confirmada por la Sala Penal de la Audiencia. Según noticias publicadas en esas fechas, la querrela se inadmitió por el JCI, porque el art. 56.3 CE «prohíbe inexcusablemente que pueda ser llamado por un juez, ni para declarar ni para ser juzgado» (<<https://www.europapress.es/nacional/noticia-pedraz-rechaza-querella-contra-rey-felipe-gonzalez-23-basaba-libro-pilar-urbano-20140508140910.html>>). De la segunda resolución da cuenta García Majado (2021: 370) y viene referida al archivo de las piezas de la «Operación Tándem», por entender que no había indicios de delito y, en todo caso, por referirse a hechos cometidos durante el periodo en que la inviolabilidad regia del art. 56.3 desplegaba sus efectos.

53. Se afirma, literalmente, en esta última resolución: «la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por su parte, con un criterio más amplio, ha declarado también que “la función parlamentaria es inseparable de la condición de Senador y no queda reducida a la utilización de la palabra en la tribuna de oradores o desde el escaño que ocupa en el hemiciclo. La inviolabilidad se extiende también a las manifestaciones verdidas en los pasillos o dependencias de la Cámara Legislativa y no desaparece bruscamente por el hecho de traspasar el umbral del recinto parlamentario. La representación popular de la que está investido el parlamentario tiene carácter ambulatorio y acompaña a estos donde quiera que se encuentren y ejerzan sus funciones representativas sin cortes ni intermitencias temporales” (v. auto de 6 de abril de 1995, en la

Causa Especial núm. 210/95). // Sin la menor duda, las anteriores referencias jurisprudenciales nos llevan de la mano a la consideración de que la inviolabilidad de los miembros del Parlamento no debe entenderse constreñida exclusivamente a sus específicas funciones dentro de las Cámaras, si bien tal privilegio habrá de ser reconocido con cautela y con carácter restrictivo, y desde la perspectiva de las libertades de expresión e información, cuando de sus actividades exteriores se trate, particularmente en cuanto a las afirmaciones fácticas pudiera afectar» (FJ 2º, in fine).

54. La Comisión de Venecia considera que la inviolabilidad parlamentaria, como exención de jurisdicción, otorga «inmunidad frente a toda acción judicial por las opiniones expresadas o los votos emitidos» incluyendo, pues tanto las opiniones orales y las escritas, como los votos (1996: §§23, 29 y 32).

55. Torres del Moral (2013: 35-36) incluye en el concepto «opinión», además, toda forma de expresión por gestos, exhibición de carteles, aplausos, abucheos, pataleos, risas, repetición de consignas y abandono de sala.

56. A favor de esta prolongación para las ruedas de prensa convocadas por los Grupos Parlamentarios, la Secretaría del Congreso (Congreso de los Diputados, S.G., 1988: 254-257). En contra de esta prolongación, en general, a los actos extra Cámara, Torres del Moral (2013: 38), quien sí la extendería sobre actos «plenamente parlamentarios», que deban tener lugar necesariamente fuera del recinto del Parlamento, como son los realizados a propósito de la participación en una Comisión de Investigación.

57. «Ni la libertad de expresión ni la inviolabilidad parlamentaria —afirma el autor— resguardan de la comisión de delitos. Tampoco apoderan para la calumnia o la injuria, ni autorizan la desobediencia a las decisiones firmes de los Tribunales de justicia o del Tribunal Constitucional» (Lucas Murillo de la Cueva, 2020: 143).

58. Como hemos visto supra, en el cuerpo de este artículo, Carbonell Mateu considera que la inviolabilidad es una causa de justificación, por ejercicio legítimo de un cargo, por lo que las amenazas, que no son consustanciales ni necesarias para la función parlamentaria, no podrían quedar cubiertas por la garantía.

59. Sobre la evolución de la jurisprudencia constitucional y ordinaria y su relación con el proceso de fiscalización judicial de actuaciones parlamentarias y su criminalización, vid. el comentario de Albertí Rovira (2020: 99-121) a propósito de la sentencia del «procés», citado supra.

60. Véase la tabla comparativa de prerrogativas parlamentarias elaborada por la Comisión de Venecia del Consejo de Europa (2014b).

61. Para ejercer estas facultades sancionadoras, el Tribunal Constitucional ha exigido la adecuación material a las normas reglamentarias que regulan la disciplina parlamentaria, y que ésta se ejerza en el momento adecuado (STC 78/2016, de 25 de abril, citada por Santaolalla López, 2018: 102, junto a otras sentencias del Constitucional en la materia).

62. Este autor se pronuncia sobre la eficacia limitada que tiene la potestad disciplinaria de la presidencia de la cámara, en relación con las acciones de los parlamentarios que puedan afectar los intereses particulares de terceros o la dignidad de las instituciones, pues solo tiene efectos internos y carece de proyección exterior. Para establecer límites en estos casos, propone como vías de intervención los «usos parlamentarios», las «reformas reglamentarias» o la interpretación del art. 71.1 por el Tribunal Constitucional (Martínez Elipe, 2002: 55-56).

63. Considera Torres del Moral en esta obra, que las limitaciones no vendrán por la modificación de los reglamentos parlamentarios, porque dicha modificación normativa depende de los parlamentarios mismos, de quienes «no se les puede suponer muy dispuestos a renunciar ni aun parcialmente, al estatuto jurídico del que ahora disfrutan». De ahí que considere que la vía más idónea para la limitación estricta, «funcional e institucional» de la garantía, sea la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2013: 53). Por otra parte, a su juicio, sería posible abrir la vía penal por excesos en la libertad de expresión de un

parlamentario en dos supuestos. El primero, en los casos en que un tercero haya sido afectado por una conducta de un parlamentario que haya sido objeto de sanción interna en ejercicio de la disciplina parlamentaria. En tales casos, considera que el tercero afectado podría acudir a la investigación judicial para exigir responsabilidades jurídicas. El segundo, por aplicación del art. 101.3 del Reglamento del Congreso que, en relación con la sanción de separación temporal, establece que «si la causa de la sanción pudiera ser, a juicio de la Mesa, constitutiva de delito, la Presidencia pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente». Para el autor, la causa de la sanción podría ser delictiva en los casos del art. 103.2º (llamada al orden «cuando profirieren palabras o vertieren conceptos ofensivos al decoro de la Cámara o de sus miembros, de las Instituciones del Estado o de cualquiera otra persona o entidad», que incluye, a su parecer, los delitos de injuria y calumnia, la apología del delito y del terrorismo, y la llamada a la sedición) y en los casos del art. 103.1º en relación con el art. 99 (por los que se incluiría el quebrantamiento de secreto de las actuaciones parlamentarias y el porte de armas dentro del recinto parlamentario).

64. Sobre los significados que se atribuyen a este aforismo, vid. Escajedo San-Epifanio (2020: 413-416).

65. Véase la doctrina citada por Espigado Guedes (2020) y por Manzanares Samaniego (2018).

66. Punto IV, párrafo III, de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 4/2014, de 11 de julio (BOE núm. 169, de 12 de julio, 54647-54652).

67. El argumento, in extenso, afirma que la inviolabilidad del Jefe del Estado español: «se fundamenta en su posición, ajena a toda controversia, dado el carácter debido de sus actos en el modelo constitucional de 1978. Es más, no se puede hablar en este último caso de ausencia absoluta de responsabilidad exigible por unos actos —que sería la consecuencia última de la inviolabilidad parlamentaria— sino de imputación de la que pueda derivarse de ellos al órgano refrendante (artículos 56.3 y 64.2 de la Constitución). En suma, la irresponsabilidad personal del monarca no se concibe sin su corolario esencial, esto es, la responsabilidad de quien refrenda y que, por ello, es el que incurriría en la eventual “responsabilidad penal individual” a que se refiere el artículo 25 del Estatuto» (Consejo de Estado, 1999).

68. El título completo de esta norma es Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España (BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2015, 101299-101320).

69. La expresión, acuñada por Binding («Glanz der Krone»), hace referencia a la expectativa de que nadie cumplirá las normas con mayor fidelidad que el monarca, que las ha dictado. El «brillo de la Corona», la expectativa de ejemplaridad, no debía verse empañado por la persecución penal o por la pena, que sacudiría la propia autoridad del Estado, actuándose contra su propio fin (Binding, 1885: 5).

70. Véase sobre esta posibilidad, tratada en la STC 112/1984 de 28 de noviembre, García Majado (2021: 364). También Merino Mechán (2008: 378) en relación con la derivación de la responsabilidad hacia el patrimonio, no inviolable, del rey.

71. Viana Ballester, 2020.

72. V.gr. Gómez Colomer (2016: 243 —establece la posibilidad de desarrollo orgánico del procedimiento de abdicación y renuncias a la Corona, de conformidad con el art. 57.5 CE—); Gómez Sánchez (2016: 77-79 —partidaria de una regulación integral de la Corona mediante LO, considera que, aunque la Constitución no impide este desarrollo, sería deseable incluir la previsión constitucional y su incorporación al art. 56, como nuevo apartado 4º, tras un proceso de reforma constitucional—); Quintero Olivares (2020 —que considera necesaria una LO reguladora de la Corona y de la Casa Real, que clarifique, entre otras cuestiones, lo que «el Jefe de Estado puede y no puede hacer, el control sobre sus pasos»—).

En contra de esta posibilidad, por entender que sería necesaria una reforma constitucional: Belda Pérez-Pedrero (2015: 161); Fernández-Fontecha Torres (2014).

73. Así lo afirma la Mesa del Congreso en los argumentos de la resolución que desestimó el recurso interpuesto contra la inadmisión de la Proposición de ley relativa a los actos del rey sujetos a inviolabilidad, de 15 de diciembre de 2020, citada supra.

BIBLIOGRAFÍA

Libro, artículos en revistas científicas, artículos de opinión publicados en medios periodísticos y en la prensa, comentarios en blogs y páginas web de carácter jurídico, así como otras fuentes, tales como informes y dictámenes de diferentes órganos y comisiones.

ALBERTÍ ROVIRA, Enoch (2020): «Inviolabilidad parlamentaria y división de poderes: la introducción del control penal de las actuaciones parlamentarias», en Joan J. Queralt (dir.), *La sentencia del procés: una aproximación académica*, Barcelona: Atelier, 99-121.

AL HASANI MATURANO, Amir (2021): «A vueltas con la inmunidad tras el *ovillo* jurídico del asunto Junqueras», en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 21, 62-79.

ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel (1986): «La inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias. Precisiones conceptuales y examen de la tramitación constitucional del art. 71», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 4, 87-143.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y Arturo VENTURA PÜSCHEL (2021): «La inviolabilidad del Rey», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (1998): *Principios de Derecho penal. Parte general*, Madrid: Akal.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. (2012): «La inviolabilidad del Rey y las interceptaciones ocasionales», *Forum di Quaderni Costituzionali. Rassegna 11/2012* (16.11.2012), [en línea], <<https://www.forum-costituzionale.it/wordpress/?p=3236>>, 11-14. [Consulta: 28/07/2021.]

BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique (2015): «La evaluación y el control de los actos del Rey como presupuesto para mejorar la racionalización democrática de la corona», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 51 (diciembre 2015), 155-173, [en línea], <<http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/10.2436-20.8030.01.59>>. [Consulta: 28/07/2021.]

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (1987): *Honor y libertad de expresión. Las causas de justificación en los delitos contra el honor*, Madrid: Tecnos.

BERNER, Albert Friedrich (1853): *Wirkungskreis des Strafgesetzes, nach Zeit, Raum und Personen*, Berlín.

BINDING, Karl (1885): *Die Privilegien der Strafflosigkeit*, Leipzig.

BOIX REIG, Javier (2007), «La corrupción y la justicia penal», *Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, núm. 6, 2014-2016, [en línea], <https://www.ajilc.cat/assets/img/pdf/ANNALS_VI.pdf>, 505-530. [Consulta: 28/07/2021.]

BOIX REIG, Javier y Clara VIANA BALLESTER (2007): «Los aspectos jurídico-penales del Estatuto. Garantías funcionales con relevancia penal», en José María Bañó León (dir.), *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, Cizur Menor Navarra: Thompson-Civitas, 457-504.

– (2012): «La inviolabilidad: garantía funcional de los miembros del Parlamento Europeo», en Carlos Esplugues Mota y Guillermo Palao Moreno (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum. José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia: Tirant lo Blanch, 851-865.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos (1999): *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia: Tirant lo Blanch.

– (2018): «¿Inviolabilidad absoluta del Rey?», *Al revés y al derecho* (15/07/2018), [en línea], <<http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5529>>. [Consulta: 28/07/2021.]

CASTILLO LÓPEZ, Fernando (2019): «Nulidad de la Resolución del Parlamento de Cataluña que desconoce la configuración constitucional de la Corona. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 98/2019, de 17 de julio. Impugnación de disposiciones autonómicas núm. 5813-2018. (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019)», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 107, 477-489.

COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomás Salvador VIVES ANTÓN (51999): *Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch.

COMISIÓN DE VENECIA DEL CONSEJO DE EUROPA (1996): «Rapport sur le régime des immunités parlementaires (Strasbourg, le 4 juin 1996)», [en línea], [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF\(1996\)007-f](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF(1996)007-f). [Consulta: 28/07/2021.]

– (2014a): «Rapport sur l'étendue et la levée des immunités parlementaires. Adopté par la Commission de Venise lors de sa 98^a session plénière (Venise, 21-22 mars 2014). Étude núm. 714/2013» [en línea], <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2014\)011-f](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2014)011-f)>. [Consulta: 28/07/2021.]

– (2014b): «Revised Comparative table on the lifting of parliamentary immunity. Opinion No. 714/2013» [en línea], <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL\(2014\)006rev-bil](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL(2014)006rev-bil)>. [Consulta: 28/07/2021.]

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, S.G. (1988): «Conflicto de jurisdicción e inviolabilidad», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 15, 243-266.

CONSEJO DE ESTADO (1999): *Dictamen 1374/1999, de 22 de julio, relativo al Estatuto de Roma que instituye la Corte Penal Internacional*, [en línea], <<https://boe.es/buscar/doc.php?lang=eu&id=CE-D-1999-1374>>, [Consulta: 28/07/2021.]

– (2019): «Memoria del año 2018, que el Consejo de Estado en Pleno eleva al Gobierno en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril», Madrid, [en línea], <<https://www.consejo-estado.es/wp-content/uploads/2021/05/MEMORIA-2018.pdf>>. [Consulta: 28/07/2021.]

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2016): *Conclusiones de las XXVI Jornadas Nacionales de Juezas y Jueces Decanos de España*, [en línea], <<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Conclusiones-de-las-XXVI-Jornadas-Nacionales-de-Juezas-y-Jueces-Decanos-de-Espana>>. [Consulta: 28/07/2021.]

– (2018): «Informe sobre el anteproyecto de reforma de los artículos 71, apartado 3 y 102, apartado 1, de la Constitución Española», de 20 de diciembre de 2018, Álvaro Cuesta Martínez y Enrique Lucas Murillo de la Cueva (ponentes), [en línea], <file:///C:/Users/Clara%20y%20Marcos/Downloads/20181220%20Informe%20Anteproyecto%20reforma%20arts.%2071%20y%20102%20Constituci%C3%B3n%20Espa%C3%B1ola%2020.18.pdf>. [Consulta: 28/07/2021.]

CRAIG, Paul (2017): «Constitucionalismo transnacional: la contribución de la Comisión de Venecia», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, 79-109.

DE ESTEBAN, Jorge (2012): «Ya no hay reyes con derechos absolutos», *El Mundo* (30/10/2012), puede consultarse en *Diario del Derecho* (30/10/2012), [en línea], <https://www.iustel.com//diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1105883&popup=>>. [Consulta: 28/07/2021.]

– (2014): «La inesperada abdicación del Rey», *El Mundo* (03/06/2014), publicado en *Diario del Derecho* (03/06/2014), [en línea], <https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1127989&titulo=&texto=%22inviolable%22+y+%22rey%22>. [Consulta: 28/07/2021.]

– (2020a): «La confusa inviolabilidad del Rey», *El Mundo* (28/07/2020), puede consultarse en *Diario del Derecho* (28/07/2020), [en línea], <https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1201080&titulo=&texto=%22inviolable%22+y+%22rey%22>. [Consulta: 28/07/2021.]

– (2020b): «Dos Reyes», *El Mundo* (22/12/2020), puede consultarse en *Diario del Derecho* (22/12/2020), [en línea], <https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1206186&titulo=&texto=%22inviolable%22+y+%22rey%22>. [Consulta: 28/07/2021.]

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio (2020): «La inviolabilidad del Rey y sus efectos jurídico penales», *El Español* (20/10/2020), [en línea], <https://www.elespanol.com/opinion/tribunas/20201002/inviolabilidad-rey-efectos-juridico-penales/525067492_12.html>. [Consulta: 28/07/2021.]

DE LA MATA BARRANCO, Norberto (2020): «Sentido de la inviolabilidad como causa de exclusión de responsabilidad penal», *Almacén del Derecho* (17/07/2020), [en línea], <<https://almacendede>

recho.org/sentido-de-la-inviolabilidad-como-causa-de-exclusion-de-responsabilidad-penal>. [Consulta: 28/07/2021.]

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2020): *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch.

– (2021): «A vueltas con la Corona», *El País* (27/02/2021), [en línea], <<https://www.almendron.com/tribuna/a-vueltas-con-la-corona-y-la-responsabilidad-real/>>. [Consulta: 28/07/2021.]

DURÁN SECO, Isabel (2021): «La inviolabilidad del Rey en la Constitución: consecuencias en el ámbito jurídico penal», *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 8, [en línea], <<http://revpubli.unileon.es/index.php/juridica/article/view/7086319-330>>, [Consulta: 28/07/2021.]

EL PAÍS (1982): «Inviolabilidad e inmunidad parlamentaria», editorial publicada en la edición impresa de 5 de marzo de 1982, [en línea], <https://elpais.com/diario/1982/03/05/opinion/384130802_850215.html>. [Consulta: 28/07/2021.]

ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, Leire (2020): «La inviolabilidad regia en perspectiva comparada: revisión histórica e interpretaciones contemporáneas», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 46, 403-430.

ESPIGADO GUEDES, Diego (2020): «La inviolabilidad (irresponsabilidad) del rey emérito por hechos presuntamente delictivos cometidos durante su jefatura del Estado», *Diario La Ley*, núm. 9630.

FARALDO CABANA, Patricia (2000): *Las causas de levantamiento de la pena*, Valencia: Tirant lo Blanch.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús (2021): «La titularidad de la Jefatura del Estado como causa personal funcional de exención de responsabilidad penal», *Diario La Ley*, núm. 9770, de 14 de enero.

FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, Manuel (2014): «Una ley específica para un acto concreto», *El Mundo* (10/06/2014), [en línea], <<https://www.elmundo.es/opinion/2014/06/10/53975910ca474162118b457c.html>> [Consulta: 28/07/2021.]

– (2020): «El Rey y el Derecho», *elDerecho.com* (18/08/2020), [en línea], <<https://elderecho.com/el-rey-y-el-derecho>>. [Consulta: 28/07/2021.]

FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (1984): «Del intento de ampliar el ámbito material de la inmunidad parlamentaria a determinados procedimientos civiles», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 12, 9-21.

– (1989): «Artículo 71. Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias», en Óscar Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, t. VI, Madrid: Edersa, 303-385.

– (1995): «Inviolabilidad parlamentaria», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Madrid: Civitas.

– (2001): «Inviolabilidad parlamentaria», en Manuel Aragón Reyes (dir.) y César Aguado Renedo (coord.), *Temas básicos de Derecho Constitucional. Tomo II. Organización del Estado*, Madrid: Civitas, 3759-3761.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (2011): «La doctrina constitucional sobre las prerrogativas parlamentarias en España», *Foro. Nueva Época*, núm. 14/2011, 13-72.

GALERA VICTORIA, Adoración (2015): «Las demandas de filiación y la Corona. Reflexiones sobre la inviolabilidad regia. El acceso a la jurisdicción y la igualdad entre los hijos», *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 319-340.

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad (2016), «Las Cortes Generales: nuevos roles y transformación de funciones», en Teresa Freixes Sanjuán y Juan Carlos Gavara de Cara (coords.), *Repensar la constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica. Parte primera*, Madrid: BOE, [en línea], <https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2016-51>, 101-130. [Consulta: 28/07/2021.]

GARCÍA LÓPEZ, Eloy (1989): *Inmunidad parlamentaria y estado de partidos*, Madrid: Tecnos.

GARCÍA MAJADO, Patricia (2021): «Significado y alcance de la inviolabilidad del Rey», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 47, 357-381.

GARCÍA-PUENTE LLAMAS, José (1981): «Nuestra concepción de las excusas absolutorias», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXIV, 81-98.

- GARCÍA RIVAS, Nicolás (2020), «Respeto a la Constitución e inviolabilidad del Rey», *El Diario Vasco* (09/08/2020).
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos (2016): «La corrupción política en la reforma constitucional y la lucha contra la inmunidad del poder», en *Repensar la constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica. Parte segunda*, Madrid: BOE, [en línea], https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2018-82, 127-161. [Consulta: 28/07/2021.]
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2007): «Los privilegios penales de la familia real», *El Mundo* (01/08/2007), puede consultarse en *Diario del Derecho* (02/08/2007), [en línea], <https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1024306&titulo=&texto=gimbern+ordeig>. [Consulta: 28/07/2021.]
- (2012): «La inviolabilidad del Rey», *El Mundo* (13/12/2012), puede consultarse en *Diario del Derecho* (02/08/2007), [en línea], <https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1106316&titulo=&texto=%22inviolable%22+y+%22rey%22>. [Consulta: 28/07/2021.]
- (2021): «¿Hasta dónde llega la inviolabilidad del Rey? », en Ángeles Jareño Leal y otros (coords.), *Las garantías penales. Un homenaje a Javier Boix Reig*, Madrid: Iustel, 193-214.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel (1982): «La inviolabilidad y la inmunidad parlamentaria», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 64, 25-75.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (2009): «Sobre aforamientos y principio de igualdad», *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 499-537.
- (2016): «Privilegios procesales inconstitucionales e innecesarios en la España democrática del siglo XXI: el sorprendente mantenimiento de la institución del aforamiento», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 239-275.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis e Iñaki ESPARZA LEIBAR (2009): *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales (estudio particularizado teórico-práctico sobre los privilegios procesales de los altos cargos, autoridades y funcionarios públicos en el proceso penal español y en el Derecho comparado)*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GÓMEZ DE LIAÑO, Javier (2014): «De inmunidades y otras ventajas “reales”», *El Mundo* (18/06/2014), puede consultarse en *Diario del Derecho* (18/06/2014), [en línea], <https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1128643&titulo=&texto=%22inviolable%22+y+%22rey%22>. [Consulta: 28/07/2021.]
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (2016): «Una Ley Orgánica de desarrollo del Título II: Primera propuesta de reforma constitucional», en Teresa Freixes Sanjuán y Juan Carlos Gavara de Cara (coords.), *Repensar la constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica. Parte primera*, Madrid: BOE, 75-99, [en línea], <https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2016-51>. [Consulta: 28/07/2021.]
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y María Luisa CUERDA ARNAU (1997): «Aproximación al Derecho penal parlamentario: inviolabilidades», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 1, 101-115.
- GRUPO DE ESTADOS CONTRA LA CORRUPCIÓN —«GRECO»— (2019): *Quinta ronda de evaluación. Prevención de la corrupción y promoción de la integridad en Gobiernos centrales (altas funciones ejecutivas) y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Informe de evaluación. España (adoptado por el GRECO en su 83ª sesión plenaria. Estrasburgo, 17-21 de junio de 2019)*, [en línea], <<https://rm.coe.int/quinta-ronda-de-evaluacion-prevencion-de-la-corrupcion-y-promocion-de-168098c693>>. [Consulta: 28/07/2021.]
- JARÍA I MANZANO, Jordi (2015): «El marco constitucional del Derecho Penal», en Gonzalo Quintero Olivares (dir.) y Jordi Jaría i Manzano (coord.), *Derecho Penal Constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 135-187.
- LASCURÁIN, Juan Antonio (2020): «¿Es inviolable el rey emérito?», *Almacén del Derecho* (22/03/2020), [en línea], <<https://almacenederecho.org/es-inviolable-el-rey-emerito>>. [Consulta: 28/07/2021.]
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y Lourdes RUIZ (1988): *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias*, Madrid: Akal.

- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo (1985): «Las garantías de los miembros del Parlamento Vasco», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 46-47, 237-288.
- (2020): «Las garantías parlamentarias en la experiencia constitucional española», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 108, 131-175.
- LLABRÉS FUSTER, Antoni (2020): «“The King can do no wrong” al segle XXI?», *Ara Balears* (10/07/2020), [en línea], <https://www.arabalears.cat/opinio/the-king-wrong-segle-xxi-antoni-llabres-fuster_1_1115527.html>. [Consulta: 28/07/2021.]
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (2018): «El estatuto jurídico de la Corona», *Cuestiones polémicas del Derecho penal español en el siglo XXI*, Madrid: Reus Editorial, 355-379.
- MARTÍN DE LLANO, María Isabel (2006): «Inmunidad parlamentaria versus igualdad ciudadana», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, 321-334.
- MARTÍN PALLÍN, José Antonio (2012): «La inviolabilidad del rey», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 854/2012, [en línea], <<https://www.legaltoday.com/opinion/la-cara-y-la-cruz/la-inviolabilidad-del-rey-2012-12-19/>>. [Consulta: 28/07/2021.]
- (2018): «Sobre inmunidad y privilegios», *Revista Contexto*, núm. 178 (18/07/2018), [en línea], <<https://ctxt.es/es/20180718/Firmas/20866/inviolabilidad-rey-emerito-Juan-Carlos-monarquia-Jose-Antonio-Martin-Pallin.htm>>. [Consulta: 28/07/2021.]
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1984): «El amplio margen de libertad en el uso de los privilegios parlamentarios y su incidencia sobre los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11, 121-137.
- MARTÍNEZ ELIPE, León (2002): «Reflexiones sobre la inviolabilidad, inmunidad y aforamiento», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 55, 29-58.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa (1990): «Fundamento y límites constitucionales a la inmunidad parlamentaria», *Estudios Penales y Criminológicos*, XIII, 239-266.
- MERINO MECHÁN, José E. (2008): «Fuero judicial aplicable a la filiación extramatrimonial y a los actos testamentarios del Rey», *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 71-72, 349-394.
- MIR PUIG, Santiago (¹⁰2015): *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor: Barcelona.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (coord.) (2020): *Memento Penal*, Madrid: Lefebvre-El Derecho.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN (¹⁰2019): *Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo (³2016): *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal. La ley penal*, Madrid: Dykinson.
- PASCUA MATEO, Fabio Antonio (2020): «Nuevos (y necesarios) límites a las Comisiones de Investigación: competencias autonómicas y la inviolabilidad del Rey. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 111/2019, de 2 de octubre. [BOE núm. 262, de 31 de octubre de 2019]», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 108, 429-441.
- PERIS RIERA, Jaime (1988): *Prerrogativas parlamentarias y parlamentos autónomos (consideraciones legales y doctrinales)*, Valencia: Serie «Papeles de práctica forense», núm. 3.
- PORTERO GARCÍA, Luis (1979): *Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias*, Málaga: Universidad de Málaga.
- (1982): «La responsabilidad del jefe del Estado», *Revista General de Derecho*, núm. 448-449, 1-12.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2012): «¿Nos representan o no?», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 46, 93-109.
- (2014a): «Inviolabilidad, inmunidad y aforamiento, ¿garantías o privilegios?», *elDiario.es*, [en línea], <https://www.eldiario.es/agendapublica/nueva_politica/prerrogativas-privilegios_1_4788162.html>. [Consulta: 28/07/2021.]
- (2014b): «La calidad de la democracia», *Pensamiento Crítico*, [en línea], <<http://www.pensamiento-critico.org/migpre0314.htm>>. [Consulta: 28/07/2021.]

- (2015): «¿Prerrogativas o privilegios parlamentarios?», [en línea], <<https://www.publico.es/opinion/prerrogativas-o-privilegios-parlamentarios.html>>. [Consulta: 28/07/2021.]
- (2017): «Algunos apuntes sobre la calidad de la democracia», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 28, [en línea], <https://www.ugr.es/~redce/REDCE28/articulos/11_PRESNO.htm#38bis>. [Consulta: 28/07/2021.]
- (2019): «¿La inviolabilidad del Rey le preserva de cualquier tipo de censura?», *El derecho y el revés* (18/07/2019), [en línea], <<https://presnolinera.wordpress.com/2019/07/18/la-inviolabilidad-del-rey-le-preserva-de-cualquier-tipo-de-censura/>>, [Consulta: 28/07/2021.]
- (2020a): «¿Están excluidos el Rey y el “Rey emérito” de cualquier tipo de censura o control de sus actos?», *El derecho y el revés* (06/03/2020), [en línea], <<https://presnolinera.wordpress.com/2020/03/06/estan-excluidos-el-rey-y-el-rey-emerito-de-cualquier-tipo-de-censura-o-control-de-sus-actos/>>, [Consulta: 28/07/2021.]
- (2020b): «¿Puede investigar el Congreso de los Diputados algunas “actividades” de Juan Carlos de Borbón posteriores a su abdicación?», *El derecho y el revés* (17/06/2020), [en línea], <<https://presnolinera.wordpress.com/2020/06/17/puede-investigar-el-congreso-de-los-diputados-algunas-actividades-de-juan-carlos-de-borbon-posteriores-a-su-abdicacion/>>, [Consulta: 28/07/2021.]
- (2021): «Sobre la decisión de la Mesa del Congreso en relación con la “creación de una Comisión de investigación sobre el uso de tarjetas de crédito opacas por parte del Rey emérito, con posterioridad a su abdicación, con cargo a fondos procedentes del extranjero”», *El derecho y el revés* (14/01/2021), [en línea], <<https://presnolinera.wordpress.com/2021/01/14/sobre-la-decision-de-la-mesa-del-congreso-en-relacion-con-la-creacion-de-una-comision-de-investigacion-sobre-el-uso-de-tarjetas-de-credito-opacas-por-parte-del-rey-emerito-con-posterioridad-a-su-ab/>>, [Consulta: 28/07/2021.]

PUNSET BLANCO, Ramón (1981): «Sobre la extensión del ámbito personal de las prerrogativas parlamentarias», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, 93-119.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2020): «Para una Ley de la Corona», *Almacén del Derecho* (11/08/2020), [en línea], <<https://almacendederecho.org/para-una-ley-de-la-corona>> [Consulta: 28/07/2021.]

RODRÍGUEZ ARRIBAS, Ramón (2020): «Garantía justificada», *El Mundo* (24/06/2014), puede consultarse en *Diario del Derecho* (24/06/2014), [en línea], <https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1128796&titulo=&texto=%22inviolable%22+y+%22rey%22>. [Consulta: 28/07/2021.]

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (2018): «Artículo 56», en Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y María Emilia Casas Baamonde (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Tomo I, [en línea], <https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2018-94_1>, Madrid: Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, 1555-1569. [Consulta: 28/07/2021.]

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: «Inviolabilidad del Rey», en Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, Madrid: Revista de Derecho Privado.

- (2020): «¿Podría ser procesado el Rey emérito?», *El País* (20/03/2020), puede consultarse en *Diario del Derecho* (20/03/2020), [en línea], <https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1196202&titulo=&texto=%22inviolable%22+y+%22rey%22>. [Consulta: 28/07/2021.]

RUIZ ROBLEDO, Agustín (2013): «Lo sustancial y lo secundario en la Monarquía», *El País* (06/06/2013), puede consultarse en *Diario del Derecho* (06/06/2013), [en línea], <https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1114176&titulo=&texto=%22inviolable%22+y+%22rey%22>. [Consulta: 28/07/2021.]

SÁNCHEZ MELGAR, Julián (2013): *Inviolabilidad e inmunidad de Diputados y Senadores. Derecho procesal parlamentario: Excepciones al régimen ordinario de protección de los derechos de los ciudadanos*, Madrid: La Ley.

SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando (2018): «Artículo 71», en Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y María Emilia Casas Baamonde (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Tomo

II, [en línea], https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2018-94_2, Madrid: Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, 97-113. [Consulta: 28/07/2021.]

– (2000): «Encuesta sobre determinados status privilegiados por la Constitución», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, 11-41.

SECRETARÍA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (1912): *Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias. Congreso-Senado. 1810-1911. Preceptos constitucionales y reglamentarios. Casos discutidos y resueltos. Recopilación de opiniones y doctrinas sustentadas en las Cámaras españolas. Legislación extranjera*, dirigida por Antonio Gamoneda, 2 tomos, Madrid.

SERRA CRISTÓBAL, Rosario (2002): «Las responsabilidades de un jefe de Estado», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 115, 155-181.

SERRANO ALBERCA, Manuel (2013): «La abdicación y sus derivas jurídicas», *El País* (04/04/2013), puede consultarse en *Diario del Derecho* (04/04/2014), [en línea], <https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1128034&titulo=&texto=%22inviolable%22+y+%22rey%22>. [Consulta: 28/07/2021.]

SORIANO, Ramón (2002): «La inmunidad de los parlamentarios: más privilegio que garantía», *Jueces para la Democracia*, núm. 43, 28-33.

TORRES DEL MORAL, Antonio (2012a): «La singularidad requiere trato específico», *El Mundo* (30/10/2012), puede consultarse en *Diario del Derecho* (30/10/2012), [en línea], <https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1105884&titulo=singularidad&texto=>>. [Consulta: 28/07/2021.]

– (2012b): «Inviolabilidad del Rey», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 854/2012, [en línea], <<https://www.legaltoday.com/opinion/la-cara-y-la-cruz/la-inviolabilidad-del-rey-2012-12-19/>>. [Consulta: 28/07/2021.]

– (2013): «Libertad de comunicación pública y secreto de los parlamentarios: inviolabilidad y secreto», *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 28, 11-54.

– (2020): «Protección jurídica para un Rey», *El Mundo* (15/07/2020), puede consultarse en *Diario del Derecho* (15/07/2020), [en línea], <https://www.iustel.com//diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1200576&popup=>>. [Consulta: 28/07/2021.]

VELASCO MOLPECERES, Ana María (2018): «Monarquía y medios de comunicación: de la Transición a Corinna zu Sayn-Wittgenstein», *Observatorio (OBS) Journal*, [en línea], <<http://obs.obercom.pt/index.php/obs/article/view/1203>>, 122-137. [Consulta: 28/07/2021.]

VIANA BALLESTER, Clara (2004): «La inviolabilidad de los Magistrados del Tribunal Constitucional. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, sala 1ª, de 22 de enero de 2004», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 12, 235-249.

– (2005): «La inviolabilidad parlamentaria: a caballo entre la consolidación y la reforma», *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Valencia: Universitat de València y Tirant lo Blanch, 817-832.

– (2009): «La no reforma de la inviolabilidad de los Magistrados del Tribunal Constitucional mediante LO 6/2007», en Juan Carlos Carbonell Mateu, José Luis González Cussac y Enrique Orts Berenguer (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Valencia: Tirant lo Blanch.

– (2011): *Inmunidades e inviolabilidades: naturaleza jurídica y concepción dogmática. Especial referencia a la inviolabilidad parlamentaria*, Madrid: Congreso de los Diputados (colección monografías, núm. 84).línea], <<https://theconversation.com/puede-el-rey-emerito-ser-juzgado-142568>>, 122-137. [Consulta: 28/07/2021.]

YUGUEROS PRIETO, Nerea (2021): «Inviolabilidad, inmunidad y aforamiento ¿qué dice la Constitución?», *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 8, 333-351.

SOBRE LAS PRERROGATIVAS PROCESALES ¿ESTÁ JUSTIFICADA
CONSTITUCIONALMENTE LA EXTENSIÓN DEL AFORAMIENTO EN ESPAÑA?
*ON THE PROCEDURAL PREROGATIVES. IS THE EXTENSION OF THE
PRIVILEGED JURISDICTION CONSTITUTIONALLY JUSTIFIED IN SPAIN?*

Gema Rosado Iglesias

*Profesora Titular de Derecho constitucional
Universidad Carlos III de Madrid*

RESUMEN

La Constitución española reconoce las tradicionales prerrogativas parlamentarias y la prerrogativa de aforamiento al presidente y demás miembros del Gobierno, sin más. Diferentes leyes, estatales y autonómicas han extendido el aforamiento a otras autoridades y determinados funcionarios públicos, provocando así una extensa nómina de personas aforadas, y ocupando un lugar destacado en los debates mediáticos y en las propuestas políticas de regeneración democrática. Este Debate ha cuestionado seriamente la justificación y el alcance del aforamiento en nuestro país. Estas son las cuestiones que constituyen el objeto de este trabajo, que concluye con la propuesta de reconsiderar las prerrogativas, en especial la de aforamiento, tanto en términos cuantitativos como en términos del ámbito protegido por la misma, a fin de reconducir la institución a unos términos que la hagan compatible con el conjunto del sistema constitucional.

PALABRAS CLAVE

Prerrogativas constitucionales, privilegios parlamentarios, inviolabilidad, inmunidad, aforamiento.

ABSTRACT

The Spanish Constitution recognizes some traditional parliamentary privileges and extends one of them, in particular the privileged jurisdiction, to Prime Minister and other Government Ministers. That is all. Then, different Acts, state and federal, extend the privilege jurisdiction to other authorities and certain government employees. So actually the number of protected persons for the privilege jurisdiction is too extensive, and occupies a prominent place in media debates and political proposals for a democratic regeneration in Spain. These questions represent the aim of this work. The debate calls in question the nature, foundation, and subjective sphere, and reach a conclusion about its need to review the privileged jurisdiction, reducing the institution to ensure the best adaptation to whole constitutional system.

KEY WORDS

Constitutional prerogative, parliamentary privileges, freedom of speech (inviolability), freedom from arrest (immunity), privileged jurisdiction.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2021.023>

SOBRE LAS PRERROGATIVAS PROCESALES. ¿ESTÁ JUSTIFICADA CONSTITUCIONALMENTE LA EXTENSIÓN DEL AFORAMIENTO EN ESPAÑA?

Gemma Rosado Iglesias

Profesora Titular de Derecho constitucional
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario: 1. A modo de introducción: en general sobre las prerrogativas constitucionales. 1.1. Planteamiento y presentación. 1.2. Configuración constitucional de las prerrogativas y justificación y sentido actual de las mismas a la luz de la interpretación del Tribunal Constitucional. 2. El aforamiento: regulación, justificación y necesidad actual. 2.1. Regulación del aforamiento e interpretación actual del mismo. 2.2. Extensión legal del aforamiento, polémica sobre la dimensión de la misma, y propuestas de reforma. 2.3. Justificación y necesidad del aforamiento en el actual sistema constitucional. 2.3.1. Argumentos en favor del mantenimiento del aforamiento. 2.3.2. Argumentos en contra del mantenimiento del aforamiento. 2.4. A modo de conclusión: balance y algunos apuntes sobre si es necesario el reconocimiento conjunto de aforamiento e inmunidad de diputados y senadores. Bibliografía.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: EN GENERAL SOBRE LAS PRERROGATIVAS CONSTITUCIONALES

1.1. PLANTEAMIENTO Y PRESENTACIÓN

Nuestra Constitución reconoce en el art. 71 la trilogía clásica de prerrogativas parlamentarias —inviolabilidad, inmunidad y fuero especial— para los diputados y senadores,

protecciones vinculadas tradicionalmente con el parlamentarismo. Junto a estas tres prerrogativas, el art. 102.1 consagra la garantía del aforamiento para el presidente del Gobierno y sus ministros. Son las únicas prerrogativas reconocidas constitucionalmente: el resto están previstas en la ley, autonómica —vía estatutaria— o estatal —como la LOPJ o la LOREG—.

En su interpretación de las prerrogativas constitucionales, el Tribunal Constitucional ha destacado su carácter objetivo, y ha declarado que deben ser aplicadas de acuerdo con un principio de restricción que las haga compatibles con el resto de contenidos constitucionales —singularmente, los derechos fundamentales a la igualdad y a la tutela judicial efectiva con los que pudiera entrar en conflicto— y que aleje la sombra del privilegio de su naturaleza y su aplicación.

Sin perjuicio de las referencias y explicaciones generales precisas, este trabajo pondrá el foco de atención sobre la tercera de las prerrogativas mencionadas, el aforamiento, que hasta tiempos recientes no había sido objeto de una reflexión tan profusa. Basten las líneas que siguen como pauta de presentación y planteamiento de las cuestiones a tratar.

Evocando la práctica parlamentaria inglesa como el origen de las prerrogativas parlamentarias, Pérez Serrano (1984) sostiene que la esencia de los «privilegios parlamentarios» estriba en que son garantías que aseguran el normal desenvolvimiento y la libre actuación de las Cámaras y evitan el temor a las injerencias de otros poderes que pudieran perturbar su funcionamiento. El autor subraya el carácter objetivo de estas instituciones, cuya finalidad se proyecta o concluye en un régimen de garantías especiales y derechos específicos individualmente atribuidos a cada parlamentario (pero al servicio del interés de la Cámara).

Barbera (1999: 55) señala el art. 8 de la Constitución Francesa de 1791 como el origen reciente de la inviolabilidad, pero recuerda que la fuente de tal prerrogativa es el Parlamento inglés, donde fue reivindicado por primera vez en 1397 a consecuencia de la condena a muerte impuesta al diputado Thomas Haxley por criticar a la Corte Real. En 1523, el *speaker* Thomas Moro proclamó la libertad de expresión de los parlamentarios (que será, a partir de entonces, «preciosa» en la lucha contra el absolutismo regio, primero contra Isabel Tudor, después contra los Estuardo), pero fue el *Bill of Rights* de 13 de febrero de 1689, el instrumento que, en su apartado 8, consagró «la libertad de expresión, debate y procedimientos en el Parlamento».

Algunos autores sitúan el origen de las prerrogativas en el proceso revolucionario francés, concretamente durante la autoconstitución de la Asamblea Nacional por el tercer estado, y en la Constitución de 1791; otros atribuyen su nacimiento al parlamentarismo inglés, concretamente al triunfo del Parlamento y el afianzamiento de su posición frente a la Corona tras la Gloriosa Revolución inglesa, y al reconocimiento, de la libertad personal y de la libertad de expresión (*freedom of arrest* y *freedom of speech*) en el *Bill of Rights*. Las prerrogativas son entendidas como una adaptación orientada a matizar el principio absolutista «The King can do not wrong» (Barthélemy).

Sea como fuere, las prerrogativas nacen de la mano del parlamentarismo y, más allá de las lógicas modificaciones que han experimentado según el momento histórico y el con-

texto político, se han mantenido de forma constante en los textos constitucionales de los países de nuestro entorno.

No obstante, como en el resto de la actividad parlamentaria, también se ha producido una notable evolución que, paulatinamente, ha propiciado un mayor control (por de pronto, un control que otrora resultaba impensable de plano) por parte de los tribunales constitucionales de la justificación actual, la delimitación, la determinación del ámbito de protección y la eficacia de las prerrogativas en un momento constitucional, el actual, de consolidación del Estado de Derecho, caracterizado por el sometimiento de todos los poderes públicos al ordenamiento y, particularmente, a la Constitución (como reza nuestro art. 9 CE), por la independencia del poder judicial y la plena vigencia de los derechos fundamentales, una vez constatada la eventual afectación de los mismos por las prerrogativas parlamentarias.

Como se ha dicho, en este proceso de progresiva fiscalización de la actividad parlamentaria —en especial, por lo que aquí interesa, de las prerrogativas parlamentarias— ha contribuido decisivamente el nuevo papel central, vertebrador del ordenamiento, que corresponde a los derechos fundamentales en el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial. La expansión de los derechos —que se ha proyectado no solo en el plano jurídico-constitucional, sino también en el ordenamiento jurídico-privado, y se que ha extendido asimismo al ámbito del Derecho internacional— ha impuesto una reinterpretación de numerosos conceptos dogmáticos clásicos ligados al constitucionalismo: la propia definición y configuración de los derechos fundamentales como libertades negativas o derechos y libertades «contra» el Estado ha sido superada por la agregación de los derechos prestacionales o por el reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos. Se han revisado igualmente algunos aspectos esenciales del Derecho privado (ente ellos, la autonomía de la voluntad en la contratación, los derechos fundamentales en las relaciones laborales, o la interpretación de las libertades económicas y de empresa y el derecho a la propiedad) para acomodarlos a los valores constitucionales.

Esta creciente expansión del ámbito de influencia de los derechos fundamentales también ha llegado a la esfera parlamentaria, de tal modo que, como señala Arce (2005: 85), «[...] el blindaje de los *interna corporis acta* ha devenido ineficaz» frente a la tendencia expansiva de los mismos.

Pues bien, en este orden de cosas, las prerrogativas parlamentarias parecen un terreno propicio para proyectar sobre las mismas esta especial consideración de los derechos fundamentales, así como las funciones de control que al respecto pudieran corresponder al Tribunal Constitucional. Y así ha sido, de tal suerte que las prerrogativas, formuladas en los textos constitucionales conforme a su configuración y naturaleza originarias y sus términos más tradicionales, han sido objeto de una reinterpretación por los tribunales constitucionales orientada compatibilizar su mantenimiento y eficacia con la garantía de los derechos fundamentales, operación hermenéutica en ocasiones riesgosa que ha provocado críticas centradas en la eventual afectación de la función y el rol institucional del Parlamento.

Como ha sostenido Arce (2005: 85), «[...] la irrupción en la esfera parlamentaria del control jurisdiccional, articulado con una lógica en absoluto asimilable a la dialéctica po-

lítica entre mayorías y minorías sobre cuya confrontación gravita la vida toda del Parlamento, genera, si no se le pone algún límite, el riesgo de desnaturalizar el modo de hacer propio de las Cámaras, sostenido en un precario y hasta conflictivo, pero en todo momento consustancial, equilibrio de fuerzas opuestas, que, basado a partes iguales en la voluntad de la mayoría y en la audiencia de la oposición, debería liberar sus tensiones internas por sí misma, sin instrumentos auxiliares que la decanten a favor o en contra de alguno de los contendientes, y llegar a la opinión pública sin anticipar en sede jurisdiccional veredictos que podrán condicionar o conformar la decisión electoral».

Partiendo de estos parámetros, este trabajo no pretende ser un estudio teórico-dogmático de las prerrogativas parlamentarias, temática que ha sido sobradamente tratada por la doctrina y a la que antes he dedicado sendos trabajos (Rosado Iglesias, 2006: 39 ss.; y Rosado Iglesias, 2019: 103 ss.). Trata, más bien, de exponer y analizar la construcción y justificación de una de ellas —el aforamiento— que, hasta el momento, había sido la menos polémica y conflictiva y que, sin embargo, en los últimos tiempos se ha visto seriamente cuestionada tanto por lo que respecta a su mantenimiento, y justificación como a su alcance y su extensión a distintas autoridades no expresamente mencionadas en la Constitución. No obstante, antes de acometer este análisis corresponde hacer una reflexión, siquiera general, sobre la configuración de las prerrogativas reconocidas en la Constitución y su interpretación por el Tribunal Constitucional.

1.2. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS PRERROGATIVAS Y JUSTIFICACIÓN Y SENTIDO ACTUAL DE LAS MISMAS A LA LUZ DE LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El art. 71 CE reconoce a diputados y senadores un conjunto de prerrogativas —como es sabido: la inviolabilidad, la inmunidad y el fuero— que, pese a su especificidad, tienen un fundamento común y guardan una relación de complementariedad, en la medida en que, como ha sostenido el Tribunal Constitucional en la STC 243/1988 (FJ 3), cada una de ellas se proyecta sobre una dimensión diferente: sustantiva (inviolabilidad), procesal (inmunidad) y jurisdiccional (aforamiento).

De ahí que, considerándolas en conjunto, sea posible derivar un estatuto del parlamentario que, al menos, merece ser calificado como exorbitante respecto al régimen común aplicable al resto de los ciudadanos.

En este sentido, García Roca (1999: 251) afirma que «[...] la atribución de miembro del Parlamento a un ciudadano comporta su asunción de una peculiar situación jurídica, dadas las especificidades de ese cargo público, que llegan a configurar un régimen jurídico propio; el ordenamiento interno de una Cámara supone para sus miembros una fuente especial de derechos, deberes y limitaciones que configuran una posición constitucional. En este sentido, puede hablarse de un *status* de los parlamentarios». Por su parte, Fernández Miranda Campoamor (2001: 133), señala que «[...] la condición de parlamentario determina un régimen jurídico especial, el Estatuto de los Parlamentario, que comporta un conjunto de prerrogativas, derechos y deberes vinculados a dicha condición».

Este estatuto garantiza que no responderán (ni penal ni civilmente) por las ideas expresadas en el ejercicio de la función pública para la que han sido elegidos por sus conciudadanos, impide la detención del parlamentario salvo en caso de flagrante delito y exige la previa autorización de la Cámara para el ejercicio de la acción penal (lo que, ciertamente, puede considerarse el núcleo irrenunciable de la inmunidad, art. 71.2 CE) que suministra protección frente a la persecución penal torticera, esto es, instrumentada como arma política con objetivos espurios. En el caso de la que la Cámara otorgue el consentimiento mediante la correspondiente autorización (en nuestro caso, el suplicatorio), el enjuiciamiento corresponde a la Sala Segunda del Tribunal Supremo (art. 71.3 CE).

Este conjunto de garantías conforma lo que podría constituir el contenido esencial de las prerrogativas más extendido en el Derecho comparado reflejado en mayor medida nuestro constitucionalismo histórico. A pesar de estos contenidos comunes, cada país presenta sus propias particularidades, de modo que existen tantos ejemplos como los que están reconocidos en los distintos ordenamientos, y hay, por tanto, diferencias que afectan fundamentalmente a los límites de las prerrogativas, a la determinación de los supuestos que quedan amparados por sus efectos protectores frente a los que quedan excluidos del ámbito de cobertura, al procedimiento de aplicación y a los efectos de aquellas.

Sean como sean estas prerrogativas, en la configuración actual del Estado constitucional democrático y de Derecho, son cada vez más numerosas las voces críticas que, o bien cuestionan directamente el mantenimiento en los actuales textos constitucionales de unas prerrogativas que encontraron su fundamento y justificación en un momento histórico concreto cuyos postulados han sido superados, o bien abogan por su redefinición y restricción constitucional.

Con todo, tanto el constituyente español de 1978 como los de nuestro entorno no dudaron, en su día, en dar acogida en los textos constitucionales a estas instituciones clásicas en un momento en el que su justificación conforme a los principios y razones que llevaron a su creación o bien no existían, o bien eran sumamente débiles. De ahí que los tribunales constitucionales hayan realizado una labor de interpretación de las mismas de acuerdo con el conjunto de los contenidos constitucionales, compatible, pues, con los postulados del Estado de Derecho y la garantía y protección de los derechos fundamentales. Esta labor se ha traducido en una interpretación restrictiva de las prerrogativas parlamentarias que constriñe su aplicación a los términos más estrictos y que al mismo tiempo potencia la eficacia de los derechos fundamentales que pudieran verse afectados.

Pues bien, aunque esta interpretación restrictiva de las prerrogativas parlamentarias sea ampliamente compartida, no han dejado de señalarse las consecuencias de ciertas intervenciones del Tribunal Constitucional en este ámbito, en la medida en que implica la sustitución de los principios y valores esenciales de la norma «[...] por la libérrima voluntad del intérprete u operador jurídico» (Alba Navarro, 1996: 3) al incorporar a aquella elementos que no recoge, así como la potencial invasión de competencias parlamentarias.

Esta visión restrictiva, que pretende compatibilizar la existencia de las prerrogativas con el respeto y protección de los derechos —especialmente, la tutela judicial efectiva— fue asumida tempranamente por nuestro Tribunal Constitucional, que ha procedido a su

concreción a partir de la vinculación de las prerrogativas con la defensa de la institución parlamentaria. Esta interpretación institucional, funcional, de las prerrogativas parlamentarias constituye el fundamento común de todas ellas, sin perjuicio de que su aplicación en cada caso posea las connotaciones propias de la prerrogativa específica.

Evocando los expresivos términos del TC, «[...] se justifican en cuanto son condiciones de posibilidad del funcionamiento eficaz y libre de la institución» (ATC 526/1986) que garantizan la libertad e independencia de la institución parlamentaria. Las prerrogativas no se confieren como privilegios, es decir, como derechos personales, sino en sentido objetivo, como derechos reflejos de los que goza el parlamentario en su condición de miembro de la Cámara (SSTC 243/1988 (FJ 3) y 9/1990 (FJ 3)).

Ello significa que las prerrogativas parlamentarias garantizan: *i*) que la opinión se expresa libremente en las intervenciones de los parlamentarios, en el debate para la adopción de decisiones, y, consecuentemente, en la formación de la voluntad política, tal y como ha sido querido por el cuerpo electoral (inviolabilidad); *ii*) que la composición de la Cámara parlamentaria no se ve alterada por la utilización torticera del proceso penal por terceros ajenos al órgano parlamentario cuyos intereses no responden a los expresados por la ciudadanía (inmunidad); y *iii*) que los diferentes poderes ejercen sus competencias con independencia, esto es, que desempeñan sus funciones sin estar sometidos a injerencias de los otros poderes del Estado. Y todo ello no solo es una forma de protección del Parlamento y de su alta función, sino también del poder judicial (aforamiento).

En palabras del Tribunal Constitucional: «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 solo se justifican en cuanto son condición de posibilidad del funcionamiento eficaz y libre de la institución» (SSTC 243/1988 (FJ 3) y 9/1990 (FJ 3), criterio sostenido con anterioridad en el ATC 526/1986]). Como son privilegios obstaculizadores del derecho a la tutela judicial efectiva, «[...] solo consienten una interpretación restrictiva» (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 todo criterio que propicie una utilización injustificada de las mismas que provoque la privación de la vía procesal prevista en la ley (STC 243/1988 (FJ 3)).

Ahora bien, las prerrogativas también integran el contenido del derecho fundamental del art. 23 CE en relación con los parlamentarios, de modo que «[...] pueden ser reivindicadas a través de este proceso constitucional, en cuanto se incorporan sin mayor dificultad al contenido del derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE» (STC 22/1997, de 11 de febrero (FJ 2), que reitera jurisprudencia anterior).

Esta consideración de la prerrogativa como contenido de un derecho fundamental no supone una merma de su concepción como un derecho atribuido al parlamentario para proteger y garantizar la propia institución de la que forma parte, esto es, el Parlamento. De otra forma, la protección que la prerrogativa brinda al parlamentario trasciende al mismo para proyectarse y traducirse sobre el objetivo último tutelado, la garantía del Parlamento y, de forma refleja, mediata, al representante, dado que la prerrogativa se aplica a través de su

mediación. En definitiva, la prerrogativa solo se justifica en el plano subjetivo por y hasta donde es necesaria para obtener la finalidad perseguida. En otros términos, la dimensión subjetiva de las prerrogativas está, en función de la dimensión objetiva-institucional, al servicio de esta última.

Como corolario de esta interpretación objetivada, institucional, las prerrogativas quedan circunscritas en su aplicación al ámbito más estricto; se promueve, pues, una interpretación *restrictiva de las mismas, reductora de privilegios y protectora de derechos, tendente a contraer las prerrogativas y proteger los derechos de terceros, en especial la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)*; se trata de una interpretación que pone de relieve la necesidad de recurrir a la ponderación y al principio de proporcionalidad para proceder a la resolución del eventual conflicto entre las prerrogativas, de un lado, y los derechos fundamentales, de otro.

En este orden de cosas, y aun asumiendo como premisa que los dos elementos de la contraposición están reconocidos en la Constitución —sin que corresponda establecer una relación de jerarquía entre los mismos—, el TC atribuye en principio mayor valor a los derechos fundamentales, aunque con ello sufra el texto constitucional, que consagra las prerrogativas parlamentarias y, por supuesto, estas y los derechos del representante, así como la propia posición de las Cámaras, que puede quedar seriamente debilitada.

Ejemplos de lo anterior se encuentran en las SSTC 90/1985, en la el Tribunal Constitucional declara que «[...] la inmunidad parlamentaria no puede concebirse como un privilegio personal, esto es, como un instrumento que únicamente se establece en beneficio de las personas de diputados o senadores, al objeto de sustraer sus conductas del conocimiento o decisión de jueces y tribunales. La existencia de tal tipo de privilegios pugnaría, entre otras cosas, con los valores de “justicia” e “igualdad” que el art. 1.1 CE reconoce como “superiores” de nuestro ordenamiento jurídico. La inmunidad, como el resto de prerrogativas establecidas en el art. 71 CE, se justifica en atención al conjunto de funciones parlamentarias respecto a las que tiene, como finalidad primordial, su protección [...]» (FJ 6), así como en la ya citada STC 51/1986.

Entendido así el fundamento y mantenimiento actual de las prerrogativas, estas han de desplegar sus efectos sobre todos aquellos supuestos en los que el cumplimiento de la función constitucional del Parlamento sea puesto en riesgo, pero no más allá. En caso contrario, una extensión desmedida del ámbito de las prerrogativas supondría su transformación en privilegios no justificables en el actual Estado democrático y de Derecho.

Seguendo con la argumentación del Tribunal Constitucional, este ha declarado que «[...] las prerrogativas parlamentarias son “sustracciones al Derecho común conectadas a una función”, y solo en tanto esta función jurídica se ejerza, pueden considerarse vigentes [...], la legitimidad de la garantía se ha de reconocer, en la medida en la que su estructura la haga adecuada a su objetivo “sin que en ningún caso pueda ser desvirtuada para convertirla en origen de privilegio”» (STC 51/1985 (FJ 6)).

Consecuentemente, «[...] las prerrogativas parlamentarias han de ser interpretadas estrictamente a partir de una comprensión del sentido de la prerrogativa misma y de los fines que esta procura, esto es, tanto en el sentido lógico de sujeción a los límites objetivos que le impone la Constitución, como en el teleológico de razonable proporcionalidad al fin al

que responden», con lo cual la resolución de cada concreto supuesto se hace depender de que «[...] la observancia de la prerrogativa cuestionada se cohoneste con la finalidad a la que sirve» (SSTC 123 y 124/2001 (FJ 4, en ambas resoluciones), que reiteran la doctrina anteriormente establecida en las SSTC 51/1985, 243/1988 y 22/1997).

Esta doctrina jurisprudencial restrictiva se refleja de forma especialmente destacada (al menos, es la que ha despertado mayor interés doctrinal y ha sido objeto de más críticas) en la exigencia de motivación razonable impuesta por el Tribunal Constitucional al Congreso y el Senado en relación con la denegación de la autorización parlamentaria para proceder penalmente, exigencia que ha introducido en la figura del suplicatorio un elemento ajeno, hasta ahora, a la tradición constitucional española. De hecho, como consecuencia de esta exigencia, la doctrina jurisprudencial ha limitado —casi anulado— las correspondientes facultades parlamentarias al someter la motivación a unos requisitos que prácticamente predeterminan la decisión parlamentaria. Así lo entiende Alba Navarro (1996:4). Por su parte, González Cussac y Cuerda Arnau (199: 105) hacen referencia «[...] a la intromisión o extralimitación en que el propio Tribunal Constitucional ha incurrido sobre todo en inmunidad».

Paralelamente, el Tribunal Constitucional no puede negar que el Parlamento es un órgano que ejerce funciones políticas, y que, en la mayoría de las ocasiones, decide según criterios de valoración política o de oportunidad (no así en las decisiones de naturaleza administrativa), sin que esto quiera decir que el recurso a tales criterios convierta sus decisiones necesariamente en arbitrarias, injustas o no justificadas, y todo ello cabe y es posible en el pleno respeto a los dictados constitucionales, a los que como el resto de los poderes públicos está sometido también el Parlamento (art. 9 CE).

Por ello, el Tribunal no duda en admitir que la interpretación sistemática de los preceptos constitucionales que consagran derechos fundamentales y los que disponen los «privilegios funcionales, conduce a atribuir a las Cámaras y a sus miembros un amplio margen de libertad en el uso de los privilegios, pues su finalidad es asegurar el buen funcionamiento de las instituciones parlamentarias cuya importancia en un sistema democrático es decisiva, entre otras cosas, para la defensa de los mismos derechos fundamentales». Sin que ello excluya el control del Tribunal Constitucional «de la eventual incidencia que sobre los derechos fundamentales y libertades públicas de las personas, pudieran tener los 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» (Auto 147/1982).

Esta última afirmación sitúa al TC en la tesitura de decidir entre el derecho fundamental y la prerrogativa parlamentaria, una oposición entre que también puede leerse en clave institucional: el TC asumiría el papel de árbitro en un conflicto entre Parlamento y poder judicial (Martín-Retortillo (1994: 21).

Pero las prerrogativas parlamentarias no son las únicas que reconoce la Constitución. En concreto, el art. 102.1 CE extiende el aforamiento penal (la responsabilidad criminal, en los términos constitucionales) ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo al presidente y los demás miembros del Gobierno.

Por su parte, la LOPJ ha extendido también notablemente el aforamiento a los diputados y miembros de los ejecutivos autonómicos (cuando así lo reconozcan los estatutos de autonomía respectivos), a otras altas autoridades del Estado (Defensor del Pueblo, vocales del Consejo General del Poder Judicial, entre otros muchos) y, más recientemente, al rey emérito y su consorte: la Ley Orgánica 4/2014, de 11 de julio, complementaria de la Ley de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa por la que se modifica la LOPJ, introduce un nuevo art. 55 bis LOPJ que atribuye la competencia para conocer de las causas civiles y penales referidas al rey abdicado, por hechos posteriores a su abdicación, al Tribunal Supremo, y ello, según la propia exposición de motivos de la Ley, atendiendo a la dignidad de la figura de quien ha sido rey de España. Las mismas razones llevan a extender este aforamiento a la reina consorte, o al consorte de la Reina, a la princesa o príncipe de Asturias y consorte, y al consorte del rey o de la reina que hubieran abdicado.

El aforamiento también se ha extendido vía LOREG a los diputados europeos españoles del Parlamento Europeo, en consonancia con el Derecho europeo en la materia, y a los colectivos de jueces y magistrados, fiscales, y miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Todo lo anterior ha incrementado el elenco de sujetos aforados en nuestro país hasta límites cuantitativos desconocido e incomparables, por su desmesura, con los países de nuestro entorno.

Precisamente a esta prerrogativa, el aforamiento, dedicaremos las siguientes reflexiones. Tras una exposición general de su regulación, se analizarán su justificación y mantenimiento en los términos actuales y su extensión, finalizando con unas reflexiones conclusivas.

2. EL AFORAMIENTO: REGULACIÓN, JUSTIFICACIÓN Y NECESIDAD ACTUAL

2.1. REGULACIÓN DEL AFORAMIENTO E INTERPRETACIÓN ACTUAL DEL MISMO

El párrafo 3 del art. 71 CE incorpora la tercera y última de las prerrogativas que constituyen el núcleo del llamado estatuto del parlamentario (formado por los derechos, privilegios y garantías específicos de los miembros de las Cámaras representativas), a saber, la garantía de fuero o aforamiento. Esta prerrogativa añade una postrer dimensión protectora a ese conjunto de tres elementos que, actuando de forma autónoma y con sus contornos y consecuencias propios, son, sin duda, y así lo ha señalado oportunamente el Tribunal Constitucional, complementarios (STC 243/1988).

Si la inviolabilidad tiene un carácter material y la inmunidad se proyecta en el plano procesal y se erige como un obstáculo al procesamiento, la garantía de fuero supone una garantía específica para determinar el órgano judicial competente para el conocimiento de las causas seguidas contra diputados y senadores, que la Constitución atribuye directamente a la Sala Segunda del Tribunal Supremo (art. 71.3 CE), modulándose, en tal medida, que no conculcándose, las reglas generales previstas por el ordenamiento para determinar la competencia de los órganos judiciales en el proceso penal. Esta modificación no es la única exis-

tente en nuestro ordenamiento: existen similares previsiones respecto a los magistrados del Tribunal Constitucional (art. 26 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) o para el Defensor del Pueblo y sus adjuntos (art. 6 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo), y ha llegado a generalizarse en los estatutos de autonomía en relación con los parlamentarios de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas. Esta práctica vio refrendada su constitucionalidad en la STC 36/1981, en la que el TC sostuvo que una previsión de este tipo tiene cabida en el ámbito autonómico pero que, en su caso, debería establecerse en la norma institucional básica —a la sazón, el estatuto de autonomía— y que, por tanto, no podría ser adoptada en una ley ordinaria al efecto.

La justificación de esta atribución específica y especial de competencia al Tribunal Supremo ha de buscarse nuevamente en la función institucional de las prerrogativas, que, en este caso, se identifica con la protección de la institución parlamentaria, de su funcionamiento independiente —ajeno a las perturbaciones e injerencias que pudieran derivar de la actuación de los otros poderes y órganos del Estado—, pero también, y muy notablemente, en la independencia y ejercicio sin presiones de la función jurisdiccional, en definitiva la independencia del poder judicial que nuestra Constitución consagra como elemento principal y configurador de su estatus entre los poderes e imprescindible para el cumplimiento de su función constitucional (art. 117 CE) [STC 22/1997 (FJ 7)].

Desde esta perspectiva, la alteración de fuero (esto es, de las normas generales que determinan la competencia y el procedimiento de conocimiento de los tribunales) que implica el art. 71.3 CE evidencia de forma más clara que en el caso de las otras dos prerrogativas parlamentarias —la inviolabilidad y la inmunidad— la función de garantía de la separación y del equilibrio entre poderes que Martín-Retortillo (1994: 53-54) atribuye a las prerrogativas parlamentarias.

Aunque no han faltado resoluciones del Tribunal Constitucional en la materia, lo cierto es que su justificación, contenido y delimitación constitucional se ha mostrado, hasta el momento, menos conflictiva. De hecho, ha sido la prerrogativa que ha causado menos quebrantos al TC, la menos abordada por la doctrina hasta hace relativamente poco tiempo, al menos por la constitucionalista, que normalmente se acerca a la misma desde un punto de vista complementario del análisis de la inmunidad, y la que hasta momentos recientes ha despertado menos críticas y suspicacias.

Con todo, el gobierno socialista propuso en septiembre de 2018 la aprobación de una reforma constitucional para proceder a la limitación del aforamiento, propuesta que, después de su anuncio, no se ha concretado, más allá de las declaraciones generales relativas a su finalidad y a la circunstancia de que también pudiera afectar al ámbito de la inmunidad.

Precisamente al ámbito de la restricción y la limitación del aforamiento se refería la encomienda del Gobierno dirigida al Consejo de Estado, por acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de septiembre de 2018, de elaboración de una propuesta de reforma constitucional, que fue aprobada por el Pleno del órgano consultivo en la sesión de 15 de noviembre de 2018 y a la que más adelante se hará referencia. Baste ahora señalar que la misma proponía la introducción de un inciso de restricción, de limitación funcional «[...]

en el ejercicio de las funciones propias del cargo» en los arts. 71.3 y 102.1 CE (Consejo de Estado, 2018: 26).

Volviendo a la regulación vigente, la primera y más directa consecuencia de esta prerrogativa es la modificación de las reglas de competencia de los tribunales, que supone el reconocimiento de fuero específico y concluye en un efecto negativo para el propio parlamentario. Dado que es juzgado por el Tribunal Supremo, es decir, el órgano jurisdiccional de máximo rango jerárquico en todos los órdenes (art. 123.1 CE), el diputado o senador ve impedido su derecho al doble enjuiciamiento (doble instancia); derecho al doble grado de jurisdicción que en materia penal, como es sabido, integra el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 76/1983). No obstante, esta restricción de los derechos del parlamentario estaría justificada constitucionalmente.

No lo entiende así la jurisprudencia europea, que ha condenado a España por violación del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, para nuestro Tribunal Constitucional, si bien el citado precepto internacional forma parte del Derecho interno, no puede crear por sí mismo un recurso inexistente en nuestro ordenamiento. En todo caso, ha habido varios Proyectos de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial orientados a la creación de una Sala de Apelación en la Sala Segunda del Tribunal Supremo que conozca los recursos de apelación frente a resoluciones dictadas en este tipo de procedimientos, dando así «cumplimiento» a lo declarado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y estableciendo la doble jurisdicción también en estos casos.

Como ha señalado el TC, el privilegio de fuero es respetuoso con el derecho al juez predeterminado por la ley (STC 68 y 69 de 2001, de 17 de marzo (FJ 2 b), que resumen la jurisprudencia en la materia y retoman la doctrina sostenida en la STC 22/1997, de 11 de febrero (FFJJ 2 y 4)). Es más, El TC señala expresamente que «[...] la Sala Segunda del Tribunal Supremo es, respecto de las acciones penales dirigidas contra diputados y senadores, “el juez ordinario predeterminado por la ley” a que se refiere el art. 24.2 CE, esto es, aquel constituido con arreglo a normas procesales de competencia preestablecidas, en este caso, por la Constitución misma en su art. 71.3» (literalmente en la STC 69/2001, de 17 de marzo (FJ 5 b), y luego reproducido entre otras en la Sentencia 123/2001, de 4 de junio (FJ 8)); lo cual compensa la pérdida de la doble instancia.

Según el Tribunal Constitucional, en este caso la privación de la segunda instancia no supone vulneración de la tutela judicial efectiva en relación con el derecho al recurso en la causa penal, esto es, el derecho a la doble jurisdicción: «Determinadas personas gozan, *ex Constitutione*, en atención a su cargo, de una especial protección que contrarresta la imposibilidad de acudir a una instancia superior, pudiendo afirmarse que esas particulares garantías que acompañan a senadores y diputados disculpan la falta de un segundo grado jurisdiccional, por ellas mismas y porque el órgano encargado de conocer en las causas en que puedan hallarse implicados es el superior en la vía judicial ordinaria» (STC 51/1985, de 10 de abril (FJ 3), de tal modo que «[...]a competencia del Tribunal Supremo en las causas contra diputados y senadores le viene atribuida directamente por la propia Constitución (art. 71.3), para dotarles mediante el aforamiento de la máxima protección en beneficio de la función parlamentaria. El privilegio del fuero, que es un plus, equilibra así

la inexistencia de una doble instancia, que si bien es una de las garantías del proceso a las cuales alude genéricamente el art. 24.2 CE, ha de ser matizada en los casos en que el enjuiciamiento se confía directamente al supremo juez en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo el constitucional (art. 123 CE), a quien habría de revertir en definitiva la competencia funcional en un segundo grado o escalón procesal» (STC 166/1993, de 20 de mayo (FJ 3)). Posición que ha sido criticada por la doctrina, que reclama una reforma legislativa en la materia. Especialmente crítico se ha mostrado Saiz Arnaiz (2001: 71-101).

La pérdida de la doble instancia, además, se extiende y justifica también para otros implicados no aforados.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha admitido la interpretación de la normativa en la materia por el Tribunal Supremo en punto a considerar que, si hubiere un aforado en la causa, el hecho de que otras personas no aforadas se vean privadas de segunda instancia no vulnera el derecho al juez predeterminado por la ley. Respecto a esta cuestión, el TC ha declarado: «La legitimidad constitucional de esta restricción del derecho al doble grado de jurisdicción en los casos de no aforados requiere la ponderación específica de los derechos e intereses en juego», y que «[...] dicha ponderación ha de efectuarse primeramente por el legislador y después por los tribunales penales teniendo en cuenta que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 847 —redactada conforme a la Ley 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, Disposición final segunda, núm. 16— ya no prohíbe expresamente el recurso de casación en estos casos». Y a estos efectos deben ser considerados especialmente determinados aspectos como la conexidad entre los hechos sometidos a su conocimiento y el criterio de ponderación aplicado con rigurosidad «[...] en atención al carácter excepcional de su competencia como órgano de enjuiciamiento», (la del Tribunal Supremo) y «[...] a las exigencias de una buena Administración de Justicia en materia penal, criterios que se proyectan sobre el conocimiento de todos los afectados por el proceso. Por lo que ha de desestimarse la queja aquí examinada» (STC 64/2001, de 17 de marzo (FJ 5), reiterada en las siguientes, 65 y 66, de la misma fecha (FJ 4, en ambos casos)).

Como el resto de las prerrogativas, la función constitucional (el equilibrio entre poderes y la garantía de la independencia y el buen funcionamiento respectivos del Parlamento y el poder judicial, como declaró el TC en la STC 22/1997) y su interpretación restrictiva condicionan su concreción.

En este sentido, la prerrogativa de aforamiento aparece unida y vinculada, pendiente y dependiente, de la obtención y el mantenimiento de la condición parlamentaria, del acta parlamentaria: es, pues, irrenunciable, salvo que el parlamentario renuncie a su acta. El art. 71.3 CE establece «[...] un contenido absolutamente indisponible de esta prerrogativa, de tal manera que, cualquiera que sea la causa, esta pasará al Tribunal Supremo desde el momento en que la misma afecte a un diputado o senador, y mientras no se pierda la condición de miembro de las Cortes Generales» (STC 22/1997, de 11 de febrero (FJ 8); en el mismo sentido, ATS de 13 de abril de 1999 (FJ 2)).

Por tanto, perdida la condición parlamentaria de forma sobrevenida, cabe la devolución de la causa al juzgado de instrucción (STC 22/1997 y 69/2001, de 17 de marzo, y numerosos ATS, que conforman una línea jurisprudencial consolidada), devolución que no

supone vulneración alguna del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y al juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), toda vez que «[...] la cognición del Tribunal Supremo en este tipo de procesos solo se justifica constitucionalmente por razón de la prerrogativa de aforamiento (art. 71.3 CE) y en atención a la función institucional que le es propia, y no cuando [...] esta queda privada de su razón de ser, por haber perdido el encausado su condición de miembro de las Cortes Generales. Lo contrario supondría [...] una extensión del ámbito temporal de la prerrogativa, convirtiéndola predominantemente en privilegio personal, que redundaría en una desproporcionada e innecesaria alteración del régimen común del proceso penal [...]. Esta prerrogativa ha de ser objeto [...] de una interpretación estricta en atención al interés que preserva, interés que decae cuando se pierde la condición de parlamentario y no cabe temer 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» (STC 22/1997 (FJ 8)). Los magistrados Gimeno Sendra y García Manzano formularon voto particular frente a esta decisión, al considerar afectadas las funciones de la Cámara por la interpretación de la ley realizada por el Tribunal Supremo.

Por otro lado, no basta la mera implicación personal de un aforado, sin otros datos que la acompañen. Para que se produzca la operatividad de la prerrogativa se requiere «[...] la existencia de indicios fundados de responsabilidad contra él, dado que los aforamientos personales constituyen normas procesales de carácter excepcional que, por tal circunstancia, deben ser interpretadas y aplicadas restrictivamente» (STC 68/2001, de 17 de marzo (FJ 2, c), y ATS, de 24 de noviembre de 1999). Por demás, no se extiende más que a los representantes nacionales, en Cortes Generales, con las particularidades para los diputados miembros de las asambleas autonómicas, y a los eurodiputados nacionales, no a todos los miembros del Parlamento Europeo.

De hecho, el parlamentario europeo posee las mismas prerrogativas que los de su respectivo Parlamento nacional, pero el parlamentario nacional de otro Estado solo goza de la prerrogativa de inmunidad, de acuerdo con el art. 10 del Protocolo 11 sobre los Privilegios y las Inmunidades de las Comunidades Europeas de 8 de abril de 1965, que dispone que, durante el tiempo que «[...] el Parlamento Europeo esté en periodo de sesiones, sus miembros gozarán: a) En su propio territorio nacional, de las inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento de su país. b) En el territorio de cualquier otro Estado miembro, de inmunidad frente a toda medida de detención y a toda actuación judicial. Gozarán igualmente de inmunidad cuando se dirijan al lugar de reunión del Parlamento Europeo o regresen de este». Sobre esta cuestión se ha manifestado el Tribunal Constitucional en el ATC 236/2000, de 9 de octubre (FJ 2).

2.2. EXTENSIÓN LEGAL DEL AFORAMIENTO, POLÉMICA SOBRE LA DIMENSIÓN DE LA MISMA, Y PROPUESTAS DE REFORMA

Las críticas y recelos que en los últimos tiempos han surgido acerca del refrendo apuntan a dos aspectos complementarios que, aunque son diferenciables, guardan de hecho una estrecha relación y que, de un modo u otro, conducen al cuestionamiento de la justificación del mantenimiento de esta prerrogativa en el Estado constitucional actual.

El primero es el ámbito de la misma, esto es, las conductas del individuo amparadas por el fuero especial, y el segundo la extensa nómina de sujetos aforados y la inexistencia de limitaciones de la aplicabilidad del fuero al ámbito funcional de la competencia pública del sujeto protegido; limitación que no se recoge en nuestro ordenamiento, salvo en el caso de jueces, fiscales, y miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

Como se ha dicho, el aforamiento es una prerrogativa jurisdiccional que se traduce en una alteración de las normas procesales —habitualmente las penales, que determinan la competencia objetiva de los órganos jurisdiccionales— y la atribución de una jurisdicción específica, superior a la que correspondería en función de la materia (ya sea al Tribunal Supremo, a los Tribunales Superiores de las respectivas comunidades autónomas, o a las Audiencias Provinciales), del enjuiciamiento de aquellos asuntos en que se ven implicados determinadas autoridades o cargos públicos.

De esta prerrogativa cabe predicar lo mismo que del resto de las constitucionalmente previstas: según el TC, son constitucionalmente admisibles en la medida en que sean necesarias para salvaguardar y garantizar del funcionamiento del sistema constitucional, de la independencia de los poderes del Estado (entre otras, SSTC 51/1985, de 10 de abril (FJ 6) y 166/1993, de 20 de mayo (FJ 3)).

Si esto es así, existe una conexidad funcional entre el aforamiento y el cumplimiento de la función pública, el ejercicio del cargo. Sin embargo, esta limitación no está prevista a nivel constitucional, de forma que se establece un aforamiento temporal, mientras se mantiene el cargo, pero *absoluto*, «una cobertura jurídica exorbitante», como lo califica García Majado (2020: 192) respecto a las conductas de los titulares de los cargos públicos amparados por esta previsión, con independencia de que la conducta susceptible de ser enjuiciada se haya cometido en el ejercicio de sus funciones públicas o en relación con sus actividades privadas.

Como se ha dicho, salvo en los casos de jueces y fiscales (art. 73.3.b) LOPJ) y miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (art. 8.1 Ley Orgánica 2/1986, Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en adelante LOFFCCSS), en los que el aforamiento queda legalmente limitado a aquellas conductas enmarcadas o susceptibles de incardinación «en el ejercicio de sus funciones», en el resto de los aforamientos, el ámbito protegido es extrafuncional, por tanto, capaz de incluir tanto conductas públicas, situadas en el ejercicio de las funciones del cargo, como conductas y actividades privadas, lo que conlleva un evidente desgaste de la justificación de la prerrogativa de fuero jurisdiccional como un instrumento de garantía y protección de la institución y su posición en el sistema de división y equilibrio entre los poderes, quedando como único fundamento la necesidad de impedir la potencial interferencia que pudiera derivar en una minoración o afectación a la independencia judicial. Este argumento resulta cada vez más débil como explicación y justificación del mantenimiento de la prerrogativa tal y como está actualmente diseñada, dado que, por una parte, parece partir del recelo de la capacidad del poder judicial, de sus miembros para resistir las eventuales injerencias desde posiciones prominentes, y de otra, supone una quiebra al principio de igualdad que habría que justificar adecuadamente para sostener su mantenimiento constitucional y legal, especificando su necesidad, su adecuación al fin constitucional protegido y perseguido y su proporcionalidad en sentido estricto.

Otro aspecto también relevante y digno de ser mencionado es la incoherencia de las argumentaciones utilizadas en función de los supuestos —y los sujetos— que quedan amparados por el fuero especial. No deja de ser llamativo que, cuando hablamos de los diputados, los senadores, el presidente y miembros del gobierno (y sus equivalentes autonómicos), las autoridades y los altos cargos del Estado miembros de órganos constitucionales, las razones aducidas sean múltiples (las habituales de garantía de independencia y desarrollo y mantenimiento de la actividad institucional de los poderes y órganos constitucionales, y de la actividad del poder judicial, la dignidad de la institución, por citar algunas), mientras que, cuando se trata de explicar la restricción del fuero al ámbito funcional del juez o fiscal, esas mismas razones sirvan de justificación a la limitación del fuero jurisdiccional. Lo cierto es que, como el resto de prerrogativas, constitucionales y legales, para seguir siendo una garantía de la institución y de la función y no solo del individuo que la incorpora —en otros términos, para mantener la naturaleza de prerrogativa y no convertirse en privilegio—, el aforamiento debe interpretarse y aplicarse de acuerdo con el conjunto de las normas y preceptos constitucionales, a partir de los principios y valores consagrados en el art. 9 CE y en la nómina de derechos fundamentales con los que puede entrar en fricción —cuando no abierto conflicto—, singularmente la igualdad, y la tutela judicial efectiva, de forma que integre en su ámbito de aplicación restricciones materiales. Las limitaciones temporales forman parte de su naturaleza, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional en la STC 22/1997 (lo mismo ha sostenido el Tribunal Supremo, para el que «[...] el fuero va unido al cargo, de modo que despliega su eficacia desde que se accede a él hasta que se cesa en el mismo» (AATS 76/2007, de 9 de enero (FJ2) y 4802/2014, de 22 de mayo (FJ 2)), pero esta restricción no aparece expresamente mencionada en el art. 71.3 CE. Entonces, ¿por qué no cabe interpretar este mismo precepto considerando que solo se refiere a las conductas o actividades realizadas en el ejercicio de las funciones del aforado?

¿Por qué, en el caso de la inmunidad, el TC sí se ha sentido capaz y competente, incluso dudosamente competente, «activista» se podría calificar su actuación en esta materia, como he puesto de manifiesto en anteriores trabajos (Rosado Iglesias, 2006: 65 ss.; y Rosado Iglesias, 2019: 116 ss.) para interpretar el sentido constitucional de la prerrogativa y establecer obligaciones de motivación jurídica a la Cámara parlamentaria, un órgano político, y sobre un acto de eminente carácter político, con base en la protección de la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva de terceros ajenos a la Cámara, y ese mismo argumento, con la misma finalidad limitativa e incluso con la misma fundamentación, no se aplica al aforamiento cuando también se afecta a la tutela judicial efectiva de los terceros implicados en la causa, que se ven arrastrados por el mismo fuero? Este parece ser también el sentir de Presno Linera (2016: 115).

Esta es una de las muchas contradicciones del sistema en esta materia, pero hay más. A ello dedicaré el siguiente epígrafe, pero no me resisto a mencionar al menos otra, sobre la que convendría reflexionar: ¿qué se protege con el aforamiento del rey emérito y de su consorte? No cumple ningún función, la institución a proteger, la Corona, ya no le pertenece, no la representa, ni representa al Estado, es un privado, el fuero especial en este caso es todavía más incomprensible (también lo entiende así García Majado (2020:194)).

Precisamente, y como ya se ha señalado, con el objetivo de restringir el ámbito constitucional del aforamiento al estrictamente funcional, el Gobierno socialista planteó, en septiembre de 2018, la aprobación de una reforma constitucional para proceder a su limitación; reforma que, tras su anuncio, no se ha concretado, salvo las declaraciones generales relativas a su finalidad y el hecho de que podría también afectar al ámbito de la inmunidad. Esta propuesta motivó la solicitud del Gobierno dirigida al Consejo de Estado, encomendando, por acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de septiembre de 2018, al máximo órgano consultivo «[...] que elabore una propuesta de reforma constitucional en los términos que se contienen en el documento que se acompaña al presente Acuerdo, atendiendo a los objetivos reflejados en el referido documento».

En cumplimiento de dicha encomienda, el Pleno del Consejo de Estado aprobó en su sesión de 15 de noviembre de 2018 «[...] la propuesta de reforma constitucional e informe sobre el procedimiento que debe seguirse para su tramitación» que prevé la reforma de los apartados 3 del art. 71 CE, y 1 del art. 102 CE a fin de introducir en la prerrogativa de fuero constitucionalmente establecida en favor de diputados y senadores y del presidente y demás miembros del Gobierno, respectivamente, una restricción funcional del ámbito del fuero, a la sazón, la derivada de la inclusión del inciso «[...] en el ejercicio de las funciones propias del cargo» (Consejo de Estado, 2018: 26).

Debe resaltarse que la solicitud y, en consecuencia, el informe y la propuesta de reforma de la Constitución elaborada por el Consejo de Estado se limitaba expresamente a los aforamientos constitucionales, es decir, los previstos en los arts. 71.3 y 102.1 CE, pero no a los legales, que son los que elevan el número de aforados en España hasta cifras desconocidas e incomparables con los que establecen los ordenamientos de los Estados democráticos de nuestro ámbito jurídico-constitucional.

Esta extensión, que se ha realizado mediante las diferentes leyes orgánicas reguladoras aplicables, puede estar justificada en el caso de los jueces y fiscales y los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para proteger y garantizar el ejercicio y contenido de la función pública implicada, e incluso en el caso de jueces y fiscales por ser competente un tribunal superior a aquel en que ejercen su función. También, en atención al contenido del ejercicio de la función de seguridad puede tener estar justificado el aforamiento de miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, máxime cuando se restringe al ámbito del ejercicio de sus funciones, como es el cas. Pero ¿sucede lo mismo en el caso de los demás los altos cargos protegidos? ¿Y en el de los autonómicos?

En algunas comunidades autónomas ya se ha suprimido el fuero jurisdiccional para sus diputados autonómicos: así Canarias, por Ley Orgánica 1/2018, de reforma de su Estatuto de Autonomía; Murcia, por Ley Orgánica 1/2021; y Cantabria, por Ley Orgánica, 2/2021, de reforma de su Estatuto de Autonomía. En otras han presentado propuestas de reforma de sus estatutos que se encuentran en tramitación (como Baleares, o La Rioja).

En el resto de autoridades autonómicas, al igual que sus homólogos nacionales, para ver restringido, limitado o suprimido el fuero debería modificarse su legislación orgánica reguladora correspondiente.

En esta misma línea, y llamado la atención sobre el elevado número de aforados existente en nuestro país, el Tribunal Supremo ha sostenido que la «[...] necesaria reducción de aforamientos que existe en el ordenamiento jurídico solo puede resolverse desde la necesaria reforma legislativa residenciada en el Legislativo» (STS 2326/2014, Sala Segunda, de 3 de junio de 2014 (STS 2326/2014)).

2.3. JUSTIFICACIÓN Y NECESIDAD DEL AFORAMIENTO EN EL ACTUAL SISTEMA CONSTITUCIONAL

Siguiendo con la doctrina constitucional, las prerrogativas —también, por tanto, el fuero jurisdiccional— no se confieren como derechos personales, sino por la condición de miembros de la institución de sus beneficiarios, y solo en la medida en que sean necesarios para el funcionamiento libre eficaz de la institución, por lo que consienten únicamente una interpretación restrictiva, proporcional al fin al que responden y conectada con la función jurídica que se ejerza. En definitiva, para que la prerrogativa no se convierta en un privilegio debe cohonestarse con la finalidad a la que sirve.

Si esta es la doctrina general, a continuación se examinará el argumentario mediante el que se ha justificado el fuero especial y su mantenimiento en los términos actuales, así como las razones que cuestionan seriamente la validez del mismo y, sobre todo, los términos de la actual regulación.

2.3.1. Argumentos en favor del mantenimiento del aforamiento

De forma recurrente, el Tribunal Constitucional ha defendido que el fuero jurisdiccional, protege «la independencia y sosiego» (STC 22/1997, FJ 6) tanto de las Cámaras legislativas como del poder judicial frente a las presiones externas que se pudieran ejercerse por razón del encausado o de la institución en que desempeña su función. En otras palabras, la justificación de su existencia radica en «[...] un plus o protección máxima en beneficio de la función» (STC 22/1997, FJ 6).

Esta garantía reforzada se concretaría en la atribución de estas causas a los órganos superiores de la estructura judicial al entender que, equiparando los poderes, el grado y nivel de los mismos, se garantice una mayor independencia, una menor capacidad de influir por ser susceptibles de verse menos influenciados o menos presionados en causas que conciernen a los órganos políticos y, en consecuencia, en palabras del Tribunal Constitucional, adopten «[...] una decisión judicial más ajustada a Derecho» (STC 166/1993, FJ 3).

Lo antedicho se vería, además, reforzado por tratarse de los órganos jurisdiccionales dotados de «la mayor idoneidad técnica» (STC 55/1990, FJ 6), en tanto son órganos que gozan de la máxima calificación, y que, en el caso del Tribunal Supremo, viene calificados y cualificados constitucionalmente como «[...] órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE)».

El tercer argumento esgrimido en favor del mantenimiento del fuero es que estos órganos judiciales se encuentran en mejores condiciones para valorar querellas insidiosas, propias del ejercicio abusivo del derecho a la acción popular que consagra el art. 125 CE.

Además, ha de tenerse en cuenta que en nuestro país el Ministerio Fiscal no tiene el monopolio de la acusación. Junto a la polémica y debatida acción popular, que de hecho ha dado lugar a la figura conocida como «querellante universal», también cabe la intervención de la acusación particular como parte del proceso penal.

Desde esta perspectiva, el aforamiento actuaría como un contrapeso frente al ejercicio abusivo de la acción popular o de la acusación particular. Podría ser una razón convincente sobre la que se volverá luego. No obstante, ello no implica la necesaria reflexión sobre la eventual reforma del régimen de estas instituciones, especialmente de la acción popular, cuya necesidad hoy ha sido puesta en duda —seguramente como respuesta a sus excesos— ante la existencia de un Ministerio Fiscal que debe actuar de oficio en los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos, y en la gran mayoría de los delitos (salvo la acusación por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, que, según los términos del art. 102.2 CE, solo podrá plantearse frente al presidente y los miembros del Gobierno «[...] por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso, y con aprobación de la mayoría absoluta del mismo»).

En cuanto al elevado número de aforados existente en nuestro país, el Consejo de Estado señaló en su Informe a la Propuesta de Reforma constitucional en materia de aforamientos (Consejo de Estado, 2018: 18 ss.) que lo importante no es la cantidad de aforados, sino la calidad y justificación del aforamiento, y que hay circunstancias relevantes que explican el número de aforamientos.

Por un lado, recuerda el hecho, ya señalado, de que en nuestro país el Ministerio Fiscal no ostenta el monopolio de la acción penal y, por otro, considera que debe matizarse el alcance de la afirmación sobre el elevado número de aforados, dado que la inmensa mayoría de sujetos aforados son jueces, fiscales, y miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, fuero respecto al cual el Tribunal Constitucional ha declarado que no puede ser calificado como un aforamiento en sentido técnico (STC 55/1990), puesto que existe una restricción objetiva del fuero penal especial: la limitación de su aplicación a los hechos cometidos en el ejercicio del cargo.

Como en su día hizo el Consejo General del Poder Judicial (Informe al Anteproyecto de Ley de Reforma de la LOPJ, aprobado el 27 de junio de 2014, que pretendía, además, eliminar el fuero especial de jueces y fiscales), el Consejo de Estado enfatiza el carácter funcional de estos aforamientos, destacando así —como se ha sostenido en este trabajo— el estrecho e íntimo vínculo que existe en la justificación del mantenimiento de un fuero especial con la salvaguarda de la institución pública y su funcionamiento, y esta conexión, que es necesaria para resultar constitucional, se establece a través de la limitación de la aplicación del fuero estrictamente al supuesto del conocimiento y enjuiciamiento de los sujetos protegidos cuando actúan en ejercicio de su cargo, es decir, de sus funciones públicas, no cuando actúan como sujetos privados.

De hecho, en el Informe antes mencionado, el Consejo General del Poder Judicial (2014) señala respecto al aforamiento que «[...] puede significar una afectación del principio de igualdad procesal, al extenderse más allá de los casos previstos por la Constitución y vinculados al principio de inmunidad», y subraya la necesidad «[...] de su limitación *ad personam*».

En esta conexión entre la necesidad para el reconocimiento y la aplicación del fuero jurisdiccional especial —que concuerda con la interpretación del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo del criterio de excepcionalidad que ha de regir la aplicación de las normas sobre aforamientos, y que impide una aplicación extensiva del mismo, imponiendo una interpretación restrictiva, como en el resto de las prerrogativas— encuentra su fundamento actual el mantenimiento del aforamiento. La restricción que debería extenderse al resto de fueros jurisdiccionales previstos, primero emprendiendo la reforma constitucional, y, sin solución de continuidad, y, en lógica coherencia con la limitación constitucional introducida, procediendo posteriormente a las oportunas reformas legales.

Aquí sí cabe, entiendo, utilizar como argumento válido la mayor cualificación técnica de estos órganos superiores, en la medida en que, al tratarse de delitos cometidos en el ejercicio de la función, en numerosas ocasiones su tipificación incorpora conceptos jurídicamente indeterminados. Por tanto, la mayor cualificación profesional del órgano de instrucción y enjuiciamiento no respondería solo a la necesidad de proteger al individuo, sino al adecuado ejercicio de la función pública.

Lo dicho no es óbice para que al mismo tiempo deba cuestionarse si todas las autoridades actualmente aforadas merecen dicha protección, examinado, en primer lugar, si es necesario para la protección cierto equilibrio e independencia institucional y funcional, y en segundo término, si se ejerce alguna función pública, lo cual es ciertamente cuestionable en el caso del rey abdicado y su consorte, más aún cuando la prerrogativa de fuero se extiende, como en este caso, también al proceso civil.

Y es que, como afirma García Majado (2021: 374) recordando la exposición de motivos de la Ley Orgánica 4/2014, que establece el aforamiento del rey abdicado y sus familiares ante el Tribunal Supremo tiene, como antes recordé, como única justificación «[...] la dignidad de la figura de quien ha sido el rey de España», «[...] el aforamiento no se establece por cuestiones de dignidad —de la que, por otra parte gozan todos los ciudadanos— o de relevancia, sino en atención a la autonomía e independencia de ciertos sujetos en cuanto titulares de determinados cargos públicos».

Entre las razones esgrimidas para justificar el mantenimiento de aforamiento en el Estado constitucional actual se ha destacado la aceptabilidad de algunas para justificar las excepciones establecidas respecto a la aplicación de las reglas jurisdiccionales generales. No obstante, este criterio no puede extenderse a todos los aforamientos. Corresponde ahora, pues, presentar los argumentos que cabe aducir en contra.

2.3.2. Argumentos en contra del mantenimiento del aforamiento

La fundamentación centrada en la garantía de la independencia de los poderes implicados —y, de forma destacada, la independencia del poder judicial frente a la eventual y potencial influencia derivada de la ostentación de poder por parte de alguno de los implicados en el proceso— parece reflejar un recelo, una desconfianza frente a la independencia del poder judicial, desconfianza acentuada, parece, cuando se trata de los órganos inferiores de la estructura judicial que no repara en el hecho de que la independencia constituye una

cualidad intrínseca del poder judicial en el Estado constitucional democrático actual, que es consecuencia de la única sujeción a la que está sometido el poder judicial en el ejercicio de la potestad jurisdiccional: su sumisión exclusiva al imperio de la ley (art. 117.1 CE), que es predicable del poder judicial en su conjunto y de cada uno de sus miembros, jueces y magistrados, juzgados y tribunales, porque todos ellos conforman y son poder judicial, y ejercen, de manera exclusiva y excluyente, la potestad jurisdiccional.

Cuando se utiliza este argumento, ¿que se está diciendo de los órganos judiciales inferiores que en determinados casos son los jueces naturales llamados a conocer estos asuntos? ¿Que son menos independientes o que sus titulares son más vulnerables frente a las injerencias y más influenciables? ¿Qué mensaje y qué imagen traslada este argumento respecto a la independencia y la igualdad en la aplicación de la ley? Este razonamiento pone en evidencia las reticencias del sistema hacia su propia organización judicial, pero también hacia su propio ordenamiento procesal, hacia la bondad de las reglas establecidas para todos. Esto es difícilmente admisible en un Estado constitucional de Derecho. Yo diría que es directamente inadmisibles si no se pone en duda, al mismo tiempo, el entero sistema de valores, principios, así como la división de poderes y los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

Adicionalmente, resulta claro y evidente que la independencia no solo no depende ni está vinculada con el nivel jurisdiccional del órgano, sino que, además, son precisamente los órganos superiores —cuya composición, total o parcialmente, responde a un procedimiento discrecional (que no arbitrario) de nombramiento— los más cuestionados y los que son objeto de las críticas más severas y de acusaciones de politización y de reparto de cargos por cupos partidistas.

Por recurrir a las expresivas palabras Santaolalla López (2000: 40), lo que hace más injustificable aún la extensión del aforamiento en nuestro país es que «[...] no opera en beneficio de los representantes del titular de la soberanía, sino de institucionales que, sin perjuicio de su importancia, no pueden ni deben equipararse constitucionalmente. Y, *“para más inri”, se otorga la competencia juzgadora a unos tribunales en cuya composición juegan dichas asambleas un papel considerable [...] ¡sin comentarios!*» (la cursiva es añadida).

No hay que olvidar —como algunos olvidan— que para garantizar la independencia y la imparcialidad del órgano judicial ya existen remedios procesales: concretamente la recusación y la inhabilitación, la obligación de abstenerse del juez. No creo que sea necesario insistir más en ello.

Por otra parte, aunque no puede negarse de plano la justificación de la necesidad de establecer reglas de aforamiento basada en la mayor capacidad técnica de los órganos superiores, se trata, en algún sentido, de una petición de principio de toda organización y aplicación del derecho de acceso y ejercicio del cargo y funciones públicas en atención a los principios de mérito y capacidad (art. 23.2 CE) que no es, por sí solo, un razonamiento contundente.

Por un motivo evidente: si es así, y no son delitos cometidos en el ejercicio de la función (lo que se ha entendido justificable en los términos antes expuestos), sino delitos comunes imputables a la generalidad de los individuos, cabe preguntar cuál es el significado de esta

motivación: ¿que el resto de los ciudadanos no merecen la misma protección jurídica que ofrecen el conocimiento y la calificación en el ejercicio de la función jurisdiccional derivada de la elevada posición jerárquica del órgano juzgador?

Es, desde luego, un ataque importante a la línea de flotación del aforamiento la afectación, de forma no siempre justificable, del derecho de igualdad procesal (Gómez Colomer, 2009: 531 ss.), máxime si a ello se añaden las implicaciones de las reglas de fuero especial en el derecho al juez predeterminado por la ley y en el derecho a la doble instancia penal.

Ciertamente, el Tribunal Constitucional ha descartado que el fuero vulnere el derecho al juez predeterminado por la ley, en tanto existe una previsión previa y general del órgano competente (por todas, STC 22/1997, FJ 6), y esto es indubitado. Pero también es cierto que, al igual que en el caso de la afectación al derecho a la doble instancia penal, el problema adquiere otra dimensión cuando, como ocurre en ocasiones, en el proceso penal resulta incurso también un particular que no es titular del cargo y, en consecuencia, y sin tener por qué saberlo, puede verse arrastrado a ser enjuiciado también por un órgano superior distinto al que le correspondería de forma natural, con lo que se afecta a su seguridad jurídica, a su previsión de cuál sería, o habría sido, en su caso, el tribunal instructor y juzgador, el derecho al recurso, y, por supuesto, el derecho a la igualdad procesal (Gómez Colomer (2016: 259 ss.).

Esto sí es preocupante para el sistema constitucional: la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales a la luz de prerrogativas, aunque sean constitucionales, en lugar de la interpretación y la aplicación las prerrogativas, que son excepciones al principio de igualdad ante la ley, a la luz de los derechos fundamentales.

En último término, se aduce que el aforamiento sirve para paliar el uso torticero de la acción popular como arma de lucha política. Bien, ya se ha admitido este razonamiento, aunque no se advierte cómo y por qué el conocimiento de una causa por un tribunal superior va a evitar estas demandas abusivas, como reconocen López Aguilar (2000: 39); García Mahamut (2000: *passim*) y García Majado (2020: 189-190). No hay más que echar la vista atrás para recordar las querellas insidiosas de asociaciones como Ausbanc o el seudosindicato Manos libres.

Pero además, como también se ha señalado anteriormente, existen otros medios para atajar este mal uso del derecho, que además son aquellos a los que debe recurrir en primer lugar un Estado de Derecho que se precie, que afectarían a la generalidad de los ciudadanos y no a unos pocos. Me refiero a las oportunas reformas, constitucionales si es preciso, pero sobre todo legales que cabe realizar en la regulación procesal de la acción popular, reformas orientadas al establecimiento de un cauce de admisión muy riguroso e intenso o a la limitación de su utilización en determinados procesos y su exclusión en otros, de modo que solo pudiera actuar el Ministerio Fiscal. Esta posibilidad no contradice el reconocimiento de la acción popular del art. 125 CE, pues el inciso «[...] en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine» puede y parece referirse a la acción popular y a la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado.

2.4. A MODO DE CONCLUSIÓN: BALANCE Y ALGUNOS APUNTES SOBRE SI ES NECESARIO EL RECONOCIMIENTO CONJUNTO DE AFORAMIENTO E INMUNIDAD DE DIPUTADOS Y SENADORES

Visto lo dicho hasta aquí, no queda sino concluir que, tal y como hoy están reconocidos y regulados tanto a nivel constitucional como legal, los aforamientos necesitan una rigurosa reconsideración. Solo cabrá admitirlos en casos excepcionales y siempre con la restricción de aplicación exclusiva para el ejercicio del cargo público. Es precisa una reforma constitucional en ese sentido como la proyectada en 2018 —al menos— y, a continuación, en coherencia con los nuevos dictados constitucionales, una reforma legislativa equivalente de los estatutos de autonomía, de la LOPJ, de la LOREG, y de todas las leyes mencionadas, y las leyes procesales, como apuntara certeramente el Consejo de Estado en su Informe (2018: 26 ss.).

Paralelamente al establecimiento de se esa limitación funcional a la aplicabilidad de la regla de fuero especial, sería oportuno para repensar el elevado número de aforados y afrontar con seriedad, sin pretensiones escondidas de supuesta protección institucional, si en el Estado Constitucional actual es necesario mantener el aforamiento a todo tipo de altos cargos, y autoridades (incluso cuando son «ex») y, por supuesto, aunque por razones de limitaciones de este trabajos no hayamos abordado la cuestión, si, aún más, está justificado el aforamiento ante la jurisdicción civil.

Otra cuestión relevante, que solo puedo apuntar someramente porque nos llevaría a otro ámbito de reflexión que, aunque no es ajeno al objeto de este trabajo, sí excedería los términos y límites del mismo, pero que no me resisto a mencionar, es la relación entre aforamiento e inmunidad (cierto es que esto solo es aplicable en el caso de diputados y senadores).

Dada la finalidad de ambas prerrogativas, garantizar la independencia y la división de poderes, y sobre todo que la labor del legislativo, el órgano de representación de la voluntad popular, no se vea obstaculizada o su composición alterada por procesos que solo atienden a motivaciones políticas, ¿es necesario mantener las dos, y al mismo tiempo, y para el mismo sujeto? Parece que, reconocida la inmunidad en los términos y condiciones que le ha impuesto el Tribunal Constitucional a las Cámaras parlamentarias en cuando a la necesaria y explícita motivación de la denegación o no del suplicatorio —cuestión a la que nos hemos referido en profundidad en Rosado Iglesias (2006: 65 ss.); y Rosado Iglesias (2019: 116 ss.)— esta garantía es suficiente para excluir persecuciones procesales de naturaleza política que tratan de alterar la composición de la Cámara. O bien, con este mismo objetivo, establecer el aforamiento, pero ¿para qué una y otra más?

Para finalizar, recorro a las expresivas palabras de García López (2000: 28), autor para quien «[...] solo donde no existe aforamiento ante la suprema instancia jurisdiccional, tiene sentido la inmunidad. Allí donde la hay, la inmunidad debería ser suprimida, mientras que allí donde no hay convendría introducir en su lugar esta jurisdicción procesal».

BIBLIOGRAFÍA

- ALBA NAVARRO, Manuel (1996): *Prerrogativas parlamentarias y jurisprudencia constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ARCE JANÁRIZ, Alberto (2004): *El Parlamento en los Tribunales. Prontuario de Jurisprudencia Parlamentaria*, Elcano, Navarra: Thomson-Aranzadi.
- BARBERA, Augusto (1999): *I parlamenti*, Roma-Bari: Laterza.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso (1986): «Origen histórico de la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 10, 175-206.
- (2001): «Parlamentario», en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, t. II. Madrid: Cívitas, 132-134.
- GARCÍA LÓPEZ, Eloy (1989): *Inmunidad parlamentaria y Estado de partidos*, Madrid: Tecnos.
- GARCÍA LÓPEZ, Eloy, Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR y Fernando SANTAOLALLA LÓPEZ: (2000): «Encuesta sobre determinados estatus privilegiados por la Constitución», *Teoría y Realidad Constitucional*, 5, 11-41.
- GARCÍA MAJADO, Patricia (2020): «La 564321º ¿prerrogativa? del fuero jurisdiccional», en A. Pérez Miras, G.M. Teruel Lozano, E.C Raffiotta, y M. P. Ladicco (dirs.), *Sesenta años de Constitución italiana y cuarenta de Constitución española*, v. III, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 185-200.
- (2021): «Significado y alcance de la inviolabilidad del rey», *Teoría y Realidad Constitucional*, 47, 357-381.
- GARCÍA MAHAMUT, Rosario (2000): *La responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno en la Constitución*, Madrid: Tecnos.
- GARCÍA ROCA, Javier (1999): *Cargos Públicos Representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Cizur Menor: Aranzadi.
- GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (2009): «Sobre aforamientos y principio de igualdad», *Revista de Derecho Procesal*, 1, 499-537.
- (2016): «Privilegios procesales inconstitucionales e innecesarios en la España democrática del siglo XXI: el sorprendente mantenimiento de la institución del aforamiento», *Teoría y Realidad Constitucional*, 38, 239-275.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José L. y M^a Luisa CUERDA ARNAU (1997): «Aproximación al Derecho Penal Parlamentario: inviolabilidades», *Cuadernos de Derecho Público*, 1, 101-118.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1994): «Inmunidad parlamentaria y separación de poderes», en *Inmunidad parlamentaria y jurisprudencia constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales..
- PÉREZ SERRANO, Nicolás (1984): *Tratado de Derecho Político*, Madrid: Civitas.
- PRESNO Linera, Miguel (2016): «Fatiga del parlamentarismo y algunas propuestas para revitalizarlo», en C. Pinelli y M. Presno, *Crisis de la representación y nuevas vías de participación política*, Madrid-México: Fontamara-Fundación Coloquio Europeo, 53-163.
- ROSADO IGLESIAS, Gema (2006): «Prerrogativas parlamentarias y Tribunal Constitucional», *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 14, 39-79.
- (2019): «El estatuto de los parlamentarios: prerrogativas parlamentarias y aforamiento de diputados y senadores», en A. Villanueva Turnes (coord.), *Las Cortes Generales*, Madrid: Editorial Universitaria, SA, 103-130.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro (2001): «Aforamiento y doble grado de jurisdicción», *Parlamento y Constitución. Anuario*, 5, 71-101.

Fecha de recepción: 30 de julio de 2021.

Fecha de aceptación: 29 de octubre de 2021.

REPENSANDO LOS AFORAMIENTOS

RETHINKING IMMUNITIES

Antonio del Moral García

Magistrado del Tribunal Supremo

RESUMEN

En un contexto de debate político, social y académico sobre los fueros y la procedencia o no de su supresión o reducción, en este artículo se lleva a cabo un repaso de los problemas prácticos que viene originando su aplicación y las soluciones que ofrece la jurisprudencia, que son examinados a la luz de eventuales reformas. Se propone una reducción significativa de los mismos tanto a nivel subjetivo (limitación del número de aforados) como objetivo (restricción a los delitos relacionados con el ejercicio del cargo).

PALABRAS CLAVE

Aforados, proceso penal, diputados y senadores, competencia.

ABSTRACT

In a context of political, social and academic debate on the assessments and taking into account the discussion about their limitation or suppression, the work analyzes the practical problems that their application has originated and the solutions offered by jurisprudence, examined in the light of eventual reforms and proposing a significant reduction.

KEYWORDS

Protected persons for the privilege jurisdiction, criminal process, deputies and senators, competence.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2021.024>

REPENSANDO LOS AFORAMIENTOS

Antonio del Moral García

Magistrado del Tribunal Supremo

Sumario: 1. Preliminares. 2. Relación de aforamientos. 3. Anotaciones al ámbito subjetivo de los aforamientos. 3.1. Fueros de rango constitucional. 3.2. Fueros institucionales. 3.3. Fueros autonómico. 3.4. Jueces y magistrados; 3.5. Miembros de las y fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. 3.6. Fueros de cargos supranacionales por asimilación. 3.7. Extensión del fuero a no aforados: el efecto arrastre anudado a la conexidad. 4. Anotaciones sobre el ámbito objetivo de los aforamientos. 4.1. Fueros y delitos leves. 4.2. Tribunal del Jurado y fueros. 4.3. Fueros y juicios rápidos. 5. Ámbito temporal del fuero. 5.1. Inicio y término. 5.2. Base indiciaria necesaria para la activación del fuero. 5.3. Demoras en la comunicación al tribunal competente: consecuencias. 6. Instrucción y enjuiciamiento: desdoblamiento del órgano. 7. Doble instancia y aforamientos. 8. Reflexiones finales. Bibliografía.

1. PRELIMINARES

Durante muchos años, la existencia de fueros procesales personales vinculados a determinados cargos se asumió con generalizada complacencia o, al menos, con tolerancia y sin especial cuestionamiento. Sí provocaba no pocos problemas interpretativos y de aplicación, que han sido solventados con mayor o menor fortuna por la jurisprudencia y la *praxis* de nuestros tribunales, llegando a estimular en alguna ocasión al legislador para que llevara a cabo puntuales intervenciones (art. 118 bis LECrim —LO 7/2002, de 5 de julio—; art. 55 bis LOPJ —LO 4/2014, de 11 de julio—). Pero desde hace algunos años los fueros personales están en crisis y se han visto sometidos a críticas procedentes de sectores políticos, sociales y académicos (Martínez Alarcón, 2015: 437 ss.) que han llegado a generar un cierto clima de opinión según el cual la institución que debe ser *repensada*, cuando no pura y llanamente abolida. Se ha convertido en campo bien abonado de polémicas en las que detractores y defensores que avivan el debate, así como para presentar iniciativas prelegislativas y legislativas que, en algunos casos (estatutos de autonomía de algunas comunidades autónomas) han alcanzado el objetivo de reducir drásticamente algunos fueros. Ese estado de la cuestión será el marco y telón de fondo de estas reflexiones, que, en todo caso, no se limitarán a exponer un simple controversia (*fueros personales sí / fueros personales no*). Rescataré también algunos de los problemas que viene suscitando su aplicación en los tribunales para expresar mi opinión sobre las soluciones que se han ofrecido y, en su caso, criticarlas

o proponer alternativas a las mismas. Pero, desde luego, este trabajo —es una obviedad: sus dimensiones lo proclaman a las claras— no pretende ser una exposición sistemática, completa y exhaustiva del régimen de los fueros procesales.

Una advertencia: abordo la cuestión desde la óptica penal. Existen también fueros personales civiles. En ese orden jurisdiccional, los fueros personales están siempre vinculados a hechos realizados en el ejercicio de los cargos y se limitan a las demandas de responsabilidad civil (arts. 56.2 y 3, 61.3 y 73.2 LOPJ), con la única excepción del fuero especial de determinados componentes de la familia real, que es universal (art. 55 bis LOPJ). De cualquier modo, lo que diré sobre aforamientos penales puede extrapolarse sin grandes dificultades a esos excepcionales fueros civiles.

Hay que diferenciar tres planos en el debate.

i) El nivel constitucional. Algunos fueros personales se sustentan en la Constitución. Eso condiciona de manera determinante las eventuales propuestas orientadas a su modificación. La holgura interpretativa o de matizaciones o ensanchamiento o estrechamiento por vía de desarrollo legal están muy limitadas. Las variaciones más enjundiosas están ligadas necesariamente a una reforma constitucional que no se vislumbra muy factible en el panorama político actual. Toda propuesta en ese orden ha de ser consciente de que apuntará a un horizonte no inmediato. Mencionaré expresamente las vicisitudes de una iniciativa en ese sentido emprendida por el ejecutivo hace tres años que ha quedado olvidada y arrinconada, una vez amainó, hasta casi evaporarse; fue una coyuntural *fiebre colectiva antifueros*.

ii) Un segundo estrato viene conformado por la legalidad: los fueros establecidos en leyes, normalmente orgánicas, y en los estatutos de autonomía, integrados en el bloque de constitucionalidad.

iii) Por último, el nivel interpretativo. Hay muchas cuestiones relacionadas con los fueros, su ámbito de aplicación y su mayor o menor extensión que quedan sujetas al criterio del intérprete. Puede haber lecturas muy deferentes con el fuero y otras más restrictivas, así como desarrollos y formas de aplicación bien diversas. Su ámbito, objetivo, subjetivo y temporal no siempre está bien perfilado constitucional o legalmente y serán los aplicadores del Derecho (singularmente, los tribunales en que se sitúan esas competencias *ratione personae*) los llamados a aportar pautas que fijen los contornos últimos de cada aforamiento.

2. RELACIÓN DE AFORAMIENTOS

El número de aforados en nuestro Derecho es, sin duda, excesivo. Sería conveniente, por ello, aligerar la extensa nómina de aforados. En todo caso, se me antoja un tanto demagógico espetar la cifra —que, desde luego, por sí y sin más resulta escandalosa (se habla de 250.000)— ocultando el dato de que ese número se nutre en su mayor parte de los componentes de las cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado (previsión que, quizás, no merezca la pena mantener), y de jueces y magistrados, cuyo fuero ligado a delitos cometidos en el

ejercicio del cargo (con la excepción de algunos de los puestos más altos del escalafón, que tienen fuero universal) no es prescindible, y por asimilación con estos, por miembros de la carrera fiscal. Son estos tres colectivos los que provocan que la suma, sea tan abultada. Esta se vería reducida de forma espectacular con la supresión del fuero para agentes policiales por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, que, además, es un fuero de eficacia muy débil, dado que no altera la competencia en la instrucción. Se limita a traspasar del Juzgado de lo Penal a la Audiencia Provincial un número limitado de asuntos.

Repasemos, en todo caso, ese listado, omitiendo deliberadamente la exhaustividad en las referencias normativas para evitar el apelmazamiento del texto. Se trata no tanto de transmitir información —que se obtiene con facilidad— ni de engordar estas páginas, cuanto de reflexionar sin perder de vista lo concreto.

i) Están sometidos a la competencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo prevista en el art. 61 LOPJ:

- Los presidentes de Sala del Tribunal Supremo, y
- Los magistrados de una Sala del Tribunal Supremo cuando sean juzgados todos o la mayor parte.

ii) Gozan de fuero ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (arts. 55 bis y 57.2º y 3º LOPJ):

- La reina consorte o el consorte de la reina, así como el rey o la reina que hubiere abdicado y su consorte.
- El presidente y miembros del Gobierno (art. 102.1 CE), entre los que no se encuentran los secretarios de Estado (ATS de 25 de enero de 1995 recaído en la causa especial 160/1995 y que rectifica un criterio anterior afirmativo: AATS de 21 de marzo y 25 de octubre de 1984).
- Los presidentes del Congreso y del Senado y los diputados y senadores (art. 71.3 CE).
- El residente y los magistrados del Tribunal Supremo
- Los vocales del Consejo General del Poder Judicial (art. 119.1 LOPJ)
- El presidente y los magistrados del Tribunal Constitucional (art. 26 LOTC)
- El presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas, así como los magistrados que desempeñan funciones en cualquiera de los órganos de la referida Audiencia (AATS de 1 de junio de 1993 y 14 de febrero de 1996 —causa especial 3890/1995—; fuero que se extiende a los fiscales integrados en la Fiscalía de la Audiencia Nacional, pero no a aquellos otros componentes de fiscalías nacionales que pueden desempeñar sus funciones ante ese órgano: ATS de 30 de julio de 2015).
- Los presidentes y magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia

- El fiscal general del Estado, los fiscales de Sala del Tribunal Supremo, y los fiscales del Tribunal Supremo (respecto de estos últimos, por declaración del ATS de 17 de diciembre de 1991).
- El presidente y los consejeros del Tribunal de Cuentas (art. 35.1 de la LO 2/82 del Tribunal de Cuentas)
- El presidente y los consejeros del Consejo de Estado
- El Defensor del Pueblo y los adjuntos (art. 6.3 LO 3/1981 al Defensor del Pueblo)
- Los diputados autonómicos, cuando así lo establezcan los respectivos estatutos de autonomía (en general, cuando los delitos se cometen fuera del territorio de la comunidad autónoma).
- Los presidentes y miembros de los consejos de gobierno de las comunidades autónomas cuando los delitos se cometen fuera del territorio de la comunidad autónoma, criterio, este último, que cuenta con algunas excepciones (así, los residentes de los gobiernos autonómicos de Andalucía y Madrid y los miembros del Gobierno Foral Navarro, que están sometidos siempre a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo cualquiera que sea el lugar de comisión del delito; los miembros del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Valencia, cuya responsabilidad penal es exigible siempre ante el correspondiente Tribunal Superior de Justicia. Igualmente, hay que exceptuar las Comunidades Autónomas de Asturias, La Rioja, Extremadura y Castilla-León cuyos estatutos no contienen previsión alguna a este respecto, así como aquellos que en fechas recientes han suprimido los fueros autonómicos: Cantabria, Canarias, Murcia y Baleares).
- El Defensor del Menor del Madrid y las figuras autonómicas similares al Defensor del Pueblo por delitos cometidos fuera del territorio de la respectiva Comunidad Autónoma.
- Los jueces del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (arts. 3.3 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea).
- Los miembros del Parlamento Europeo (art. 9 del Protocolo sobre privilegios e inmunidades de las Unión Europea y, por todos, ATS de 20 de diciembre de 1990).
- Los representantes en la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa y en la Asamblea de la UEO (art. 15 del Acuerdo sobre privilegios e inmunidades del Consejo de Europa de 2 de septiembre de 1949 y art. 18 del Convenio sobre el Estatuto de la Unión Europea Occidental, de los representantes nacionales y del personal internacional de 11 de mayo de 1955).

iii) Tienen fuero ante la Sala de lo Civil y Penal del correspondiente Tribunal Superior de Justicia (art. 73.3. LOPJ):

- Los jueces, magistrados y miembros del Ministerio Fiscal por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la comunidad autónoma (fuera de los casos antes enumerados atribuidos al TS). La mención de las faltas ha quedado sin contenido, aunque subsiste alguna eficacia en cuanto a la imposibilidad de cuestionar el fuero para los delitos leves).
- Los miembros de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas por delitos cometidos dentro del territorio autonómico, siempre que el respectivo estatuto de autonomía contenga esta previsión y, con igual salvedad, miembros de los gobiernos de las comunidades autónomas (excepto los supuestos atribuidos a la Sala de lo Penal del TS ya enumerados, así como los miembros de Gobierno de las Comunidades Autónomas de Asturias, La Rioja, Extremadura, y Castilla-León, que en este concepto carecen de fuero especial).
- Las figuras equiparables al Defensor del Pueblo y sus adjuntos a nivel autonómico (art. 1.1º de la Ley 36/1985, de prerrogativas y garantías de las figuras de las Comunidades Autónomas similares al Defensor del Pueblo y régimen de colaboración y coordinación con las mismas): el Ararteko del País Vasco y su adjunto (art. 2 del Reglamento de 29 de diciembre de 1990 de organización y funcionamiento de tal institución); el Síndic de Greuges catalán (art. 10 de la Ley autonómica 14/1984, de 20 de marzo del Síndic de Greuges); el Valedor y el Vicealedor del pueblo gallegos (arts. 6.2 y 9.3 de la Ley autonómica de 5 de junio de 1984); el Defensor del Pueblo andaluz y sus adjuntos (arts. 2.1 y 2 del Reglamento de organización y funcionamiento del Defensor del Pueblo Andaluz de 20 de noviembre de 1985); el Síndic de Greuges de la Comunidad Valenciana (art. 6 de la Ley autonómica 11/1988, de 26 de diciembre); el Justicia de Aragón y su lugarteniente (arts. 4.3 de la Ley de 27 de Junio de 1985 y 3 del Reglamento de organización y funcionamiento del Justicia de Aragón de 6 de junio de 1990); y el Defensor del Menor de la Comunidad Autónoma de Madrid (art. 9.3 de la Ley 5/1996 de la Comunidad de Madrid).

iv) Por último, gozan de fuero para ser enjuiciados siempre ante la Audiencia Provincial por los delitos perpetrados en el ejercicio de sus funciones los miembros de los cuerpos y fuerzas de de seguridad del Estado (art. 8.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, corregido por la STC 55/1990, de 28 de marzo que declaró inconstitucional la atribución de la instrucción de las causas por esos delitos a la Audiencia Provincial y mantuvo su fuero para el enjuiciamiento: en sus razonamientos, el TC declara que no se trata de un fuero en sentido estricto, sino una regla singular de competencia). El fuero en favor de los juzgados de instrucción para conocer de las faltas ha quedado sin contenido alguno.

v) A esta enumeración habría que añadir alguna previsión de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar (arts. 23.2 y 34.1) que prevé determinados aforamientos en la Sala Quinta del Tribunal Supremo (capitanes generales, generales de Ejército, almirantes generales y generales del Aire, tenientes generales y almirantes, cualquiera que sea su situación militar, miembros del Tribunal Militar Central, fiscal togado, fiscales de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y fiscal del

Tribunal Militar Central) y, en el Tribunal Militar Central, los poseedores de la Cruz Laureada de San Fernando con carácter individual; autoridades y funcionarios civiles de todo orden que, sin tener fuero personal reservado al Tribunal Supremo gozasen de aforamiento personal especial en la jurisdicción ordinaria; auditor presidente y vocales de los Tribunales Territoriales, jueces togados militares y fiscales relatores, todos ellos en el ejercicio de las funciones que esta ley les atribuye y aquellos otros que cuenten con él en virtud de una ley). Saltan a la vista algunos excesos (poseedores de una alta condecoración) junto a otras previsiones llenas de sentido: delitos en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de la justicia militar.

3. ANOTACIONES AL ÁMBITO SUBJETIVO DE LOS AFORAMIENTOS

Los comentarios que siguen versan sobre el contenido de esos fueros, su rango normativo y, de algún modo., su justificación; así como sobre las perspectivas de su reforma.

3.1. FUEROS DE RANGO CONSTITUCIONAL

Solo gozan de respaldo constitucional el fuero de los diputados y senadores, y el del presidente y los miembros del Gobierno (arts. 71 y 102 CE). El resto de los fueros son disponibles por el legislador. Se produjo un amago de reforma constitucional concretada en esos dos aforamientos para limitarlos a los delitos cometidos en el ejercicio de las funciones respectivas (es decir, como parlamentario o como miembro del Gobierno). Ese era el planteamiento del Pleno del Consejo de Estado (dictamen de 15 de noviembre de 2018, realizado a requerimiento del Gobierno), propuesta que ha caído en un relativo olvido. Sin perjuicio de que en la coyuntura actual pueda resultar utópica la posibilidad de una reforma constitucional puntual y consensuada, no me parece del todo desenfocada la idea promovida. Esa impresión inicialmente favorable se ve alimentada precisamente por razones que, sin embargo, para algunos comentaristas militarían en contra (Matia Portilla, 2020: 201). Pienso en la reducción del fuero de los parlamentarios a los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones lo que supone dejarlo reducido casi a la nada, a la vista de la institución de la inviolabilidad y de la limitada autonomía de cada parlamentario. Resulta insólito el supuesto del delito cometido en el ejercicio de la función estrictamente parlamentaria, salvo que pensemos en miembros de las mesas de las Cámaras (*Ibidem*: 202). Pero precisamente eso acercaría el sistema a las pautas más comunes en el Derecho comparado, que excluyen del fuero generalmente a los diputados, siendo más habitual que se reconozca a los miembros del Gobierno (ya sea a todos o solo a su presidente). Obviamente, una modificación constitucional en esos términos solo podría ser coherente si paralelamente fuese seguida de una modificación de los fueros no constitucionales.

3.2. FUEROS INSTITUCIONALES

Hay otro grupo de aforamientos no impuestos por la Constitución cuyo fundamento común estriba en la dignidad e importancia o relevancia institucional del cargo y función desempeñada y que se establece para todos los delitos (excepto los leves, como luego veremos). Son los residenciados en la Sala Segunda del Tribunal Supremo (o en algún caso en la Sala del art. 61 LOPJ) por los arts. 55 bis y 57.2 y 3 LOPJ (excluida la remisión a los estatutos de autonomía). El fuero alcanza a la instrucción y al enjuiciamiento. Algunos tienen cierto anclaje constitucional en la medida en que la norma fundamental remite a un desarrollo legal del estatuto de algunos cargos (*v. gr.*, arts. 122 CE —miembros Consejo General del Poder judicial— o 165 CE —magistrados del Tribunal Constitucional—). Otros obedecen a pura decisión del legislador. Entiendo que algunos pueden ser replanteados: seguramente no tengan sentido. Y los más admisibles podrían limitarse a los delitos cometidos en el ejercicio del cargo (salvo los relacionados con la monarquía). Por lo que diré, los que amparan el ejercicio de funciones jurisdiccionales (Tribunal Constitucional y de Cuentas) son sin duda irrenunciables. En el caso del Tribunal Constitucional, debe anotarse que, según ha entendido a Sala Segunda del TS, el reformado art. 4 de la LOTC no supone la inviolabilidad de orden penal.

3.3. FUEROS AUTONÓMICOS

Otro conjunto de fueros es el de los cargos autonómicos. Se caracterizan por un cierto mimetismo respecto a la organización del Estado central. Tratan de reproducir —incluso se llegó a establecer en algún caso una inmunidad que fue declarada inconstitucional— el esquema estatal, buscando la asimilación y el paralelismo, como si las diferencias en esos particulares supusiesen una devaluación del poder autonómico. Seguramente no es solo eso, pero sí hay un cierto afán de emular al *hermano mayor*, valga la imagen, desafortunada por muchas razones, pero válida por su plasticidad y fuerza expresiva. En este ámbito se ha iniciado una cierta marcha atrás en algunas comunidades que han optado por suprimir esos fueros (Canarias, Murcia, Cantabria y Baleares ya los han derogado; en otras, hay reformas en trámite —La Rioja— o promesas y anuncios; e incluso intentos de reforma decaídos por razones coyunturales y no de fondo: Castilla y León, Madrid, Asturias, Valencia, Aragón). En mi opinión, la supresión total quizás sea excesiva, pero se me antoja muy saludable una muy sustancial reducción. Me atrevo a sugerir una fórmula provisional y cautelosa que no es fruto de una meditación detenida: limitar el fuero a los presidentes y consejeros de gobierno por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, residenciándolo en todo caso en el Tribunal Superior de Justicia, y dejar al margen a los diputados y otros cargos autonómicos. El fuero subsistiría pese a la pérdida del cargo, lo que, como razonaré más adelante, resulta más armónico con el principio constitucional de *predeterminación* legal del juez. Desde luego, se me antoja poco estética la combinación del fuero de diputados autonómicos con la forma de elección de uno de los magistrados componentes de la Sala de lo Civil y Penal del órgano de aforamiento, el llamado magistrado autonómico. Esa fórmula, «[...] kafkiana invención cuya inconsis-

tencia e inconciliabilidad con los postulados que identifican el poder judicial del Estado democrático de Derecho es tan obvia como inexplicable» (Arnaldo Alcubilla, 2021), debiera desaparecer.

3.4. JUECES Y MAGISTRADOS

El fuero de jueces, magistrados y, por equiparación, de los miembros de la carrera fiscal, por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones no puede ser abolido de ninguna forma. Su *ratio* es singular. Es la que explica que, salvo en los niveles más altos, solo opere respecto de delitos cometidos con motivo del ejercicio de sus funciones judiciales (o las propias del fiscal), lo cual, además de revestir una aplastante lógica, es exigencia orgánica irrenunciable. Si el art. 12 LOPJ concibe como principio básico la imposibilidad de que un juez corrija la aplicación del Derecho realizada por otro sino es a través de los recursos establecidos en las leyes procesales, y la organización judicial tiene una estructura jerárquica, sería un despropósito situar a un juez de instrucción en la obligada tesitura de evaluar si existen indicios de prevaricación (resolución contraria a Derecho) en la sentencia dictada por los magistrados de una audiencia provincial; o a un juez de lo penal proclamando que la decisión del magistrado presidente de un Tribunal del Jurado es punible por detectarse en su ejecutoria *ignorancia inexcusable*. En esta consideración encuentran su fundamento algunos de los excepcionales *aforamientos civiles* (los referidos a responsabilidad civil de jueces y magistrados) que han estado presentes en nuestra legislación. Y es que una actividad jurisdiccional no puede ser revisada por un órgano inferior. Por eso, son aforamientos que perviven aunque se haya cesado en el cargo. Así lo ha resaltado la jurisprudencia, apartándose de la regla que preside la exégesis del resto de los fueros: el cese en el cargo supone la pérdida del fuero.

3.5. MIEMBROS DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO

Se trata de un supuesto singular. Bien vistas las cosas, su trascendencia tiene un alcance muy relativo, pues afecta a un número limitado de delitos, los que, habiéndose producido en el desempeño de las específicas funciones que les están atribuidas, son competencia de los juzgados de lo penal. Y se limita a elevar el conocimiento de esas infracciones a las audiencias provinciales, cuya competencia para conocer de los delitos atribuidos por la norma general (penalidad) no se altera cuando son perpetrados por estos agentes en el ejercicio de su cargo. Esa realidad, unida a la interpretación enormemente restrictiva del ejercicio de las funciones del cargo, permiten sostener con cierto fundamento que no es propiamente un fuero personal, sino más bien una regla especial de competencia que solo afecta a los delitos menos graves y se limita a subir un escalón en el nivel del enjuiciamiento, manteniendo las reglas ordinarias para la instrucción (como consecuencia de la temprana declaración de inconstitucionalidad de la previsión contraria) y para los restantes delitos. No parece que, a efectos de *contabilidad*, este supuesto reúna méritos suficientes para entrar en la

suma de *aforados* avivando demagógica e, hipócritamente, el escándalo social: se trataría de ¡232.000! aforados. Existiendo ya un sistema de apelación generalizada, no me parece muy relevante la discusión sobre este punto. Hay algunas razones para mantener la previsión; pero, quizás, algunos las reputen insuficientes. De cualquier forma, creo que no es cuestión de trascendencia. Si se estima que resulta conveniente hacer desaparecer esa especialidad, hágase; pero eso sería un abordaje en falso del tema de los aforamientos, por más que la venta mediática («[...] se reducen casi en un cuarto de millón el número de aforados») reportase mucho rédito populista.

3.6. FUEROS DE CARGOS SUPRANACIONALES POR ASIMILACIÓN

Me referiré ahora a las autoridades y cargos de instituciones de carácter supranacional o internacional a los que se reconocen ciertas inmunidades y privilegios (jueces de los tribunales de la UE, miembros del Parlamento Europeo y representantes en la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa y en la Asamblea de la UEO). En este caso, y en un plano *de lege lata*, me parece discutible que gocen de ese fuero competencial que la jurisprudencia ha proclamado por asimilación. Los textos internacionales en que se basa el fuero se limitan a equiparar el régimen de inmunidades de tales cargos al de los diputados y senadores nacionales. La interpretación restrictiva que ha de imperar en esta materia impide, a mi juicio, integrar el fuero en el concepto de *inmunidades*. Creo que la interpretación ortodoxa pasaría por atribuirles inmunidad (necesidad de autorización para la inculpación e inmunidades de detención), pero no fuero. No es ese, sin embargo, el entendimiento de nuestra jurisprudencia, que desde los primeros casos declaró que esas referencias de los textos internacionales a las inmunidades abarcaban también el fuero competencial (ATS de 18 de noviembre de 1991, recaído en la causa especial 1600/1991, o ATS 17 de marzo de 2017: muchas otras resoluciones se alinean con este criterio interpretativo, pacífico en la jurisprudencia), que, por tanto, queda residenciado, sea cual sea la infracción cometida, en la Sala Segunda del Tribunal Supremo por asimilación a los parlamentarios nacionales (art. 71.3 CE).

3.7. EXTENSIÓN DEL FUERO A NO AFORADOS: EL EFECTO ARRASTRE ANUDADO A LA CONEXIDAD

Cuando en la infracción atribuida a un aforado intervienen no aforados, la regla general es la atracción de la competencia marcada por el fuero personal a todos los enjuiciados (*vid.* arts. 11 y 272 LECrim). Eso supone sustraer a algunos justiciables de su, en principio, *juez natural*; así como privarles de algunos medios de impugnación. La jurisprudencia, basándose en alguna resolución del TEDH, se ve condicionada por la imposibilidad de convertir el órgano de casación en sede para la investigación y, en su momento, enjuiciamiento, de tramas con decenas de implicados, lo que podría llegar a colapsar el órgano o, al menos, a distraer sus medios personales y materiales de su principal función (nomofiláctica). Por eso se ha ido imponiendo una doctrina cada vez más restrictiva, de la que me limitaré a expo-

ner sus rasgos principales. La idea es que no basta la conexidad para ese efecto de *arrastré*; ni siquiera la eventualidad de sentencias contradictorias. Es necesario que pueda afirmarse de forma rotunda que es inescindible desde todo punto de vista el enjuiciamiento de los no aforados. La regla general se ha llegado a invertir: seguimiento de causas distintas, salvo que se evidencie que es imposible (*vid.* STS 64/2001, de 17 de marzo o AATS de 9 de septiembre de 2015 o 3 de noviembre de 2017).

Ítem más, solo cuando en la causa cuya instrucción generalmente ha de ser iniciada y seguida en sus primeros momentos por el correspondiente juzgado de instrucción, aparezcan perfilados con cierta contundencia indicios frente al aforado será aceptable la separación para elevar la correspondiente exposición razonada al órgano superior en que radica el fuero, visión harto restrictiva que ha sido objeto de críticas (Matia Portilla, 2020: 192). Esta jurisprudencia *autodefensiva* provoca disfunciones cuando se combina con las causas de interrupción de la prescripción. El efecto interruptivo se produce cuando *el procedimiento se dirige contra el presunto culpable*. Se hace difícil sostener que un procedimiento que se sigue ante un órgano no competente se está dirigiendo contra un aforado (*vid.* la similitud de las expresiones de los arts. 309 LECrim y 132.2 CP).

El art. 36.2 de la LECrim de 2020 sale al paso de esta doctrina jurisprudencial con la siguiente previsión: «Si en un procedimiento aparecen simultáneamente encausadas personas sujetas a distintos fueros, todas ellas quedarán sometidas al órgano competente por razón del aforamiento sin que, en ningún caso, pueda dividirse la causa».

Las dificultades para el derecho de defensa que podía originar el retraso en la incorporación oficial del investigado aforado al procedimiento trataron de paliarse con la previsión del art. 118 bis LECrim. No parece que exista dificultad para aplicar tal norma de forma extensiva a aforados distintos de los diputados y senadores nacionales, los únicos allí mencionados.

4. ANOTACIONES SOBRE EL ÁMBITO OBJETIVO DE LOS AFORAMIENTOS

Por razón de su extensión, los aforamientos pueden ser universales (se extienden a todas las infracciones penales, sea cual sea su naturaleza); o relativos o condicionados (solo afectan a los delitos cometidos en el ejercicio del cargo, que determina el régimen especial de competencia). Como se ha visto, en nuestro actual ordenamiento todos los fueros son universales o absolutos, salvo el previsto para los jueces, magistrados y fiscales no situados en los escalones superiores de las respectivas carreras, o para los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad. La reforma constitucional que impulsó el Gobierno, pronto olvidada en algún desconocido cajón de algún Ministerio, se basaba, siguiendo las recomendaciones del Consejo de Estado, en la drástica reducción de los fueros absolutos (seguramente, solo habría de subsistir con ese carácter el de determinados miembros de la familia real). Como ya he apuntado, esa perspectiva es coherente con con el fundamento del fuero más ligado a la función, al cargo, que a la persona que ostenta el cargo.

La interpretación de lo que ha de entenderse por *ejercicio de las funciones* merece una comprensión restrictiva que ha sido desarrollada por el TS especialmente en relación con los delitos imputados a agentes policiales.

Hay otras dos cuestiones *de lege lata* que afectan al ámbito objetivo de los aforamientos y que merecen ser abordadas: la relación de los fueros con los delitos leves y con los delitos atribuidos al Tribunal del Jurado.

4.1. FUEROS Y DELITOS LEVES

Con criterio discutible, la jurisprudencia vino entendiendo que estos fueros solo afectaban a las causas por delito y no a los juicios de faltas. Detrás de ese criterio, aunque con revestimiento dogmático no despreciable, latía también cierto ánimo defensivo que huía espantado ante la perspectiva de convertir las Salas del edificio de las Salesas en una sede para la celebración de juicios de tráfico, insultos o trifulcas sin relevancia.

Los AATS de 22 de mayo de 1981; de 17 de enero y 13 de marzo de 1992; de 7 de mayo de 1993; de 25 de abril de 2001; de 7 de octubre de 2004, o, más recientemente, de 23 de septiembre de 2010 han mantenido este criterio basándose en una interpretación literal de los arts. 71 CE, 57.1.2º LOPJ y 750 LECrim (referencias a «causas» y a «causas por delito», así como los términos inculpar o procesar). La argumentación concluía que, cuando de faltas se trataba, no existía aforamiento ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Cuestión distinta, para diputados y senadores, sería dilucidar si se exige o no suplicatorio. Algún autor mantuvo que, en la medida en que este tipo de infracciones no llevaban aparejada pena privativa de libertad ni inhabilitación, la condena difícilmente podría perturbar el funcionamiento de las Cámaras o alterar su composición, lo que, puesto en relación con el fundamento de la prerrogativa, abonaría la tesis de su no necesidad. Pienso que, en todo caso, era y es necesario el suplicatorio, aunque deberá instarlo el órgano competente, es decir, el juez de instrucción, sin perjuicio de cursarlo a través de la Sala Segunda, cuya intervención se limitaría a una tramitación formal de la petición y no tendría capacidad alguna para revisar la decisión del juez de instrucción (AATS de 4 de diciembre de 1981, de 22 de octubre de 1982, de 6 de marzo de 1985, de 15 de enero de 1992 y de 7 de mayo de 1993 —recaído, este último, en la causa especial 690/1993—). De esa forma, el art. 5 de la Ley de 1912 que establece que «solo al Tribunal Supremo» corresponde esa facultad, sería objeto de una interpretación correctora. Esta doctrina dio lugar a un cierto enfrentamiento con el Senado en 1985, controversia que permaneció latente; los servicios técnicos de tal Cámara sostuvieron que el suplicatorio debía rechazarse *a limine* al no provenir directamente del Tribunal Supremo, órgano que consideraban igualmente competente para el conocimiento de las faltas.

Tras la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, que suprimió las faltas, pero mantuvo algunas de ellas y las encuadró en la nueva categoría de delitos leves, pierden toda capacidad suasoria ambos argumentos (tanto el gramatical —*causas por delito*— como

el teleológico —imposibilidad de afectar a la función parlamentaria—. Pese a ello, subsiste el argumento *freudiano* (exteriorizado con forma de argumento histórico): el Tribunal Supremo se ha decantado por mantener la excepción; así, los delitos leves escapan al fuero competencial en parangón con las derogadas faltas, (AATS 20 de diciembre de 2017 y de 8 de enero de 2018). Se aduce otra razón complementaria de tipo procesal: se ha mantenido el juicio de faltas para enjuiciar los delitos leves.

4.2. TRIBUNAL DEL JURADO Y FUEROS

¿*Quid* de la comisión por un aforado de delitos competencia del Tribunal del Jurado?

Carece de sentido proyectar el fuero a esos delitos. En verdad cambiará el órgano instructor. También el rango o categoría del magistrado presidente. Pero nueve ciudadanos elegidos para operar como colegio de jurados en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia o del Tribunal Supremo no pueden ser en nada distintos a otros nueve ciudadanos que integren el jurado en el marco de una audiencia provincial. El fuero no se traducirá en un enjuiciamiento (al menos en el plano fáctico) por jueces con mayor experiencia y arrastrará todos sus inconvenientes (limitación de recursos). En una reducción algo grosera, pero esencialmente exacta, la eficacia del fuero quedará limitada al órgano instructor (un componente de la Sala del Tribunal Superior de Justicia) y a la eliminación del recurso de apelación. El enjuiciamiento en sí, aunque completado en los aspectos jurídico y procesal por el magistrado presidente, que habrá de ser uno de los integrantes de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ, estará residenciado en nueve ciudadanos, un colegio esencialmente igual en su selección, cuerpo de candidatos, formación, etc. al que habría de formarse en el seno de la Audiencia Provincial.

Para *sus* aforados, el Tribunal Supremo pronto excluyó el Jurado. El enjuiciamiento en el Tribunal Supremo no es compatible con un proceso por Jurado. El argumento, basado en la dicción de los arts. 71 y 102 CE (Circular 3/1995 de la Fiscalía General del Estado), valdría solo para los fueros constitucionales. Pero *de facto* se extiende a todos. El ATS de 9 de febrero de 1999, plasmando la decisión previamente adoptada por la Junta General de la citada Sala de conformidad con el art. 264 LOPJ en su reunión de 27 de noviembre de 1998, estableció ese criterio con el mismo argumento: el art. 57 LOPJ no ha sido modificado por la LOTJ y la Sala Segunda del Tribunal Supremo no puede equipararse a un órgano jurisdiccional *ad hoc* compuesto por los nueve jurados que han de emitir el veredicto, aunque sean presididos por un magistrado de dicha Sala.

Otra interpretación se impone —y se ha impuesto— en relación con los aforamientos en los Tribunales Superiores de Justicia autonómicos si no se quiere vaciar de contenido la alusión a *otros tribunales* del art. 83.1 LOPJ.

4.3. FUEROS Y JUICIOS RÁPIDOS

No parece factible el seguimiento para aforados de la modalidad de enjuiciamiento rápido introducida en la reforma procesal penal de 2002. Teóricamente, ninguna razón dogmática o mención legal se opondría a ello. Pero *de facto*, la inusual incoación de estos procesos en virtud de un atestado, la imposibilidad habitual de una detención y, sobre todo, en el caso de los parlamentarios —y el inevitable frenazo que hay que dar en la tramitación para solicitar el suplicatorio, lo que supondrá una paralización incompatible con esta modalidad procesal— hacen poco viable el enjuiciamiento rápido o acelerado para aforados. Eso no ha impedido al TS aplicar a diputados o senadores la conformidad privilegiada del art. 801 LECrim.

5. ÁMBITO TEMPORAL DEL FUERO

5.1. INICIO Y TÉRMINO

Los aforamientos no menoscaban el derecho a la determinación legal del juez. El art. 14 LECrim tiene rango de ley, al igual que el art. 57 LOPJ o el art. 65 de la misma LOPJ. Es la ley la que está llamada a fijar el órgano judicial competente y, para hacerlo, pueden manejarse los criterios que parezcan más oportunos dentro de cierta racionalidad.

Ahora bien, en determinados casos sí puede influir la necesidad de *predeterminación* del juez competente. La CE no habla de juez determinado por la ley sino *predeterminado*. El prefijo introduce un elemento cronológico que exige un referente: *pre* significa *antes de*. ¿Antes de qué? Idealmente, caben tres interpretaciones: antes de que se inicie el proceso (lo que determinaría la *perpetuatio* en el momento de incoación de las diligencias); antes del juicio oral (lo que permitiría que una reforma legal o determinadas incidencias sobrevenidas provocasen durante el proceso variaciones de la competencia); o antes de la comisión del hecho (que sería la fecha a tomar en consideración para fijar una competencia ya inmutable en virtud de la norma constitucional).

En un plano estrictamente canónico, me parece que esta última es la opción más ortodoxa. Las modificaciones de competencia, pendiente el proceso, están vedadas también para el legislador: la ley ha de ser previa a su incoación. Y se me antoja que, en el ámbito penal, la fecha del delito debe ser la determinante. En este momento, el juez competente para el enjuiciamiento lo será con independencia de que se produzcan modificaciones legales posteriores.

La combinación de esta regla (que no es normalmente asumida ni por el legislador ni por la jurisprudencia) con los fueros, provoca disfunciones, en la medida en que el fuero puede adquirirse y perderse estando pendiente el proceso. Se trata de una circunstancia bastante habitual, dada la proverbial lentitud de la justicia, tan poco acorde con los ritmos vertiginosos de la vida política y la interacción entre lo judicial y lo político: la imputación,

la apertura de una causa penal, determinará a veces la dimisión del cargo, y otras, el apartamiento de las listas en la siguiente convocatoria electoral.

Es criterio pacífico —que probablemente carece de una posible alternativa exegética— que el acceso al cargo que lleva aparejado un fuero procesal supondrá un cambio sobrevenido de competencia. Las causas pendientes contra quien adquiere el fuero deberán reenviarse al tribunal donde radica el aforamiento, aunque en alguna medida queden erosionadas, debilitadas o matizadas las exigencias de la *predeterminación*. En cuanto a los diputados y senadores, esa regla está expresamente proclamada en el párrafo 2º del art. 751 LECrim en referencia avalada por el art. 22.1.2º del Reglamento del Senado. A partir de ese momento, desplegará toda su eficacia el fuero procesal especial, obligando al juez o tribunal que estuviese conociendo de la causa a remitirla a la Sala Segunda del TS (art. 2.2 de la Ley de 1912). Ese criterio rige incluso en aquellos casos en los que se ha procedido ya a la apertura del juicio oral, a diferencia del supuesto inverso. Es *praxis* uniforme.

El supuesto, muy habitual, de la pérdida de la condición de aforado arrastra a su vez como contrapartida y según *praxis* hoy ya pacífica, la modificación sobrevinida de la competencia, salvo que estuviese decretada la apertura del juicio oral, según puntualización realizada por la jurisprudencia. Una reiterada jurisprudencia que, en contra de lo afirmado en el párrafo final del art. 1 de la Ley de 1912, consagra el principio de la *perpetuatio iurisdictionis* de la Sala Segunda del TS, ha aplicado idénticos efectos al fuero de los diputados o senadores (o, por extensión, de cualquier otro cargo con fuero): la pérdida de ese estatus lleva aparejado el cese de la competencia de la Sala Segunda del TS (o, en su caso, del TSJ) y la necesidad de remitir la causa al órgano que resulte competente para la instrucción o enjuiciamiento según la fase procesal en que se halle el proceso (AATS de 24 de marzo de 1983, de 21 de marzo de 1984, 8 de julio y de 6 de octubre de 1986, y 12 y 27 de julio de 1993, recaídos, respectivamente, en las causas especiales 2020/1991 y 1190/1991 o 24 de septiembre de 1998 —causa especial 2990/1994—. Esta interpretación jurisprudencial ha sido avalada por el Tribunal Constitucional en la STC 22/1997, de 11 de febrero. Solo cuando se ha abierto el juicio oral queda fijada ya la competencia a estos exclusivos efectos (Cfr. STS 869/2014, de 10 de diciembre, que aplica el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 2 de diciembre de 2014). Por su parte, el Anteproyecto de la LECrim de 2020 consagra ese criterio: «Si antes de la apertura del juicio oral deja de dirigirse el procedimiento contra la persona aforada, se pasarán los autos al tribunal que sea competente» (art. 36.5).

No me parecen totalmente satisfactorios esos criterios, que comportan modificaciones sobrevinidas de la competencia en razón de circunstancias que, en buena parte, dependen del justiciable (presentarse a unas elecciones, aceptar un cargo, dimitir). De esa forma, la elección del juez queda, en alguna medida, en manos del justiciable. Los fueros no son renunciables, pero sí los cargos a los que están anudados.

Solo hay en la jurisprudencia una excepción a estas reglas: los fueros de los jueces y magistrados por los delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos, que subsisten aunque el acusado haya perdido la condición de juez o magistrado por jubilación, expulsión, renuncia o cualquier otra causa. Si en esos casos el fuero se establece por la materia (delitos cometidos en el ejercicio de la función jurisdiccional), que exige que su supervisión sea

realizada por órganos superiores, lo de menos es que se mantenga o no la condición del acusado. Lo relevante es la actividad que se está fiscalizando desde una perspectiva penal.

El ATS de 19 de noviembre de 1999 de la Sala Segunda se inclinó por la aplicación del criterio general: cuando el magistrado sometido a proceso penal por delitos perpetrados en el ejercicio de la función judicial deja de ostentar esa condición (por renuncia, jubilación, cese o cualquier otra causa), el fuero decae. En materia de mantenimiento o no del fuero en caso de jubilación de magistrados, anteriormente se habían mantenido criterios contrapuestos en diversas resoluciones (*vid.* AATS de 28 de noviembre de 1988, de 13 de febrero de 1986, de 30 de diciembre de 1988 o de 27 de enero de 1987, este último de la Sala especial del art. 61, en el que, en contra de la tesis más frecuente entonces, se retuvo la competencia pese a la pérdida del cargo, pues, como declaró el TS: «Más al tratarse de imputación de un delito cometido en el ejercicio de sus cargos, la garantía, que no privilegio, de la función desempeñada establecida en los arts. 757 y siguientes LECrim debe perdurar más allá de la jubilación, pues en otro caso se malograría la finalidad pretendida por la ley»). El criterio del ATS de 19 de noviembre de 1999 (recaído en la causa especial 1920/1998: renuncia a la condición de magistrado) ha sido revisado y las SSTs 1737/2000 de 4 de abril y 1245/2001 y de 5 de noviembre precisaron que, en el caso de jueces y magistrados enjuiciados por delitos cometidos con motivo de sus funciones, el fuero se mantiene, pues tiene un carácter mixto y trata, entre otras cosas, de evitar que una actividad jurisdiccional pueda ser revisada por un órgano inferior. Esos aforamientos operan en razón de su objeto: siempre que se trate de delitos cometidos en el ejercicio de la función judicial. Cuando se trata de delitos cometidos por jueces o magistrados en el ejercicio de sus funciones, su enjuiciamiento penal supone también una fiscalización o revisión de su actividad jurisdiccional y esta idea está presente en la configuración legal de este fuero especial. El sistema jerárquico de organización del poder judicial exige que las resoluciones de los órganos judiciales solo puedan ser revisadas por los órganos superiores en el ejercicio de sus competencias. Cuando en el ejercicio de esa actividad jurisdiccional se comete un delito, la coherencia del sistema excluye que otro órgano judicial pueda fiscalizar y revisar la actuación judicial de otro órgano de igual rango y jerarquía. En apoyo de este argumento militan las reglas especiales de competencia, que rigen también, con ciertos matices, en el orden jurisdiccional civil para conocer de las demandas de responsabilidad civil contra jueces y magistrados (arts. 56.3º, 61.1.3º, y 73.2.b LOPJ). Por eso, en virtud de los arts. 57 y 61 LOPJ, interpretados de una forma sistemática, y en relación con los delitos ajenos al ejercicio de la función jurisdiccional, el fuero sería temporal y conectado exclusivamente a la permanencia en el cargo, mientras que, en lo atinente a los delitos por hechos cometidos en el ejercicio de la actividad judicial, el fuero sería permanente y subsistiría aunque se hubiese cesado en el cargo.

El supuesto especialísimo del aforado cuya condena es anulada por el TC, que ordena reponer las actuaciones al momento anterior al enjuiciamiento, es analizado por la STS 467/2002, de 8 de marzo. Habiendo cesado ya en el cargo en el momento de afrontar el nuevo juicio oral, se atribuyó la competencia al tribunal ordinario, y no al establecido para el cargo que ostentaba cuando se celebró el juicio oral posteriormente anulado. Dado que

el pronunciamiento del TC retrotraía las actuaciones «[...] al momento inmediatamente anterior a la convocatoria del juicio oral» y que el Alto Tribunal determinó que solo procedía a la anulación respecto de uno de los enjuiciados, había de mantenerse el fuero, puesto que «[...] carecería de toda lógica y de todo fundamento legal que unos hechos —objeto de la misma causa penal— en los que han estado implicadas distintas personas —aforados o no— fuesen juzgados por dos órganos jurisdiccionales diferentes, cuando, además, la persona aforada —en este caso, el hoy recurrente— en el momento al que deben retrotraerse las actuaciones —que es al que, en definitiva, ha de estarse al objeto examinado— tenía la condición de aforado». La cuestión no está totalmente clara y posiblemente merecerá en cada caso una solución ajustada a las circunstancias presentes: en el supuesto examinado, parece que pesaba demasiado el hecho de que la sentencia inicial fuese ya firme respecto de otros enjuiciados no aforados, con lo que la paradoja hubiese sido clamorosa. En la misma causa, el aforado habría sido juzgado por el tribunal ordinario y el resto de acusados por el tribunal especial para aforados (!).

Cuando ya ha recaído sentencia, el fuero pierde toda incidencia. Mi criterio es que, desde el momento en que se declara el juicio *visto para sentencia*, las modificaciones en la competencia derivadas de la adquisición de un fuero carecerán de eficacia: la competencia para conocer de los recursos y la ejecución quedarán determinadas por referencia al órgano que dictó la sentencia. Así lo afirma, entre otras, la STS 1952/2000, de 19 de diciembre, que traduce en términos jurisdiccionales el acuerdo de la Junta General de Magistrados de la Sala Segunda del TS de adoptado el 15 de diciembre, que analiza el problema que se plantea en el caso de que la persona acceda a la condición de senador cuando la sentencia condenatoria está pendiente de recurso de casación. Tras analizar la normativa existente, el texto afirma que «[...] todo el aparato protector se contempla en relación con los supuestos de detención, inculpación o procesamiento, pero no está previsto para las fases de recursos posteriores», por lo que llega a la conclusión de que «[...] cuando nos encontramos ante una sentencia definitiva, y la condición de senador se adquiere durante la fase de los recursos, no se estima necesaria la solicitud de suplicatorio». En relación con el suplicatorio —no en cuanto al fuero—, esa ha sido la tesis que ha marcado las decisiones adoptadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el denominado juicio del *procés* ante la adquisición de la condición de parlamentarios de algunos de los procesados.

Las consideraciones precedentes me llevan a ver con simpatía, también desde este punto de vista (ámbito temporal de los fueros), la idea de vincular los fueros a los delitos cometidos con motivo u ocasión del desarrollo del cargo. Esa regla zanjaría los problemas del ámbito temporal del fuero: todos los delitos cometidos en el ejercicio de ese cargo con independencia de que este siga ostentándose o no en el momento del enjuiciamiento. Ninguna fricción con el derecho constitucional al juez ordinario *predeterminado* por la ley.

En el caso del art. 55 bis LOPJ, dada la peculiaridad del *cargo* (más condición que cargo), si se mantiene, el fuero debería ser universal: en cierto sentido, todo lo que hacen los miembros de la familia real lo hacen como miembros de la familia real: son distinguibles jurídicamente los actos oficiales y las actuaciones privadas, pero estas últimas no dejan de ser actuaciones de un miembro de la familia real.

5.2. BASE INDICIARIA NECESARIA PARA LA ACTIVACIÓN DEL FUERO

El art. 309 LECrim dispone: «Si la persona contra quien resultaren cargos fuere alguna de las sometidas en virtud de disposición especial de la Ley Orgánica a un tribunal excepcional, practicadas las primeras diligencias y antes de dirigir el procedimiento contra aquella, esperará las órdenes del tribunal competente a los efectos de lo prevenido en el párrafo segundo y última parte del quinto del artículo 303 de esta Ley».

Apareciendo en la causa indicios de culpabilidad contra un aforado, el art. 309 LECrim —en concordancia con el párrafo último del art. 303 del mismo cuerpo legal— prohíbe al juez de instrucción avanzar en el procedimiento para dirigirlo contra el aforado, con una sola excepción: la práctica de lo que el art. 309 denomina primeras diligencias, a las que hace referencia el párrafo último del art. 303 aludiendo a las «medidas de precaución» necesarias para evitar la ocultación del delito en casos urgentes. En la misma línea, y en relación con los diputados y senadores, el art. 2.1 de la Ley de 9 de febrero de 1912 alude a «[...] las medidas necesarias para evitar la ocultación del delito o la fuga del delincuente».

Las restricciones que inspiran esa norma no se corresponden con la *praxis*. La idea que quería transmitir el legislador era que, ante la aparición de indicios contra un aforado, el instructor ordinario habría de limitarse a lo inaplazable: el levantamiento del cadáver, una entrada y registro, la ocupación de los instrumentos del delito, la recogida del cuerpo del delito y piezas de convicción (arts. 334 ss. LECrim), la autopsia (arts. 343 y 353 LECrim)... *Mutatis mutandi*, las expresiones de los arts. 303, 309 y 13 LECrim evocan las «actuaciones inaplazables» a las que se refiere el art. 24 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

El apartamiento de lo que parece ser la percepción legal ha venido de la mano de la jurisprudencia, que, con algún componente de autodefensa, desde hace años ha ido perfilando una doctrina a tenor de la cual la asunción de la competencia de la causa seguida contra el aforado solo procederá cuando se aprecie un cuadro indiciario de cierto nivel. Es esa una doctrina de contornos difusos e imprecisos que dota de cierta elasticidad y voluntarismo a las decisiones, asumiendo la competencia o rechazándola solo provisionalmente

¿Qué grado de verosimilitud o de fundamento se exige a los indicios que se atribuyan al aforado para que entre en juego el fuero especial?

Las referencias legislativas no arrojan demasiada luz al respecto. El art. 309 LECrim habla genéricamente de situaciones procesales en las que «resulten cargos» contra un aforado. Del tenor literal de este artículo se infiere, por otra parte, que será el momento en que deba «dirigirse el procedimiento» contra el aforado el indicado para paralizar la instrucción y ponerlo en conocimiento del TS. El art. 303 alude a aquellos delitos que «[...] por su naturaleza [...] solamente pueden cometerse por autoridades o funcionarios sujetos a un fuero superior». En la mayoría de las ocasiones, las normas que fijan fueros personales se refieren a «causas»; en otras, a la «exigencia de responsabilidad criminal». ¿Cuándo deben reputarse suficientes los indicios para que el instructor proceda en la forma prevista en el art. 309?

Pienso idealmente que, desde el momento en que exista una imputación a un aforado que no haya sido rechazada frontalmente por los motivos previstos en el art. 269 LECrim (no ser los hechos constitutivos de delito o resultar manifiestamente falsos), el fuero deberá operar, sin perjuicio de que, en caso de un eventual archivo o sobreseimiento respecto del aforado, las actuaciones sean devueltas al juez o tribunal ordinarios. El art. 272.2º LECrim abona esta interpretación: la imputación a un aforado mediante querrela determina la aplicación del fuero, entre otros argumentos, dado que otras interpretaciones conducirían a la conclusión de que la interrupción de la prescripción no opera frente al aforado hasta que el órgano competente asuma la causa: nótese la similitud entre el art. 309 LECrim y el art. 132.2 CP.

Pero como se ha anticipado, muy distinta viene siendo la tónica que en este punto está marcando la jurisprudencia y que acabó contagiando también al legislador (art. 118 bis LECrim introducido en virtud de la Ley Orgánica 7/2002, de 5 de julio).

En ocasiones, el TS no ha dudado en aceptar la causa cuando se dirigía, aun sin fundamento suficiente, contra aforados, hasta el punto de que, tras aceptar la competencia, ha estimado que no existe base ni para dar el traslado previsto en el art. 118 LECrim. Pero junto a ese tipo de actuaciones han proliferado —hasta convertirse en algo muy frecuente— las resoluciones del TS en las que se ha aplicado un criterio marcadamente restrictivo a la hora de aceptar su competencia por implicación de un aforado, al entender que, en materia de fueros, únicamente puede fijarse la competencia de la Sala Segunda cuando se compruebe que existen indicios fundados de responsabilidad frente a un imputado. No basta cualquier sospecha o conjetura. No son suficientes las posibilidades más o menos cercanas al indicio o las alusiones indirectas. Paradigmático y pionero en esa línea sería el ATS de 13 de enero de 1995 (Causa especial 2760/1994). Partiendo de la necesaria hermenéutica restrictiva con que ha de interpretarse la competencia de la Sala Segunda para la instrucción y enjuiciamiento y de la necesidad de preservar su auténtica función nomofiláctica, la resolución establece que, para asumir la competencia, los indicios de responsabilidad del aforado deben ser claros: «El auto del Juzgado —razona el TS— toma como bases para la atribución competencial a esta Sala unos datos que estima, anticipadamente, como decisivos; para concluir que “todos estos datos nos parecen suficientes para considerarlos indicios serios o graves de su participación en el hecho objeto de investigación, en el mejor caso para él en grado de encubridor”; y tal conclusión lo único que muestra es que la instrucción está en agraz y que por ello, sin violentar los principios expresados, no cabe asumir una competencia alejada de los fines previstos en los arts. 299 y concordantes de la LECrim».

En la misma línea se pronunció el ATS de 2 de diciembre de 1994 (Causa especial 2990/1994), resolución tras la que aletea cierta queja por el hecho de que los magistrados del TS deban dedicarse a estas causas especiales en detrimento de sus funciones como miembros de un órgano de casación: «La denuncia que da origen al oficio remititorio del fiscal general del Estado no señala ni designa por su nombre a persona alguna que, por su cargo, pudiera motivar la actuación inicial de esta Sala, limitándose a solicitar de la mencionada autoridad que abra una investigación sobre el uso presuntamente delictivo, de los fondos reservados del Ministerio del Interior durante los años 1987 a 1994 [...] El

carácter excepcional de la competencia instructora y de enjuiciamiento atribuida a esta Sala —que tiene como principales y genuinas funciones el conocimiento de los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios que establezca la ley—, no permite poner en marcha los mecanismos de investigación ante denuncias impersonales y generalizadas que no señalen a una persona concreta y perfectamente determinada como presunto autor de un hecho punible. Según el art. 123.1 CE, el TS es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías jurisdiccionales (*sic*: deben ser “constitucionales”). La admisión indiscriminada de denuncias innominadas contra hipotéticos aforados desbordaría el carácter residual y rigurosamente excepcional de los fueros personales, acumulando innecesariamente sobre esta Sala tareas instructoras en asuntos de indudable complejidad que exigen una actividad específica con serio riesgo de paralización de sus funciones casacionales y revisoras». En esa misma causa, años después y tras una extensa investigación el instructor volvió a dirigirse a la Sala de lo Penal del TS a los efectos del art. 309, entendiéndose que habían aparecido indicios frente a aforados. El ATS de 25 de septiembre de 1996 volvía a rechazar de momento su competencia recordando que «[...] no debe iniciarse hasta el momento en que sea absolutamente imprescindible dirigir las actuaciones en una dirección que afecte a personas que tengan la condición de aforadas en el Tribunal Supremo».

Numerosas resoluciones posteriores han reiterado con insistencia esa interpretación restrictiva, exigiendo que existan indicios fundados o serios (AATS de 14 de noviembre de 1996 o de 15 de febrero de 2002, dictado éste en la causa especial 3880/2000); o una imputación clara y concreta (AATS 15 de septiembre de 1999 —Causa especial 2310/1999— o de 3 de noviembre de 1999 —Causa especial 2670/1999—); o, al menos, un mínimo apoyo probatorio (ATS de 16 de marzo de 1998).

Aunque se limite a los aforamientos parlamentarios, el FJ 2 de la STC 68/2001, de 17 de marzo (caso *Marey*) se hace eco de esa línea jurisprudencial, considerándola correcta desde el punto de vista constitucional: «La determinación concreta del momento preciso en el que la instrucción de la causa ha de elevarse a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo por poder resultar implicado en la misma un miembro de las Cortes Generales no ha sido establecida por el legislador postconstitucional, recogiénose como único criterio en la normativa reguladora de la garantía de aforamiento prevista en el art. 71.3 CE para diputados y senadores la genérica referencia del art. 2 de la Ley de 9 de febrero de 1912 a la aparición de “indicios de responsabilidad contra algún senador o diputado”. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en su función de intérprete de la preconstitucional Ley de 9 de febrero de 1912 (STC 22/1997, FJ 8), viene entendiéndose, en una consolidada línea jurisprudencial que se inicia, al menos, con el ATS de 28 de abril de 1993, y que constituye hoy un consolidado cuerpo doctrinal (AATS de 21 de enero de 1995, de 9 de junio de 1995, de 17 de julio de 1995, de 18 de julio de 1995, de 15 de septiembre de 1995, de 11 de septiembre de 1996, de 27 de septiembre de 1996, de 29 de enero de 1998, de 21 de abril de 1998, de 23 de abril de 1998, de 6 de julio de 1998 y de 21 de noviembre de 1999, entre otros), en el que se enmarcan la sentencia ahora recurrida en amparo y el criterio mantenido por el juez instructor, que no basta para la operatividad

de la prerrogativa de aforamiento del art. 71.3 CE la mera imputación personal, sin datos o circunstancias que la corroboren, a un aforado, requiriéndose la existencia de indicios fundados de responsabilidad contra él, dado que los aforamientos personales constituyen normas procesales de carácter excepcional que, por tal circunstancia, deben ser interpretadas y aplicadas restrictivamente [...]. Pues bien, esta doctrina jurisprudencial y, por consiguiente, la exigencia de que existan indicios o sospechas fundadas con una mínima verosimilitud o solidez sobre la participación de un diputado o senador en los hechos objeto de investigación penal para que entre en juego la garantía de aforamiento especial prevista en el art. 71.3 CE, no pueden ser en modo alguno calificadas de irrazonables o arbitrarias, ni tildadas de contrarias o desconocedoras de la finalidad a la que sirve dicha garantía, ni del contenido absolutamente indisponible de ésta establecido en el art. 71.3 CE, ni nada al respecto se argumenta en la demanda de amparo. Y ello toda vez que la concreta inculpación del aforado no se produjo hasta el momento en que, apreciados por el juez instructor indicios fundados o dotados de una mínima verosimilitud sobre su posible participación en los hechos investigados, tal apreciación, al serle elevada la causa, fue confirmada y ratificada por el Tribunal Supremo y este reclamó o declaró su competencia jurisdiccional para conocer del asunto, asumiendo entonces, como consecuencia de la verosímil implicación de la persona aforada, la instrucción de la causa. Solo entonces, y no antes, por poder afectar realmente a un aforado, se justifica la cognición de la causa por el Tribunal Supremo y la misma puede dirigirse contra aquel. Por el contrario, según las tesis que mantiene el demandante de amparo, bastaría la mera imputación personal a un aforado, cualquiera que fuera la credibilidad que le mereciera al juez instructor y sin necesidad de la existencia de otros datos o circunstancias que la corroborasen, para la atracción de la competencia a favor del Tribunal Supremo, lo que no dejaría de implicar, especialmente ante denuncias, querellas o imputaciones insidiosas o interesadas, una desproporcionada e innecesaria alteración del régimen común del proceso penal. En definitiva, si bien ciertamente no es la única interpretación posible que cabe efectuar de la normativa reguladora de la garantía de aforamiento especial *ex art.* 71.3 CE, la doctrina jurisprudencial de la que discrepa el demandante de amparo preserva y no merma la finalidad cuya salvaguarda se persigue mediante la constitucionalización del aforamiento, que, como ya ha tenido ocasión de declarar este Tribunal, no es otra que la de proteger la independencia institucional tanto de las Cortes Generales como del propio poder judicial frente a potenciales presiones externas o las que pudiera ejercer el propio encausados por razón del cargo político e institucional que desempeña (STC 22/1997, FJ 7)».

No es suficiente, por tanto, que aparezca mencionado un aforado o que se aventure la posibilidad de que, en el curso de la investigación, puedan aparecer datos incriminatorios contra él. Es necesario que se detecten indicios de responsabilidad que conlleven la necesidad de dirigir el procedimiento contra el aforado. No obstante, en la jurisprudencia también parecen detectarse elementos diferenciales: si los únicos implicados son aforados, existe una mayor proclividad a aceptar la competencia desde los primeros momentos. Cuando existen implicados, aforados y no aforados, el TS tiende a exigir que los indicios reúnan ciertas dosis de solidez para afirmar su competencia: el carácter excepcional del fuero —argumenta el ATS de 4 de enero de 2002 (Causa especial 6/2001)— «[...] justifica

el que esta Sala venga exigiendo, cuando se imputan actuaciones criminales a un grupo de personas y alguna de ellas tiene el carácter de aforado, no solo que se individualice la conducta concreta que respecto a este aforado pudiera ser constitutiva de delito, sino también que haya algún indicio o principio de prueba que pudiera servir de apoyo a tal imputación como persona concreta (véanse los AATS de 26 y 29 de enero de 1998 y de 7 de octubre de 1999, entre otros)». El ATS de 5 de diciembre de 2001, recaído en la misma causa especial, llega a afirmar casi con visos de generalización que «[...] cuando se imputan acciones criminales a diversas personas y sólo una de ellas es aforado, procede iniciar la investigación por aquellos que no gozan de fuero o privilegio».

Otro factor discriminatorio tácito para exigir más o menos robustez en los indicios suele venir determinado por la forma de imputación del aforado. Si se trata de una querrela directa, el Tribunal Supremo es más propenso a aceptar la competencia que si se trata de indicios aparecidos en el curso de un proceso seguido ante otro órgano judicial, aunque siempre con un criterio restrictivo (*vid.* ATS de 5 de diciembre de 2001, ya citado).

En mi opinión, la interpretación tan marcadamente restrictiva que se ha venido imponiendo, aun trayendo causa de muy atendibles razones, no es totalmente asumible ni respetuosa con la voluntad de la ley. Comporta un claro inconveniente: incurre en una petición de principio. El órgano competente no ha de asumir la causa en tanto no surjan indicios sólidos y bien fundados. Pero para que surjan esos indicios, es necesario realizar indagaciones sobre el aforado, lo que en definitiva significa que se le está investigando por un órgano que no es competente para ello. En la medida en que esa indagación supone investigar a un aforado, el órgano donde se establece el fuero debería ser el que asuma esas funciones, dando además cumplimiento al art. 118 LECrim, lo que, al menos hasta la reforma de julio de 2002, era dudoso que pudiese hacer el instructor ordinario en relación con un aforado.

5.3. DEMORAS EN LA COMUNICACIÓN AL TRIBUNAL COMPETENTE: CONSECUENCIAS

Cabe preguntarse qué consecuencias procesales se derivarían de una elevación tardía de la causa por el instructor al órgano donde está establecido el aforamiento, bien porque este considera que los indicios no son suficientes, bien porque estima que no atiende al mandato del art. 303.5º LECrim que habla del «plazo más breve posible» (expresión idéntica a la empleada por el art. 2.2 de la Ley de 9 de diciembre de 1912 para las causas contra diputados y senadores).

Normalmente, no podrá hablarse de nulidad. La jurisprudencia constitucional abona como premisa esa máxima restricción a la hora de plantear nulidades de la fase de instrucción por ese motivo. El principio de conservación de los actos judiciales ha llevado al citado tribunal a entender que la tramitación por un órgano incompetente no comporta la nulidad de lo actuado, sino la necesidad de que continúe el procedimiento el órgano competente (ATC 297/1987, de 11 de marzo).

De cualquier forma, desde el punto de vista práctico, creo que el instructor debe tener un criterio amplio y generoso a la hora de dar cuenta a los órganos superiores la posible implicación de aforados. No es él el competente para decidir si los indicios son suficientes o no: el instructor ha de limitarse a comunicar los datos y antecedentes al órgano superior y es este el llamado a decidir sobre su competencia (art. 52 LOPJ). Rechazarla no supone reproche alguno para el instructor que se habrá limitado a poner la cuestión en manos del único órgano con competencia para decidirla.

6. INSTRUCCIÓN Y ENJUICIAMIENTO: DESDOBLAMIENTO DEL ÓRGANO

Dada la imposibilidad constitucional de que un juez acumule las funciones de instrucción y de enjuiciamiento, se hace necesario articular un sistema que respete esa regla cuando se establecen fueros que abarcan toda la tramitación de la causa. Eso es lo habitual, con la única excepción de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, respecto a los que no se altera la competencia para instruir.

¿Sería trasladable ese modelo a todos los aforados? Alguna vez se ha propuesto con razones atendibles: ni los tribunales colegiados ni sus oficinas están diseñadas y preparadas para las tareas de investigación. De esa forma, además, se solventarían problemas relacionados con la distracción de esos órganos superiores de sus tareas principales (fijar doctrina) y se diluiría en alguna medida la percepción de los fueros como un privilegio.

No creo que esta propuesta sea viable. Ni siquiera con la apostilla de que el conocimiento de los recursos contra el instructor quedase desde el inicio radicada en el tribunal competente y no en la correspondiente AP.

Se diga o no, y se quiera confesar o no, en la fijación de los fueros late también una cierta desconfianza —justificada o no— ante la pluralidad de jueces, su diferente idiosincrasia y el miedo al azar. Por inconfesable que sea este hecho, institucionalmente se siente pavor de que un asunto políticamente sensible que afecta a un cargo público de relieve, acabe en la mesa de un juez desconocido cuyas formas de actuar se ignoran y pueda llegar a tratar con ligereza el asunto recurriendo a actuaciones precipitadas que, aunque fueran legales, no serían procedentes ni necesarias. Los aforamientos buscan también —y creo que es cierto— minimizar los riesgos de actuaciones menos razonadas o revestidas de cierta frivolidad, que se antojan más factibles en un país en que se admita casi sin restricciones la acción popular y se haya extendido en él una cultura política basada en el empleo de armas procesales, con motivo y sin él, como forma de combatir al adversario político. Se teme el mítico poder del juez de instrucción y se prefiere que respecto de ciertos cargos su exposición a ese poder esté más o menos centralizada en unos órganos que, por su experiencia y nivel, se suponen más *fiabiles* (Gómez Colomer, 2016: 289; y Espigado Guedes, 2013). Este discurso puede sonar heterodoxo. Subyacen al mismo algunas consideraciones y reflexiones que estaría dispuesto a aceptar (para los políticos, la carga de estar sometido a un proceso judicial puede ser más

gravosa que para personajes no públicos; en muchas ocasiones, se recurre a la acción popular con frivolidad; en general, los tribunales superiores ejercen su función con mayores de oficio y prudencia) y otras que son perversas y que deberían anatematizarse (pero que, en ocasiones, también pueden estar presentes en la cuestión de los fueros aunque no se verbalicen: cierto afán de ejercer un influjo sutil, pero real, en los órganos que conocen de casos en los que están involucrados aforados, lo que se revela imposible si el juez llamado a conocer esa causa puede ser cualquier juez de instrucción del país).

Quedan ahí estas reflexiones. A la vista de las mismas, se me antoja difícil y poco recomendable plantear la propuesta de reducir los fueros al enjuiciamiento.

La alternativa a esa fórmula, acogida por el legislador, es la asignación de las funciones instructoras a un magistrado del propio órgano que luego no formará parte la sala de enjuiciamiento. Así lo establecen los arts. 57.2, 61.2 y 73.4 LOPJ. El órgano jurisdiccional en que se residencia el fuero ha de desdoblarse —valga la expresión— por la exigencias del derecho a un juez imparcial y la imposibilidad de aunar en un mismo órgano las funciones de investigación y enjuiciamiento: entre los miembros de la sala ha de designarse un instructor que no formará parte de la misma en la fase de enjuiciamiento.

Habrà, por tanto, dos órganos diferenciados: el magistrado instructor y la sala. Fuera de ese principio general, la ley no se preocupa de establecer una distribución más detallada de las funciones de uno y otro órgano. En principio, parece claro que toda la actividad de instrucción corresponderá al magistrado unipersonal, funcionando como órgano de instrucción de la Sala Segunda del Tribunal Supremo o de la del TSJ, y todas las facultades de enjuiciamiento (las que desempeñan las audiencias provinciales y los juzgados de lo penal) vendrían atribuidas a la Sala colegiada.

Ahora bien, a la hora de descender a decisiones, actividades o resoluciones puntuales, ese aparentemente nítido reparto inicial de funciones se ensombrece, y surgen dudas en relación con determinadas actuaciones que no pueden catalogarse con total propiedad como actividad de instrucción, pero que tampoco queda claro que deban residenciarse en la sala. Nótese que la actividad del magistrado instructor de la Sala Segunda no ha de ser necesariamente toda la que realiza el juez de instrucción. Al menos así lo viene entendiendo la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que reserva para el órgano colegiado la decisión sobre la admisión a trámite o no de la denuncia o querrela. Otra cuestión dudosa (aunque resuelta finalmente en favor del instructor) es la determinación del órgano que adopta aquella decisión en los casos de diputados y senadores o de parlamentarios europeos. Se ha implantado un régimen de autonomía del instructor.

En otro orden de cosas, la *praxis* del TS —extendida a los TTTSJ— consiste en formar una sala diferente a la de la de admisión (que será la de enjuiciamiento) para conocer de los recursos contra las decisiones del instructor.

Esta mezcla de funciones en un mismo órgano, con desdoblamiento en funciones entre quienes son *pares*, constituye también una fuente de ciertas disfunciones. Quien hoy está revisando la decisión adoptada por su colega, mañana verá revocado o confirmado su auto por el magistrado al que días antes le anuló una decisión.

7. DOBLE INSTANCIA Y AFORAMIENTOS

Uno de los temas recurrentes en materia de aforamiento es la cuestión de la doble instancia. En la mayoría de los casos, el aforamiento supone la privación de un recurso de apelación. Si se sitúa en el TSJ, solo es posible la casación. En el caso de que el fuero radique en el TS, queda suprimida toda posibilidad de recurso. El TC no ha visto en esa limitación de recursos ningún problema de alcance constitucional, y ha entendido que la privación de algún medio de impugnación queda compensada por el hecho de que el enjuiciamiento se sitúa en un nivel jurisdiccional superior (SSTC 22/1997, de 11 de febrero y 69/2001, de 17 de marzo).

Para los detractores, es esta una razón más para acabar con los fueros procesales personales. Nótese, sin embargo, que algunos de los partidarios de mantener el sistema de fueros recurren al mismo argumento para sostener que no estamos ante un privilegio personal, sino ante una tutela del cargo desempeñado que incluso comporta *cargas* para quien lo ocupa (Matia Portilla, 2020: 186).

El art. 35.5 del Anteproyecto de la LECrim de 2020, en la actualidad sometido a información pública, introduce en este punto una peculiaridad que rompe la simetría procesal: en el caso de las sentencias dictadas contra aforados en primera instancia por un TSJ prevé un recurso de apelación ante el TS. Se sustituye la casación por una apelación, que es asumida por el TS y que, por tanto, ya en vía de fiscalización, conocerá no solo la casación y el recurso de queja, sino también la apelación en esos casos concretos.

8. REFLEXIONES FINALES

Los argumentos que se aducen a favor o en contra de los aforamientos son, a veces, reversibles. Acabo de referirme a la modulación que comporta de la doble instancia. Para unos supone la prueba de que no constituyen privilegio, sino una protección de la función; para otros es un inconveniente más de las muchas dificultades procesales que arrastra un sistema de aforamientos.

Igual ambivalencia rige respecto de razones ligadas a las garantías de imparcialidad y el blindaje frente a eventuales presiones del poder político. Para un sector de la doctrina, los órganos superiores, precisamente por su mayor rango y experiencia, tendrían mayor capacidad de resistir los eventuales intentos de influir en sus decisiones por parte de personas poderosas. Otros, en cambio, recelan abiertamente de esa apreciación, tildándola de *ingenua*, si no de *cínica*. En esos estratos superiores de la judicatura, en cuyo nombramiento ha podido tener influjo de una forma indirecta, pero real, el poder político, se detectaría una mayor tolerancia o incluso *más manga ancha* frente a comportamientos de los políticos con indicios delictivos (Gómez Colomer y Esparza, 2009: 262; Saiz Arnaiz, 2001: 138; o Martínez Alarcón, 2015: 438).

De forma paralela, lo que para algunos será aval de rapidez en la resolución y de rigor por la mayor experiencia y categoría de quienes realizarían investigación y enjuiciamiento, para otros constituye una disfunción, en la medida en que ni del TS ni los TSJ están preparados para afrontar esas tareas: están diseñados y concebidos para otro tipo de funciones y constituye una distorsión incrustar en ellos labores de investigación o de enjuiciamiento en la instancia. Esta observación es cierta.

La institución de la *acción popular*, singularidad de nuestro proceso penal, y la afición de los partidos políticos a *judicializar* la vida política mediante el uso y abuso de las querellas necesitarían, según se expone a veces, el contrapeso de los aforamientos (Arnaldo Alcubilla, 2021; o Matia Portilla, 2020: 201, 211 y 219). Ello justificaría el apartamiento de nuestro sistema del que impera en la mayoría de los países de nuestro entorno, en el que, o bien no existen fueros personales, o bien están muy limitados (Martínez Alarcón, 2015: 437 ss.).

Personalmente —aunque es un tema sobre el que no tengo una opinión firmemente asentada—, creo que debe huirse de las soluciones simplistas o poco matizadas. Pero hay puntos que se me antojan difícilmente no compartibles. Hay demasiados cargos con fuero procesal penal especial, y el fuero siempre suscita complejidades y disfunciones en el proceso que solo deben asumirse cuando están contrapesadas por los legítimos fines que se persiguen. Se hace necesaria una cierta labor de poda; aunque no se trata solo de escandalizarse farisaicamente ante las cifras, que siempre serán altas (hay aforamientos que no deben perderse y que son muy numerosos: el de los jueces). Hay que valorar cuáles tienen suficiente fundamento. Pienso especialmente en muchos cargos autonómicos, cuyo aforamiento me parece carente de justificación. Su combinación con la criticable composición de los tribunales autonómicos los hace especialmente perturbadores.

Como idea inspiradora, no es mal punto de partida vincular el fuero al ejercicio de la función, de forma que solo opere ante imputación de conductas realizadas con ocasión del cargo, criterio que, además, disiparía algunos de esos efectos problemáticos, pues el fuero no sería algo que aparece o desaparece con el cargo, sino que se proyectaría sobre la actividad ejercida que quiere supervisarse o fiscalizarse penalmente, con independencia de la suerte que hubiese corrido quien ostentaba el cargo.

El aforamiento ha de proteger el cargo, la función, el cometido público; no a la persona. Esa naturaleza instrumental ha de inspirar tanto el establecimiento o supresión de fueros como su interpretación.

¿Abolición total de los fueros? No. ¿Modulación? Sí, pero no a golpe de eslóganes simplistas y simplones.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ LINERA y URÍA, César (1981): «Notas sobre el llamado fuero parlamentario», *La Ley*, 2, 957-962.
- ARNALDO ALCUBILLA, Enrique (2021): *Las razones del aforamiento*, Madrid: BOE.

- BRETAL VAZQUEZ, José Manuel (1985): «Notas sobre la inmunidad parlamentaria», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 15, 205-214.
- CHOZAS ALONSO, José Manuel (2016): «¿Hasta cuándo el peregrinaje de las causas judiciales de los aforados?», en I. Díez-Picazo, J. Vegas Torres y A. de la Oliva (coords.), *Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 779-806.
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo (coord.) y Miguel PASQUAU LIAÑO (rel.) (2018): «Aforados: responsabilidad penal. Especial referencia al papel de los juzgados de instrucción y a la acción popular» (Conclusiones del seminario organizado por el CGPJ y celebrado en Madrid, 4-6 de abril).
- DÍEZ-PICAZO, Luis María (1996): *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- DOLZ LAGO, Jesús (2014): *El delito de tráfico de influencias ante la Lucha contra la Corrupción política en España*, Madrid: La Ley-Wolters Kluwer.
- ENTRENA CUESTA, Ramón (1997): «La independencia de los miembros de las Cámaras. Incompatibilidades y prerrogativas parlamentarias», en J.M Gil-Robles (dir.) y E. Arnaldo Alcubilla (coord.), *Los Parlamentos de Europa y el Parlamento Europeo*, Madrid: Cyan.
- ESPIGADO GUEDES, Diego (2013): «Los privilegios parlamentarios en cuestión.: Una revisión de la inmunidad y el aforamiento en el Derecho español», *ROED (Revista online de estudiantes de Derecho)*, 3.
- FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, Plácido (2000): *El Juez natural de los parlamentarios*, Madrid: Civitas.
- GÓMEZ COLOMER, Juan L. y Iñaki ESPARZA (2009): *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009
- GÓMEZ COLOMER, Juan L. (2016): «Privilegios procesales inconstitucionales e innecesarios en la España democrática del siglo XXI: el sorprendente mantenimiento de la institución del aforamiento», *Teoría y realidad constitucional*, 38, 239-275.
- LÓPEZ GIL, Milagros (2000): «Las prerrogativas parlamentarias en el ordenamiento jurídico español», *Actualidad Penal*, 5, 91.
- MAGALDI PATERNOSTRO, María José (1995): «Procedimientos especiales y actuación de oficio de jueces y tribunales: análisis del procedimiento especial para el enjuiciamiento de Diputados y Senadores, *Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales. Cuadernos de Derecho Judicial*, XXVIII, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel (1994): «Procesos penales contra aforados», *Cuestiones de Derecho Procesal Penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, X, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz (2015): «El aforamiento de los cargos públicos. Derecho español y Derecho comparado», *Teoría y realidad constitucional*, 35, 437-478.
- MATIA PORTILLA, Edmundo (2020): «¿Hacemos bien suprimiendo los aforamientos de los parlamentarios?», *Prerrogativas e inmunidades en el sistema parlamentario* (seminario celebrado en Vitoria-Gasteiz los días 27 y 28 de enero), 173-222.
- MUÑOZ CUESTA, Javier (2015): «Aforamiento: *perpetuatio iurisdictionis* cuando se pierde la condición de aforado antes del juicio oral y la imposibilidad de recurso para los que son juzgados por el TS», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3 marzo, 47-53.
- RAMOS RUBIO, Carlos (2020): «Los aforamientos en el ámbito autonómico», *Revista jurídica de les Illes Balears*, 19, 114-134.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro (2001): «Aforamiento y doble grado de jurisdicción», *Parlamento y Constitución. Anuario*, 5, 71-101.
- SAAVEDRA GALLO, Pablo (1988): «Privilegios personales de carácter jurisdiccional y procesal en materia penal», *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, n. 0, 57-86.
- SÁNCHEZ MELGAR, Julián (2013): *Inviolabilidad e inmunidad de Diputados y Senadores: Derecho procesal parlamentario: excepciones al régimen ordinario de protección de los derechos de los ciudadanos*, Madrid: La Ley.

VALIÑO CES, Almudena (2017): «El aforamiento en España: una particular prerrogativa a debate» en M.J. Sande Mayo, M. Martínez Pérez y R. Castillejo Manzanares (dirs.), *Nuevos debates en torno a la justicia española*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Fecha de recepción: 1 de agosto de 2021.

Fecha de aceptación: 29 de octubre de 2021.

INMUNIDAD Y AFORAMIENTO: ASPECTOS PROCESALES
INMUNITY AND PRIVILEGED JURISDICTION: PROCEDURAL ASPECTS

Julián Sánchez Melgar

Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

RESUMEN

Tanto la inviolabilidad como la inmunidad parlamentaria son excepciones constitucionalmente admitidas al régimen ordinario de protección de los derechos de los ciudadanos que se reconocen al máximo nivel normativo en atención a un planteamiento históricamente finalista: la defensa de la institución parlamentaria frente a ataques que pretendan alterar la composición de las Cámaras. Frente a las prerrogativas de los parlamentarios —inviolabilidad e inmunidad—, en este trabajo tratamos de los contornos jurídicos de la inmunidad y, como consecuencia de ella, del aforamiento tanto desde el plano sustantivo como procesal, poniendo de relieve su evolución, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Junto a dichas notas, se tratan los aspectos procesales del aforamiento en la práctica seguida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que es la encargada de su tramitación, conforme a los arts. 71 y 102 de la Constitución española. Asimismo, se exponen las reformas procesales en lontananza, particularmente el Anteproyecto de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020

PALABRAS CLAVE

Inviolabilidad, inmunidad, aforamiento, suplicatorio, denuncia, querrela, procedimiento, fianza, desistimiento, juicio oral, recursos.

ABSTRACT

The inviolability and parliamentary immunity are exceptions provided in the constitution in order to defend parliament against attacks whose objective is to alter the composition of the houses. this work analyzes the legal contours of immunity and, as a consequence of it, the privilege jurisdiction, both from a substantive and procedural level of such mechanism, highlighting its evolution, both in doctrine and in jurisprudence. Along with these notes, the procedural aspects of the privilege jurisdiction are discussed, in the practice followed by the Second Chamber of the Supreme Court, which is in charge of its processing, in accordance with arts. 71 and 102 of the Spanish Constitution. Finally, the work addresses future criminal reforms, particularly the one that affects the Criminal Procedure Law of 2020.

KEYWORDS

Inviolability, immunity, privilege jurisdiction, request, complaint, complaint, procedure, bond, withdrawal, oral trial, appeals.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2021.025>

INMUNIDAD Y AFORAMIENTO: ASPECTOS PROCESALES

Julián Sánchez Melgar

Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

Sumario: PARTE PRIMERA. Inmunidad parlamentaria. Qué se entiende por delito flagrante. Inmunidad e igualdad. Características. Protección penal de la prerrogativa: los artículos 500 y 501 del Código Penal. Conclusión.

PARTE SEGUNDA. ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA TRAMITACIÓN DE LAS CAUSAS CONTRA AFORADOS. 1. La admisión a trámite de una querrela frente a un aforado. 2. Requisitos formales. 2.1. Poder especial: alcance. 2.2. Características. 3. En concreto: ¿denuncia o querrela? 3.1 Consideraciones críticas. 4. ¿Es posible la iniciación de oficio? 5. Presupuestos formales de admisibilidad. 5.1. Capacidad procesal. 5.2. Legitimación. 5.3. Competencia de la Sala Segunda o la Sala del 61 del Tribunal Supremo. 6. La relevancia penal de los hechos denunciados como criterio de admisibilidad. 7. La negativa expresión de que los hechos no sean constitutivos de delito, como modo de inadmisión de la querrela: significado. 8. Criterios para el rechazo de la querrela. 8.1. Cuando los hechos no sean constitutivos de delito. 8.2. Cuando no exista ningún principio de prueba que avale su verosimilitud. 8.3. Cuando no se individualice la conducta del aforado. 8.4. Cuando sean las querrelas absolutamente infundadas. 8.5. Cuando se denuncien hechos con la sola apoyatura en informaciones periodísticas. 9. La investigación preliminar del art. 410 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. 10. Es preciso que en la causa aparezcan indicios de criminalidad contra el aforado, no simplemente su mención en los autos. 10.1. Carácter excepcional de las normas que atribuyen la competencia al Tribunal Supremo. 10.2. Notificación. 11. Petición de fianza para el ejercicio de la acción popular. 12. Representación y dirección conjunta cuando se persiga un solo delito por varias acusaciones personadas en la causa. 13. Desistimiento de la querrela en cualquier momento. 14. Para recurrir en súplica, ha de estarse personado en la causa mediante querrela: acuerdo plenario. 15. Conexidad procesal en las causas contra diputados y senadores. 16. ¿Qué son diligencias «esenciales»? 17. Secreto de las actuaciones. 18. El problema de la apertura del juicio oral. 19. Enjuiciamiento mediante sistema de Jurado: acuerdo plenario. 20. Artículos de previo pronunciamiento. 21. El proyectado procedimiento para aforados de 2020. 21.1. Competencia judicial en las actuaciones previas al juicio oral. 21.2. Continuación de las diligencias. 21.3. Regulación de la primera comparecencia con el aforado. 21.4. Las diversas autorizaciones durante la instrucción. *i)* Autorización para adoptar una medida cautelar personal. *ii)* Autorización para el enjuiciamiento. 21.5. Juicio oral. 21.6. Recursos. *i)* De reforma y apelación durante la instrucción. *ii)* Frente a la sentencia dictada tras el juicio oral. Bibliografía.

PARTE PRIMERA

Las reflexiones que expondré en este trabajo son fruto de mi tesis doctoral (Sánchez Melgar, 2013) con las actualizaciones correspondientes a las novedades jurisprudenciales y legislativas conocidas después. Haré también las oportunas referencias a los trabajos pre-legislativos, particularmente al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 aprobado por el Consejo de Ministros del martes 24 de noviembre del mismo año.

Tanto la inviolabilidad como la inmunidad parlamentaria son excepciones constitucionalmente admitidas al régimen ordinario de protección de los derechos de los ciudadanos que se reconocen al máximo nivel normativo en atención a un planteamiento históricamente finalista: la defensa de la institución parlamentaria frente a los ataques que pretendan alterar la composición de las Cámaras.

Su fundamento es garantizar la libertad y la independencia de la institución parlamentaria, como declaró la STC 206/1992, de 27 de noviembre, que, en general, se limita en este punto a ratificar lo ya afirmado en la STC 90/1985, de 22 de julio.

La inviolabilidad es una garantía sustantiva, pues afecta a la esencia del delito y, por tanto, al Derecho sustantivo, y supone la irresponsabilidad del parlamentario por las opiniones vertidas en el ejercicio de sus funciones, aun cuando aquellas pudieran considerarse delictivas.

Ello no significa que el parlamentario pueda llevar a cabo cualquier actuación indiscriminada, pues la primera persona de quien se predica el más escrupuloso respeto y sometimiento a los fines de la institución parlamentaria es, precisamente, el parlamentario, con lo que debe actuar dentro del marco que le ha sido atribuido constitucionalmente y cualquier trasgresión del mismo provocaría su responsabilidad política.

Inmunidad parlamentaria

Por el contrario, la inmunidad está orientada a evitar que, durante su mandato, el parlamentario pueda ser detenido, salvo caso de flagrante delito.

En efecto, la inmunidad parlamentaria, a juicio de Tiedemann (1999), es una institución jurídica que resulta imprescindible para mantener la capacidad funcional de la instancia democrática central —el Parlamento— y para garantizar su libertad de expresión. Debido a este rasgo característico institucional —y supranacional—, el parlamentario en particular no puede renunciar a la inmunidad (el Tribunal Supremo ha afirmado reiteradamente que puede renunciarse al escaño, pero no a la inmunidad parlamentaria y al aforamiento). A juicio del autor arriba citado, es la prerrogativa «más polémica», y sobre la que convergen los diversos enfoques —constitucionalista, penal y procesal— que están vigentes durante el mandato del parlamentario, que coincide con el período de tiempo que transcurre desde la proclamación de los candidatos electos por las Juntas Electorales hasta el momento de la expiración de la Cámara o su disolución anticipada, y ello, como advierte

Punset Blanco (2001: 259), sin solución de continuidad entre los períodos de sesiones o actividad y períodos de inactividad o vacaciones parlamentarias.

En el caso de los diputados autonómicos, no existe cláusula de autorización parlamentaria para proceder contra ellos similar a la que prevé la Constitución española para esta faceta de la inmunidad parlamentaria.

Qué se entiende por delito flagrante

En la actualidad, el delito flagrante precisa, como declara la STS de 4 de marzo de 2003, los elementos de la evidencia en la percepción del hecho y la urgencia o necesidad en la intervención.

El vigente art. 795.2 de la LECrim dispone que «[...] se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no solo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente *in fraganti* aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él».

Por su parte, y por lo que hace a la detención de un diputado o senador, el art. 813 de Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 establece que «[...] únicamente se podrá proceder a la detención de un diputado o senador cuando sea sorprendido en delito flagrante. En tal caso, el Ministerio Fiscal podrá ordenar su puesta en libertad o interesar una medida cautelar personal con sujeción a lo previsto en el artículo siguiente».

Inmunidad e igualdad

El principio de igualdad no se ha de entender en términos absolutos, sino relativos, dado que, como afirma Marchena Gómez (1994: 4), el juicio acerca de si las prerrogativas indicadas atentan o no contra la igualdad habría de efectuarse en un momento posterior a la formulación abstracta de la norma, y concluye que la prerrogativa de la inmunidad no es contraria a aquel principio, aunque sí lo es su utilización desproporcionada.

A nuestro juicio, la prerrogativa de la inviolabilidad parlamentaria por las opiniones expresadas en el ejercicio de la función parlamentaria y por los votos emitidos es necesaria, y así lo proclaman la mayoría de las constituciones del mundo: su razón de ser es garantizar la seguridad del parlamentario que, al emitir sus opiniones en la Cámara, ejerce la función de oposición al gobierno.

Desde la perspectiva del Derecho penal, la doctrina sostiene que las declaraciones de juicio o voluntad —que son expresión, en suma, de las opiniones del parlamentario— están amparadas por la misma garantía de irresponsabilidad jurídica que alcanza de manera

específica y característica a aquellas expresiones —manifestaciones de voluntad, pensamiento o conocimiento— que, si no estuvieran cubiertas por esta protección, serían posiblemente constitutivas de delitos de injurias o calumnias.

En esta materia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias *Oberschlick*, de 23 de mayo de 1991; *Castells*, de 23 de abril de 1992; y *Thorgeir Thorgeirson*, de 25 de junio de 1992) ha venido manteniendo una postura abierta en los casos en que el derecho a la libertad de expresión se ejercita por los representantes políticos y mucho más cuando se produce en el curso de una intervención parlamentaria en respuesta a las preguntas dirigidas al gobierno por un representante parlamentario de la oposición.

Sin embargo, actualmente la garantía de la inmunidad como protección frente al arresto personal ha perdido sentido, dado que se trata de una prerrogativa cuyo origen histórico hoy ha quedado absolutamente desfasado. Al igual que el aforamiento, ha dejado de tener fundamento: en un futuro no muy lejano, también esta última inmunidad irá por el mismo camino, pues colisiona frontalmente con el principio constitucional de igualdad.

Las SSTC 90/1985, de 22 de julio y 206/1992, de 27 de noviembre, argumentan que, mediante tales prerrogativas constitucionales, la Constitución ha querido proteger de forma cualificada la libertad, la autonomía y la independencia de los órganos constitucionales, interés superior del ordenamiento de todo Estado democrático de Derecho (art. 1.1 CE) e instrumento imprescindible para garantizar la efectiva separación entre los poderes del Estado. En el caso de las prerrogativas parlamentarias, esta protección jurídica cualificada se articula constitucionalmente a través del tratamiento especial de determinadas situaciones subjetivas no parangonables a las situaciones ordinarias, puesto que se atribuyen a los miembros de las Cortes Generales no en razón del interés privado de sus titulares, sino en virtud de un interés general: asegurar su libertad e independencia, que constituye un reflejo de la libertad e independencia que se garantiza al órgano constitucional al que pertenecen.

No es, sin embargo, un privilegio personal (cfr. STC 90/1985, de 22 de julio), pues su existencia pugnaría con los valores de «justicia» e «igualdad» que el artículo 1 de la Constitución reconoce como valores «superiores» de nuestro ordenamiento jurídico. Cosa distinta es la inviolabilidad, privilegio de naturaleza sustantiva que garantiza la protección jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, entendiendo por tales aquellas que son vertidas en actos parlamentarios y en el marco de cualquiera de las actuaciones de las Cortes Generales o, por excepción, en actos parlamentarios exteriores a la vida de las Cámaras; la finalidad explícita del privilegio es asegurar, a través de la libertad de expresión de los parlamentarios, la libre formación de la voluntad del órgano legislativo al que pertenezcan.

Características

En calidad de «[...] sustracciones al Derecho común conectadas a una función» (STC 51/1985, de 16 de enero), las prerrogativas parlamentarias son imprescriptibles e irrenunciables (STC 92/1985, 19 de junio), y no es constitucionalmente legítima una interpretación extensiva (STC 186/1989, de 13 de noviembre) o analógica de las mismas (STC

51/1985, de 10 de abril). Como garantías jurídicamente vinculadas a la satisfacción de un interés institucional y permanente del ordenamiento jurídico, las prerrogativas parlamentarias son *ius cogens* —por tanto, indisponibles para sus titulares— y solo son susceptibles de una interpretación estricta y vinculada a los supuestos expresamente contemplados en la Constitución.

Protección penal de la prerrogativa: los artículos 500 y 501 del Código Penal

En el Título XXI del Libro II del Código Penal, dedicado a castigar los «Delitos contra la Constitución», el Capítulo III («De los delitos contra las Instituciones del Estado y la división de poderes») Sección 1.^a («Delitos contra las Instituciones del Estado») dedica dos preceptos, los arts. 500 y 501, a tipificar comportamientos que conculquen o trasgreden la inmunidad de los parlamentarios, entendida como garantía del ejercicio de su función tanto en el aspecto relacionado con su libertad personal como en lo atinente a su fuero personal.

El art. 500 CP dispone: «La autoridad o funcionario público que detuviere a un miembro de las Cortes Generales o de una asamblea legislativa de comunidad autónoma fuera de los supuestos o sin los requisitos establecidos por la legislación vigente incurrirá, según los casos, en las penas previstas en este Código, impuestas en su mitad superior, y además en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a doce años».

Si no se cumplieran estos requisitos, se colman los requisitos del tipo descrito en el mismo art. 500 C.P., que amenaza con la imposición de las penas que correspondan a los delitos cometidos en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a doce años. Se refiere tal precepto al contenido de los arts. 163 a 168 CP, que tipifican el delito de detención ilegal, y en su caso, podrían entrar en concurso —de normas o de delitos, en su caso— con el de prevaricación, en el supuesto de que fuese un juez el que acordase tal injustificada detención, fuera de los supuestos y requisitos legales, naturalmente. No se trata de los supuestos también contemplados en el art. 530 CP o en el tipo imprudente previsto en el art. 532 CP.

Por supuesto, cabría que el parlamentario se acogiese, en su caso, a la LO 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus».

El art. 501 C.P. dispone: «La autoridad judicial que inculpare o procesare a un miembro de las Cortes Generales o de una asamblea legislativa de comunidad autónoma sin los requisitos establecidos por la legislación vigente, será castigada con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de diez a veinte años».

El precepto se refiere a los miembros de una asamblea legislativa de comunidad autónoma, los cuales tienen, en algunas comunidades autónomas, privilegio de fuero, aunque nunca de suplicatorio, y son juzgados, con excepciones, por los Tribunales Superiores de Justicia, salvo que hayan delinquido fuera de su comunidad autónoma, en cuyo caso el enjuiciamiento corresponderá a la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Tiene declarado el Tribunal Constitucional (STC 36/1981, de 12 de noviembre) (*vid.*, también ATC 86/1982, de 9 de febrero) que, al diseñar los correspondientes aforamientos, los estatutos de autonomía *no pueden establecer cláusulas análogas de protección*, al modo de tener que solicitar sus correspondientes asambleas legislativas autorizaciones para proceder. Esta cuestión ya fue resuelta en el mismo sentido por la STS de 22 de mayo de 1981.

Conclusión

Desde nuestro punto de vista, no es lo mismo la justificación de la garantía de inviolabilidad, que consideramos indiscutible y se aloja en la mayoría de las constituciones del mundo, que la de la inmunidad, y mucho menos del aforamiento, que hoy desaparece en algunos estatutos de autonomía.

La protección frente al arresto personal es, claramente, un privilegio que tiene sentido cuando se goza de la protección que otorga a los parlamentarios la garantía del permiso o autorización de la Cámara para su persecución penal, pero no en caso contrario. Cuando no existe tal prerrogativa, la protección personal frente al arresto es un privilegio que ostentan también otros colectivos, entre ellos los jueces y magistrados.

En suma, estas prerrogativas han de entenderse en clave histórica; surgen como consecuencia del progresivo poder que van adquiriendo las Cámaras de representación popular frente al poder del rey, garantizándose su inmunidad contra los ataques externos, muchas veces procedentes de poderes radiales históricos del monarca, así como para proteger a los ciudadanos, de los que los parlamentarios no son sino meros mandatarios. Así se explica su irresponsabilidad por las opiniones y votos en el ejercicio de dicha función, necesaria para afrontarlo con independencia, para que los parlamentarios estén protegidos frente a detenciones arbitrarias o para resguardarlos del temor a querellas insidiosas meramente políticas. Solamente bajo estos condicionamientos remotos se explica esta institución, que pierde fuerza en nuestros días de la mano de una estricta separación de poderes y de la independencia del poder judicial. Cuanto mayor sea esta independencia, menor justificación tendrán las aludidas garantías y privilegios.

Por lo demás, es evidente que no se puede estar judicializando constantemente la política (buena prueba de lo que decimos son las innumerables denuncias y querellas que se reciben por esta vía tanto por iniciativa de los partidos políticos como por los particulares).

El suplicatorio continúa en nuestros días, fruto del texto constitucional, y parece que se mantendrá en el futuro. En este sentido, al art 816 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 mantiene tal conclusión: «Las solicitudes de autorización [...] revestirán la forma de suplicatorio y a él se acompañarán, con carácter reservado, las peticiones realizadas por el fiscal y las partes y la resolución adoptada por la autoridad judicial».

PARTE SEGUNDA

ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA TRAMITACIÓN DE LAS CAUSAS CONTRA AFORADOS

1. LA ADMISIÓN A TRÁMITE DE UNA QUERELLA FRENTE A UN AFORADO

El art. 299 de la LECrim disciplina que constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a «preparar el juicio» y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que pueden influir «en su calificación» y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos. En el ámbito del procedimiento abreviado, y con análogo sentido, el art. 777.1 de la LECrim establece que las diligencias previas son aquellas actuaciones encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento.

Como señala la STC 141/2001, de 18 de junio, «[...] las diligencias sumariales son actos de investigación encaminadas a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 LECrim) que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo pues su finalidad específica no es la fijación de los hechos para que estos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral proporcionando a tales efectos los elementos necesarios para los acusados y la defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador». En el mismo sentido se pronuncian las SSTC 57/2002, de 11 de marzo, y 2/2002, de 14 de enero.

Con respecto a la admisión a trámite, presupuesto previo para la designación de instructor entre los miembros de la sala, la decisión se ciñe estrictamente a determinar si es procedente dar inicial curso procesal a la querella —o denuncia— o si procede rechazar su sustanciación *a limine*, cuestión que, como se ha dicho, depende de la concurrencia de los requisitos procesales y sustantivos que condicionan la inicial idoneidad procesal de la querella para provocar la apertura de un proceso y que son independientes del curso y resultado que produzca la causa una vez iniciada.

2. REQUISITOS FORMALES

En cuanto a los requisitos formales exigidos por el art. 277 de la LECrim, requiere la querella, escrito presentado por procurador con poder especial y firmado por el letrado que debe expresar tanto el órgano ante quien se presenta como el nombre del querellado y contener una relación circunstanciada del hecho; también pueden indicarse las diligencias que se proponen para la comprobación del hecho; finalmente, el escrito ha de formular la petición de admisión a trámite, de la práctica de las diligencias de investigación y de la adopción, en su caso, de las medidas cautelares que se soliciten.

2.1. PODER ESPECIAL: ALCANCE

En relación con el poder especial exigido para presentar la querrela, el ATS, Sala Segunda, de 15 de junio de 2009 precisa que «[...] la exigencia de poder bastante [especial] no supone incluir en él la completa relación de hechos que luego figurarán como relato histórico en el escrito de la querrela, sino una precisión delimitadora de la acción a ejercitar, mayor que la que representa la mera expresión de la cláusula general de que se apodera para ejercitar acciones penales». En todo caso las deficiencias del poder no obstan la inicial admisión a trámite de aquella por ser siempre defectos subsanables (SSTS de 21 de febrero de 1964 y de 6 de febrero de 1990, citadas en el ATS de 9 de mayo de 2000). Similar previsión establece el art. 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2.2. CARACTERÍSTICAS

El poder especial ha sido definido por el Tribunal Supremo desde dos parámetros: uno de carácter objetivo —determinación de los delitos que se van a incluir en la querrela criminal—, y otro de naturaleza subjetiva —concreción de la persona querrelada—. Así parece deducirse del ATS, Sala Segunda, de 19 de enero de 2004.

3. EN CONCRETO: ¿DENUNCIA O QUERRELA?

Por lo que respecta a esta cuestión, deben distinguirse los distintos aforados ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Así, en la mayoría de las ocasiones, y concretamente en cuanto a la formulación de acciones penales frente a diputados y senadores, no se exige formalidad alguna, de manera que es posible la simple denuncia, que no requiere ningún requisito formal para su actuación. Esta es la doctrina seguida constantemente por el Tribunal Supremo, conforme a los dictados del art. 4º de la Ley de 1912, que dispone: «Las denuncias o querellas contra senadores y diputados, se formularán ante el Tribunal Supremo, o el Consejo Supremo de Guerra y Marina, observándose lo dispuesto en las leyes y disposiciones de procedimiento». En cambio, cuando se trata de activar imputaciones contra magistrados aforados ante dicha Sala, la cuestión es diferente, ya que el artículo 406 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece: «El juicio de responsabilidad penal contra jueces y magistrados podrá iniciarse por providencia del Tribunal competente, o en virtud de querrela del Ministerio Fiscal o del perjudicado u ofendido o mediante el ejercicio de la acción popular», sin que, por consiguiente, esté prevista la denuncia como medio legalmente admitido para exigir la responsabilidad de los jueces y magistrados. La concurrencia de los presupuestos procesales determinados legalmente es una condición para el inicio de cualquier procedimiento. Estos presupuestos procesales han sido definidos en la doctrina como circunstancias o actos de los que depende la admisibilidad de todo el proceso o de determinados aspectos del mismo. En este sentido, se ha considerado que tanto la competencia del Tribunal como, en su caso, la exigencia legal de querrela constituyen

presupuestos procesales de los que depende el proceso íntegramente: «Por lo tanto, en la medida en la que el denunciante no se ha personado como querellante, la denuncia debe ser desestimada, sin perjuicio de que esta carencia pueda ser subsanada en legal forma», criterio reiterado de modo constante para el caso de los magistrados (*vid.* los AATS de 7 de setiembre, 8 de julio y 3 de junio de 2009 (Causa especial 20303/09), 16 de setiembre de 2008 (Causa especial 20453/08), 28 de octubre de 2008 (Causa especial 20540/08), 14 de julio de 2008 (Causa especial 20334/08), 17 de enero de 2008 (Causa especial 20016/08). Lo mismo sucede cuando se trata de fiscales (Causa especial 20303/2008, Auto de 27 de junio de 2008).

El ATS de 10 de junio de 2021 declara que «[...] se observa la falta de un requisito formal indispensable, cual es la necesidad de formulación de querella para exigir responsabilidad penal a los magistrados citados de conformidad con el artículo 406 LOPJ».

Para el ejercicio de la acción popular es necesaria la forma de querella. Así lo dispone de forma tajante el ATS, Sala Segunda, de 20 de junio de 2008. Causa especial 20064/2008.

3.1. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

A nuestro juicio, es necesaria una modificación legal al respecto, de manera que *siempre*, como ocurre con los magistrados o los fiscales, y lo propio con el ejercicio de la acción popular, se exija querella para la activación de este tipo de responsabilidad penal. Avalan esta posición varias razones: *i*) la querella supone un ejercicio más ordenado y técnico de poner los hechos en conocimiento del Tribunal Supremo antes de valorar la posible admisión de la acción penal a trámite; *ii*) debe llevar necesariamente la firma de letrado, lo que es garantía para que se ejerza un primer filtro jurídico respecto a las denuncias absolutamente infundadas que no se traducirían en querella; y *iii*) no tiene sentido que se exija la querella en el caso de magistrados, fiscales o en el ejercicio de la acción popular y no cuando se trate de miembros del Gobierno de la nación o de diputados o senadores.

4. ¿ES POSIBLE LA INICIACIÓN DE OFICIO?

Hemos dicho en trabajos anteriores que, de acuerdo con las líneas que marca nuestra centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, en nuestro modelo procesal vigente el Tribunal Supremo no es un órgano judicial ordinario de persecución de delitos equiparable los juzgados de instrucción. El art. 303 de la LECrim permite la iniciación de oficio o instancia de parte de un sumario («La formación del sumario, ya empiece de oficio, ya a instancia de parte, corresponderá a los jueces de instrucción por los delitos que se cometan dentro de su partido o demarcación respectiva, y en su defecto a los demás de la misma ciudad o población con ellos [...]»). De modo que tanto del contenido de la Ley de 9 de febrero de 1912 como del de los arts. 750 y siguientes de aquella se infiere que no es posible la iniciación de oficio de una causa frente a un diputado o senador. La práctica judicial demuestra que no se ha procedido nunca de oficio por el Tribunal Supremo en esta clase de

aforamientos. El art. 2º de la Ley de 1912, dispone: «Si incoado un sumario por un juez de instrucción o por un juzgado instructor de guerra o marina, ya de oficio, ya por denuncia o querrela, apareciesen indicios de responsabilidad contra algún senador o diputado, tan pronto como fuesen practicadas las medidas necesarias para evitar la ocultación del delito o la fuga del delincuente se remitirán las diligencias en el plazo más breve posible al Tribunal Supremo o al Consejo Supremo [...]». Por lo tanto, en absoluto se prevé tal actuación de oficio en el seno del propio Tribunal Supremo.

5. PRESUPUESTOS FORMALES DE ADMISIBILIDAD

Respecto a los presupuestos procesales de admisibilidad, ha de apreciarse la capacidad y legitimación en el denunciante o querellante.

5.1. CAPACIDAD PROCESAL

La capacidad procesal para la formulación de una denuncia o querrela la tienen todos los ciudadanos, personas físicas, en los términos que analizaremos en el siguiente apartado.

Para la presentación de una querrela a través de la acción popular, tienen capacidad procesal las personas físicas y jurídicas. Respecto a estas últimas, en principio fue negada por la antigua jurisprudencia (SSTS 18 octubre y 9 diciembre 1919; 15 febrero 1921; 26 marzo 1926) y después, aisladamente, por la STS de 2 de marzo de 1982, que interpretó literalmente el término «ciudadano» del art. 101 LECrim, actualmente no hay duda sobre esta cuestión, dado que tanto la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 241/1992, de 21 de diciembre y 34/1994, de 31 de enero) como la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (SSTS, de 4 marzo 1995 y de 26 septiembre 1997) admiten la plena capacidad de las personas jurídicas para el ejercicio de la acción popular.

5.2. LEGITIMACIÓN

La legitimación se reconoce a todo sujeto de derecho con capacidad procesal, pues, a diferencia de la querrela privada —en la que la legitimación descansa en la cualidad de «ofendido» por la acción delictiva—, en la acción popular tiene carácter general. En este sentido, el art. 270 de la LECrim dispone: «Todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el art. 101 de esta Ley», y este último precepto establece: «La acción penal es pública; todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la ley». La Constitución española consagra la figura de la acción popular en su art. 125, y el art. 406 de la LOPJ establece expresamente que, en aquellos supuestos en los que se trate de jueces y magistrados, el juicio de responsabilidad penal podrá incoarse por providencia del tribunal competente o en virtud de querrela del Ministerio Fiscal o del perjudicado u ofendido o mediante el ejercicio de la acción popular.

Ahora bien, el ATS de 23 de julio de 2020 (Causa especial 20473/2020) declara que debe resolverse la naturaleza jurídica de la acción ejercitada por los querellantes, en su propio nombre, la legitimación procesal que viene referida al «poder de conducción procesal» que habilita a la acusación particular para personarse y a intervenir plenamente en el proceso penal y en calidad de parte, que requiere una justificación suficiente y debida de su condición de perjudicado, agraviado u ofendido por los delitos imputados, por lo que, si no se hubiera acreditado, ha de considerarse acusación popular.

5.3. COMPETENCIA DE LA SALA SEGUNDA O DE LA SALA DEL 61 DEL TRIBUNAL SUPREMO

Respecto a esta cuestión, el ATS de 10 de junio de 2021 ha declarado que el artículo 57.1.2º de la LOPJ atribuye a la Sala Segunda del Tribunal Supremo la competencia para instruir y enjuiciar las causas contra los magistrados del Tribunal Supremo, entre otros altos cargos de los distintos poderes del Estado. No obstante, el artículo 61.1.4º de la misma Ley —precepto de aplicación preferente por su especialidad— atribuye a la Sala Especial que en el mismo se crea la competencia para el conocimiento de la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra los presidentes de sala o contra los magistrados de una sala cuando sean juzgados todos o la mayor parte de los que la constituyen.

De ello se desprende que los magistrados contra los que, en su caso, hubiese de incoarse la causa correspondiente, serían todos los magistrados que dictaron la resolución en cuestión. Podría plantearse la duda de si el artículo 61.1.4º de la LOPJ se refiere a la mayor parte de los magistrados de una sala orgánicamente entendida o del concreto tribunal que haya dictado la resolución en razón de la cual se pretenda exigir responsabilidad penal a quienes la dictaron. La duda, sin embargo, debe ser resuelta con la ayuda del precedente histórico que aporta el artículo 284.5º de la LOPJ de 15 de septiembre de 1870, que disponía que el Tribunal Supremo en pleno, constituido en Sala de justicia, conocería en única instancia y en juicio oral y público de las causas que se siguieran contra «los magistrados de una Audiencia o del Tribunal Supremo cuando sean juzgados todos, o al menos la mayoría de los que constituyeren una Sala de justicia, por actos judiciales en que hayan tenido participación».

A la luz de este precepto ya derogado —pero más claro que el vigente—, debe sostenerse que es la Sala especial del artículo 61 de la LOPJ, que ha sustituido en sus funciones jurisdiccionales al Pleno del Tribunal Supremo, la competente para conocer de las causas penales que puedan seguirse contra la mayoría de los magistrados que hayan constituido una Sala de justicia en cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo, por los actos judiciales que de dicho tribunal hayan emanado (ATS de 11 de enero de 2016, —Causa especial 20873/2015—, y ATS de 20 de febrero de 2020 —Causa especial 20979/2019—).

6. LA RELEVANCIA PENAL DE LOS HECHOS DENUNCIADOS COMO CRITERIO DE ADMISIBILIDAD

Por lo que respecta a la necesidad de relevancia penal de los hechos, el art. 313 de la LECrim ordena la desestimación de la querrela cuando los hechos en que se funda «no constituyan delito». La valoración de si los hechos tienen relevancia penal no puede hacerse sino en función de los mismos tal y como son alegados en la querrela, y no de los que resulten acreditados porque, si averiguarlos es el objeto del proceso, su verificación no puede convertirse en presupuesto de la incoación.

Como declara el ATS de 11 de noviembre de 2000, «[...] la presentación de una querrela no conduce de manera forzosa o ineludible a la incoación de un procedimiento penal. Para ello es precisa una inicial valoración jurídica de la misma, estableciendo en tal sentido el art. 312 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que la querrela deberá admitirse si fuere procedente, y disponiendo el art. 313 que habrá de desestimarse cuando los hechos en que se funde no constituyan delito. Valoración inicial —añade esta resolución— que debe hacerse en función de los términos de la querrela, de manera que si estos, como vienen formulados o afirmados, no son delictivos, procederá su inadmisión en resolución motivada. Solo si los hechos alegados, en su concreta formulación llenan las exigencias de algún tipo penal, debe admitirse la querrela sin perjuicio de las decisiones que posteriormente procedan en función de las diligencias practicadas en el procedimiento».

En análogo sentido, el Tribunal Constitucional declara que debe distinguirse entre aquellos supuestos en los que la resolución judicial no excluya *ab initio*, en los hechos denunciados, las notas características de lo delictivo, y aquellos otros en que sí las excluya. En el primer caso, existe un *ius ut procedatur* conforme al cual deben practicarse las actuaciones necesarias de investigación. No ocurre lo mismo en aquellos casos en los que el órgano judicial entiende razonadamente que la conducta o los hechos imputados, suficientemente descritos en la querrela, carecen de ilicitud penal (STC 138/1997, de 22 de julio). En el mismo sentido, la STC 96/2001, de 2 de abril, declara que «[...] cuando la resolución judicial no excluya *ab initio* en los hechos denunciados las normas caracterizadoras de lo delictivo, deben practicarse las actuaciones necesarias de investigación, acordadas en el seno del procedimiento penal que legalmente corresponda, de Sumario, Diligencias Previas o Preparatorias, con la consecuencia de que la crisis de aquel o su terminación anticipada, sin apertura de la fase de Plenario, solo caben por las razones legalmente previstas de sobreseimiento libre o provisional, conforme a lo establecido en los arts. 637, 641 o en su caso 789.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (SSTC. 108/1983, de 29 de noviembre y 148/1987, de 28 de setiembre)».

En definitiva, y como afirma el ATS de 26 de mayo de 2009, la admisión a trámite de una querrela no exige la constancia acreditada de lo que afirma, sino la posible relevancia penal de los hechos que contiene, de suerte que solo si apriorísticamente se descarta su tipicidad procederá la inadmisión *a limine*, mientras que, cuando no se excluya *ab initio*, habrá de admitirse a trámite la querrela, y será luego en el ámbito del proceso correspondiente donde, en su caso, habrá de decidirse el sobreseimiento, si procede.

7. LA NEGATIVA EXPRESIÓN DE QUE LOS HECHOS NO SEAN CONSTITUTIVOS DE DELITO, COMO MODO DE INADMISIÓN DE LA QUERRELLA: SIGNIFICADO

Como se ha expuesto más arriba, el artículo 313 de la LECrim ordena al juez de instrucción que rechace la querrela cuando no sea competente *o cuando los hechos no sean constitutivos de delito*. En relación con esta segunda posibilidad, se trata de una previsión formulada en sentido negativo. La ley procesal no dispone que el juez admitirá la querrela si los hechos fueran constitutivos de delito, lo que obligaría a un análisis —seguramente prematuro— encaminado a constatar la concurrencia de los elementos del tipo objetivo y subjetivo del delito que, al menos en opinión del querellante, constituyen los hechos imputados en cada caso. Por el contrario, dejando esa verificación a la fase previa al juicio oral, para en este realizar, en su caso, el examen definitivo de la cuestión, lo que dispone la ley es el rechazo de la querrela cuando, ya tras su examen, pueda excluirse el carácter delictivo de la conducta imputada al querrellado. No se trata, pues, en momento procesalmente tan temprano, de afirmar la existencia de un hecho delictivo, sino de comprobar si se puede excluir su existencia.

Por ello, la admisión a trámite de una querrela no constituye, todavía, un acto de imputación judicial, aunque permita al querrellado comenzar a defenderse en el proceso conforme al artículo 118 de la LECrim, tal y como señala la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el ATS de 16 de noviembre de 2009, Causa especial 20449/2009. Supone, por el contrario, la apertura de una vía para la investigación judicial de unos hechos respecto a los que, una o varias personas, actuando como querellantes, bajo su responsabilidad —que es la que marca la ley—, ponen en conocimiento del órgano jurisdiccional, y respecto de los que, tal como vienen relatados en la querrela, no se puede excluir su carácter delictivo. Naturalmente, lo anterior no restringe la posibilidad de una verdadera imputación judicial tras la comprobación provisional de la veracidad de los hechos imputados.

De acuerdo con el ATS de 17 de junio de 2021, ha de considerarse que los hechos no son constitutivos de delito en aquellos casos en que: *i*) los hechos contenidos en el relato fáctico de la querrela, tal y como esta viene redactada, no sean susceptibles de ser subsumidos en ningún precepto penal, según el criterio razonado del órgano jurisdiccional competente; en estos casos, carece de justificación alguna la apertura de un proceso penal para comprobar unos hechos que, de ser acreditados, en ningún modo serían constitutivos de delito, y *ii*) cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la querrela, no se ofrezca en esta ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su veracidad y el querellante se limite a afirmar su existencia sin ningún apoyo objetivo atinente a los propios hechos. En este segundo supuesto, una interpretación de la norma que no desconozca el sentido común conduce a sostener que no se justifica la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos meramente sospechosos por si los mismos pudiesen ser constitutivos de delito —es decir, una investigación prospectiva sin aportar un indicio objetivo de su realidad de conocimiento propio del querellante—. De lo contrario, cualquier ciudadano podría verse sometido a una investigación basada en la mera apariencia. En realidad, se trata de aplicar el mismo principio

que es exigible cuando se trata de restringir los derechos fundamentales del artículo 18 CE, en este caso los derechos a la libertad personal y a la seguridad del artículo 17.1 CE.

De modo que la presentación de una querella no conduce de manera forzosa o ineludible a la incoación de un procedimiento penal, sino que se precisa la realización de una inicial valoración jurídica de la misma de conformidad con las consideraciones expuestas que pueden conducir a su inadmisión a trámite sin más. Y tal inadmisión no vulnera la tutela judicial efectiva del querellante en su vertiente de acceso a la jurisdicción, dado que la doctrina constitucional ha reiterado que el ejercicio de la acción penal no comporta un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino solamente a un pronunciamiento motivado del juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación (STC núm. 31/1996, de 27 de febrero, que se hace eco de las SSTC núm. 111/1995, de 4 de julio, 157/1990, de 18 de octubre, 148/1987, de 28 de septiembre, y 108/1983, de 29 de noviembre). En el mismo sentido se pronuncia el ATS 24/03/2021, Causa especial 20279/2020.

8. CRITERIOS PARA EL RECHAZO DE LA QUERELLA

8.1. CUANDO LOS HECHOS NO SEAN CONSTITUTIVOS DE DELITO

A los efectos de la admisión o rechazo de la querella, esta ha de inadmitirse cuando los hechos expuestos no sean susceptibles de ser subsumidos en ningún precepto penal, según el criterio razonado del órgano jurisdiccional competente (ATS de 26 de octubre de 2001). Dicho de otro modo: carece de justificación alguna la apertura de un proceso penal para comprobar unos hechos que, de ser acreditados, no serían constitutivos de delito en ningún caso.

8.2. CUANDO NO EXISTA NINGÚN PRINCIPIO DE PRUEBA QUE AVALE SU VEROSIMILITUD

De igual modo, cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la querella, no se ofrezca en esta ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su verosimilitud y el querellante se limite a afirmar su existencia sin ningún apoyo objetivo. Aunque la ley no lo dispone de forma expresa, en este segundo grupo de casos una interpretación de la norma que no desconozca el sentido común conduce a sostener que no está justificada la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos que, ya desde el primer momento, no se presentan como verosímiles en tanto que carecen de cualquier apoyo probatorio, aportado u ofrecido en la querella, que pueda ser considerado accesible y racional.

8.3. CUANDO NO SE INDIVIDUALICE LA CONDUCTA DEL AFORADO

Lo expuesto justifica que se exija no solo que se individualice la conducta concreta respecto del aforado que se estima que puede constituir un ilícito penal, sino también que haya un indicio o principio de prueba que respalde tal imputación. En este sentido, *vid.* los AATS de 27 de enero de 1998, núm. 4120/1997, de 7 y 29 de octubre de 1999, núm. 2030/1999 y 2960/1999; de 2 de enero de 2000, núm. 2400/1999, de 5/12/2001, núm. 6/2001; de 6 de septiembre de 2002 núm. 36/2002 y de 23/4/2003, núm. 77/2003, entre otros. De ahí que para que proceda declarar la competencia es menester que existan suficientes indicios de responsabilidad *contra* la persona aforada (art. 2º de la Ley de 9 de febrero de 1912). En este mismo sentido, ATS de 27 de junio de 2008, Causa especial 20166/2008.

8.4. CUANDO SEAN LAS QUERELLAS ABSOLUTAMENTE INFUNDADAS

Aun cuando, de algún modo, este apartado ya esté comprendido en los anteriores, no por ello puede dejar de citarse la doctrina del Tribunal Supremo en tales casos. Así, ATS de 10 de diciembre de 1990, Causa especial 750/1990, que afirma que «[...] el rigor que es necesario adoptar cuando las denuncias y querellas tienen fundamento, aunque sea a los solos efectos de su consideración procesal, hay que seguirlo a efectos del archivo cuando aquella base es absolutamente inexistente».

8.5. CUANDO SE DENUNCIEN HECHOS CON LA SOLA APOYATURA EN INFORMACIONES PERIODÍSTICAS

Esta cuestión es también muy interesante, particularmente por el asunto en el que la Sala Segunda del Tribunal Supremo se pronunció por vez primera al respecto (ATS 18 de junio de 2012, dictado en la Causa especial 20383/2012). Como acotación inicial, el TS declara que el ejercicio de la acción penal por medio de querrela exige que los hechos que en ella se precisan sean de propio conocimiento de la parte que la ejercita —sin que ello suceda en el supuesto del que se ocupa— «[...] y que además sean potencialmente subsumibles en algún tipo penal». Por ello, la mera publicación de informaciones en los medios de comunicación no puede justificar la apertura de un procedimiento penal para su investigación si la querrela que los incorpora, como era el caso, no aporta u ofrece algún indicio de su comisión que pueda ser calificado como accesible y racional. En esas condiciones, no cabe hablar de un verdadero ejercicio de la acción penal, sino de mera remisión al TS de una serie de informaciones, difundidas públicamente a través de los medios de comunicación. La Sala se apoyaba en sus propios precedentes, concretamente en una causa contra a un exministro (ATS de 7 de junio de 2010, Causa especial 20602/2009), o contra un expresidente del Congreso (ATS de 31 de mayo de 2011, Causa especial 20080/2011), al tratarse de la imputación de un delito que partía exclusivamente de noticias periodísticas sin aportar elemento alguno indiciario de la realidad de los hechos que les otorgara un sustento mínimamente objetivo. El TS destaca algo muy importante: que quien así actúa

no asume como propia la imputación de tales hechos ni, por ello, las responsabilidades que podrían derivarse de una eventual falsedad.

El ATS de 15 de febrero de 2021 (Causa especial 21092/2018) argumenta a estos efectos: «Lo que no puede aceptar la Sala, sin embargo, es que el relato de hechos punibles incorporado a una querrela, en cumplimiento del mandato del art. 277.4 de la LECrim, sea una transcripción microliteral de lo que el periódico da a conocer a sus lectores. Con carácter general, una noticia por sí sola, no legitima a ningún accionante popular para convertir el relato periodístico en un relato de hechos punibles desencadenantes del proceso penal. Se precisa algo más. Los juicios de valor de quien pretende ejercer la acción popular no convierten la noticia en delito. La acción popular no puede degradar el relevante papel que está llamada a desempeñar en el proceso penal limitándose a convertir noticias en causas criminales. Y mucho menos hacerlo con una regularidad selectiva que esconde una profesionalización del ejercicio de la acción popular».

9. LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR DEL ART. 410 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

Tratándose de querrelas contra jueces y magistrados, la necesidad de evitar acusaciones infundadas dirigidas a menoscabar la función judicial y a lograr el apartamiento malicioso del juez natural predeterminado por la ley se justificó en el antejuicio de los arts. 757 a 778 LECrim, hoy derogados. La supresión de esta garantía por Disposición adicional primera de la LO 5/1995 y las críticas suscitadas por esa derogación motivaron la modificación del art. 410 de la LOPJ por Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, para posibilitar que antes de la admisión de la querrela se recaben los antecedentes que se consideren oportunos a fin de determinar la competencia «[...] así como la relevancia penal de los hechos objeto de la misma o la verosimilitud de la imputación».

Siguiendo con el análisis del artículo 410 de la LOPJ, cabe señalar que este tiene como finalidad evitar la admisión de querrelas que, injustificadamente, pudieran perturbar el correcto ejercicio de la función judicial. A tal efecto, el precepto prevé que, antes de decidir sobre la admisión a trámite de la querrela, y con significado y finalidad distintos al propio de la instrucción de la causa, el órgano competente pueda acordar algunas actuaciones que en otro caso habrían de ser practicadas una vez incoado el procedimiento. En particular, se refiere a la posibilidad de recabar los antecedentes que aquel considere oportunos a fin de determinar su propia competencia, así como la relevancia penal de los hechos objeto de la misma o la verosimilitud de la imputación.

Como afirma el Tribunal Supremo (ATS, Sala Segunda, de 18 de febrero de 2010, Causa especial 20339/2009), a diferencia de lo previsto en el artículo 118 de la LECrim, y coherentemente con el distinto carácter, finalidad y significado de estas actuaciones, el artículo 410 de la LOPJ no prevé expresamente y con carácter general la intervención

del querellado. Ello no impediría que, excepcionalmente, la especial complejidad de tales actuaciones o su carácter irrepetible pudieran, de todos modos, requerir su participación.

En el caso de los parlamentarios, habrá de acudir a los resortes procesales previstos en el art. 118 bis de la LECrim, en donde se prevé tal intervención. *Vid.* también el ATS de 2 de diciembre 2015 (Recurso 20370/2015), Sobre la intervención del querellado, (Recurso 20339/2009), el ATS de 18 de febrero de 2010, declara lo siguiente: «A diferencia de lo previsto en el artículo 118 de la LECrim, y coherentemente con el distinto carácter, finalidad y significado de estas actuaciones, el artículo 410 de la LOPJ no prevé expresamente y con carácter general la intervención del querellado. Ello no impediría que, excepcionalmente, la especial complejidad de tales actuaciones o su carácter irrepetible, lo que en el caso no ocurre, pudieran, de todos modos, requerir su participación».

10. ES PRECISO QUE EN LA CAUSA APAREZCAN INDICIOS DE CRIMINALIDAD CONTRA EL AFORADO, NO SIMPLEMENTE SU MENCIÓN EN LOS AUTOS

Desde luego, hay que distinguir entre el supuesto en el que simplemente aparezca el nombre de un aforado, para que el juez de instrucción se inhiba, bajo el pretexto de una prematura exposición razonada, a favor del Tribunal Supremo, y lo que son verdaderos indicios que justifiquen una investigación más profunda que, tratándose de aforados, ha de llevarse a cabo por el Tribunal Supremo. Por ello, la Sala Segunda mantiene una doctrina ecléctica y exige que no solamente exista un aforado imputado —o mejor, investigado—, sino también que concurren serios indicios racionales de criminalidad para que el juez siga investigando. Pero el Tribunal Supremo también declara que no puede investigarse al aforado por quien no es competente. Se trata de una tenue línea sobre la que habría que repensar mucho más, dado que la doctrina reiteradamente mantenida por el Tribunal Supremo no se corresponde *del todo* con la letra de la Ley de 1912 ni, desde luego, con el espíritu de la institución que confiere la prerrogativa. A tal efecto, la citada norma especial dispone con total claridad que, si incoado un sumario por un juez de instrucción apareciesen indicios de responsabilidad contra algún senador o diputado, tan pronto como fuesen practicadas las medidas necesarias para evitar la ocultación del delito o la fuga del delincuente se remitirán las diligencias *en el plazo más breve posible* al Tribunal Supremo (art. 2º). No se nos oculta, sin embargo, que la jurisprudencia constante exige que aparezcan indicios de responsabilidad, que es la base de la doctrina reiteradamente seguida y que resulta del propio art. 750 de la LECrim, que requiere que se hayan encontrado «[...] méritos para procesar a un senador o diputado a Cortes por causa de delito», de manera que el juez de instrucción ordinario ha de abstenerse «[...] de dirigir el procedimiento contra él, si las Cortes estuvieran abiertas, hasta obtener la correspondiente autorización del Cuerpo Colegislador a que pertenezca».

Es frecuente que, ante la presencia de un aforado, los juzgados de instrucción tiendan a remitir inmediatamente las actuaciones al Supremo, sin considerar, en algunas ocasiones,

previamente, qué clase de indicios existen frente al mismo. Por ello, es reiterada la doctrina que afirma que «[...] por el juzgado de instrucción, no se aportan declaraciones de las personas implicadas en los presentes hechos, ni se hace una valoración aproximativa de la posible calificación jurídica de los hechos, en función de la participación que se atribuya a la persona aforada, por lo que carecemos de elementos para deducir la existencia de ilícito penal alguno. En consecuencia y en lo que afecta a las diligencias incoadas en esta Sala, se acuerda el archivo de las mismas, sin perjuicio de que se profundice en la investigación y si de nuevo aparecen indicios racionales de criminalidad respecto de la persona aforada, se envíe una nueva exposición debidamente razonada a esta Sala» (ATS de 24 de mayo de 2001, Causa especial 16/2001.). Y lo mismo sucede cuando existen varias personas implicadas, pues «[...] en los casos en los que se ha incoado una causa penal por los órganos ordinarios de la jurisdicción penal en averiguación de hechos que pudieran resultar constitutivos de delito, cuando la acción se dirige contra varias personas, la apertura de diligencias penales por parte de esta Sala contra personas aforadas solamente resulta procedente cuando se aprecie la existencia de indicios de criminalidad basados en un principio de prueba suficiente, sin perjuicio de que el resultado de la tramitación de la causa ante el juez de instrucción pudiera determinar otra decisión en el futuro» (Auto de 16 de mayo de 2007, Causa especial 20322/2006). Y lo que el Tribunal Supremo repite hasta la saciedad es que «[...] se está en el caso de remitir las actuaciones al juzgado de instrucción que corresponda, para la prosecución de la instrucción, sin perjuicio de que, si el resultado de las investigaciones posteriores revelan la existencia de aquellos indicios, se proceda a enviar nuevamente la causa a esta Excma. Sala, como competente por razón del fuero concurrente en la persona del citado Sr.» (Causa especial 1750/1995, ATS de 21 de julio de 1995).

A pesar de lo expuesto, el Tribunal Supremo exige que no se pueda investigar sumarialmente al aforado por el correspondiente juzgado de instrucción que conozca de la causa, sino que —en caso de existir indicios racionales de criminalidad— remita el órgano judicial exposición razonada. Así, la Sala Segunda declara: «[...] absteniéndose naturalmente el juzgado instructor de practicar diligencia alguna que tuviera como finalidad la investigación de la posible responsabilidad de la denunciada sometida a la competencia especial de esta Sala, y remitiéndonos exposición motivada, conforme a lo dispuesto en los artículos 21 y 309 LECrm. y 52 LOPJ, solo en el caso de que, a su entender, se dedujesen indicios de criminalidad contra la aforada que hubieren de ser esclarecidos por la actividad instructora de esta Sala».

10.1. CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LAS NORMAS QUE ATRIBUYEN LA COMPETENCIA AL TRIBUNAL SUPREMO

La doctrina resultante del ATS de 11 de junio de 2021 hace hincapié en el carácter excepcional de las normas que atribuyen la competencia al Tribunal Supremo para conocer de las causas criminales contra las personas aforadas por razón de los cargos que desempeñan. Este carácter excepcional justifica, cuando se imputan actuaciones criminales a una persona que tiene la condición de aforado, la Sala Segunda no solo exija que se indivi-

dualice la conducta concreta que respecto a ese aforado pudiera ser constitutiva de delito, sino también que haya algún indicio o principio de prueba que pudiera servir de apoyo a tal imputación (cfr. AATS, Sala Segunda, dictados en Causas especiales de 27 de enero de 1998, núm. 4120/97; de 7 y 29 de octubre de 1999, núm. 2030/99 y 2960/99; de 2 de enero de 2000, núm. 2400/99; de diciembre de 2001, núm. 6/01; de 6 de septiembre de 2002, núm. 36/02; de 6 de abril de 2010, núm. 20179/2008; de 4 de julio de 2013, núm. 20250/2013; de 18 de febrero de 2015, núm. 20439/2014; de 5 de mayo de 2015, núm. 20268/2015 y de 23 de septiembre de 2015, núm. 20433/2015, entre otros). De ahí que sea menester que existan suficientes indicios de responsabilidad contra la persona aforada (*vid.* art. 2 de la Ley de 9 de febrero de 1912).

Es decir, debe analizarse si los hechos denunciados han sido inicialmente considerados delictivos y si existen indicios de la comisión de los mismos por la persona aforada ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

10.2. NOTIFICACIÓN

El art. 270 de la Ley Orgánica del Poder Judicial determina que las resoluciones dictadas por jueces y tribunales, así como las que lo sean por los letrados de la Administración de Justicia en el ejercicio de las funciones que le son propias, se notificarán a todos los que sean parte en el pleito, causa o expediente, así como a quienes *se refieran* o a quienes puedan causar perjuicios cuando así se disponga expresamente en aquellas resoluciones, de conformidad con la ley.

De ahí que pudiera arbitrarse un sistema de notificación de las resoluciones dictadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en causas especiales a las personas a las que se refiere, es decir, a los querellados o denunciados, cuando se ordene la inadmisión, conforme al art. 313 de la LECrim. No es lógico, a nuestro juicio, el sistema actual, en el que los denunciados o querellados no tienen conocimiento de tales acciones penales, si se toman en consideración los derechos que les reconoce la ley en caso de que tales imputaciones sean totalmente infundadas y falsas.

11. PETICIÓN DE FIANZA PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POPULAR

El ejercicio acción popular lleva aparejada la obligación de prestar una fianza, que deberá ser proporcionada y equitativa, de tal manera que no impida a nadie, en función de su condición económica, el acceso al proceso y le niegue así su derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, el artículo 20.3 de la LOPJ establece que no podrán exigirse fianzas que, por su inadecuación, impidan el ejercicio de la acción popular.

El Tribunal Supremo se ha referido a este tema señalando que «[...] teniendo en cuenta el interés que para el restablecimiento de la justicia tienen acciones como las emprendidas por los querellantes, se estima que una fianza módica que satisface las exigencias legales y

cumple con las previsiones moderadoras de su importe (ATS de 19 de abril de 1999, asunto 2650/99). *Vid.* Recurso 20840/2017, ATS de 13 de octubre de 2017, y ATS 09/09/2020, Causa especial 20551/2020).

La prestación del *quantum* de la fianza se deja en manos del instructor designado cuando se admite a trámite la querrela por la Sala de Admisiones de Causas Especiales. Citamos, en consecuencia, el ATS de un magistrado instructor, que resume tal doctrina, dictado en la Causa especial 20339/2009, de 23 de febrero de 2010:

«Tal como prevé la norma constitucional, ese ejercicio se condiciona al cumplimiento de los presupuestos legalmente establecidos. Entre ellos, tal como dispone la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 280, se encuentra la obligación impuesta al particular de prestar fianza para responder de las resultas del juicio. Por su parte la Ley Orgánica del Poder Judicial, posterior ya a la Constitución, reguló dicho presupuesto en su artículo 20.3, imponiendo la necesidad de adecuación de la cuantía de la fianza de tal suerte que no se erija en obstáculo insalvable para el ejercicio de dicha acción popular. Se trata en definitiva de asumir la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional que, ya en una de sus primeras sentencias dejó dicho que la exigencia de una fianza no es en sí misma contraria al contenido esencial del derecho, siempre que su cuantía, en relación a los medios de quienes pretenden ejercitarlo, no impida u obstaculice gravemente su ejercicio, pues ello conduciría en la práctica a la indefensión que prohíbe el artículo 24.1 de la Constitución (SSTC 62/1983, de 11 de julio; y 113/1984, de 29 de noviembre). Ponderando pues las resultas del juicio constituidas, en principio, por las eventuales responsabilidades pecuniarias que pudieran derivarse para los querellantes, y la previsible asequibilidad de su prestación, fijo en 6.000 euros la fianza que, en metálico, debidamente consignado, deberá ser prestada por la citada entidad querellante, como presupuesto para su intervención como parte en el presente procedimiento».

12. REPRESENTACIÓN Y DIRECCIÓN CONJUNTA CUANDO SE PERSIGA UN SOLO DELITO POR VARIAS ACUSACIONES PERSONADAS EN LA CAUSA

El art. 113 de la LECrim dispone que «[...] podrán ejercitarse expresamente las dos acciones por una misma persona o por varias; pero siempre que sean dos o más las personas por quienes se utilicen las acciones derivadas de un delito o falta, lo verificarán en un solo proceso y, si fuere posible, bajo una misma dirección y representación, a juicio del Tribunal [...]».

El precepto citado permite que la autoridad judicial pueda imponer motivadamente la actuación bajo una misma representación y defensa a las diversas partes personadas en un proceso, siempre que la acción ejercitada sea la misma. Se trata de una decisión que puede ser acordada en sede judicial de forma razonada y ante las concretas circunstancias del caso enjuiciado. Esta decisión puede ser impuesta tanto en relación con los perjudicados por los

delitos como con aquellas personas que ejerzan la acción popular. El tipo penal no distingue y se refiere a «[...] dos o más las personas por quienes se utilicen las acciones derivadas de un delito [...]».

Si cuando se trata de perjudicados por el delito en quienes pueden concurrir unos intereses que deben ser especialmente protegidos como perjudicados puede imponerse esta actuación bajo una misma dirección y representación, con mayor razón tal posibilidad debe ser predicada el supuesto de actores populares que, en su condición de ciudadanos no perjudicados, representan un interés menos intenso. Por ello, el ATS, Sala Segunda, de 15 de junio de 2009, Causa especial 20153/2009, señaló que la causa que puede justificar esta unificación de postulación y defensa técnica no es otra que la total coincidencia entre las distintas acciones ejercitadas o, dicho de otra modo, en la existencia de una coincidencia de intereses, lo que siempre será más fácil verificar cuando se trate del ejercicio de acusaciones populares por varias personas.

13. DESISTIMIENTO DE LA QUERRELLA EN CUALQUIER MOMENTO

Los querellantes pueden apartarse de la querrela en cualquier tiempo, conforme dispone el artículo 274 de la LECrim. Por ello, el Tribunal Supremo repite con frecuencia que, en tal caso, procede el desistimiento y el archivo de las diligencias (así se mantiene específicamente en el ATS, Sala Segunda, de 15 de enero de 2010, dictado en la Causa especial 20459/2009).

14. PARA RECURRIR EN SÚPLICA, HA DE ESTARSE PERSONADO EN LA CAUSA MEDIANTE QUERRELLA: ACUERDO PLENARIO

Sabido es que los autos del instructor son recurribles en reforma ante el mismo (art. 222. LECrim) y que, frente a ellos, según el tipo de procedimiento, puede interponerse recurso de apelación, incluso directamente en el nuevo marco del procedimiento abreviado (art. 766 LECrim). Contra los autos de la Sala de Admisión de Causas Especiales puede recurrirse en súplica, no en reforma, si bien con la particularidad de que para recurrir en súplica el recurrente ha de haberse personado en la causa mediante querrela. Así resulta del interesante ATS, Sala Segunda, de 28 de septiembre de 2009, en un caso en que se trataba de un actor popular que subsanó dicho requisito, y en el que mantiene que la ausencia de la subsanación «[...] traería como consecuencia la aplicación del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 25 de mayo de 2005», cuyo tenor literal siguiente: «En las causas especiales el ejercicio de la acción popular por persona no ofendida por el hecho delictivo, no puede esta recurrir en súplica si no se constituye en querellante», criterio que se corresponde con la necesidad de querrellarse inicialmente para ejercitar la acción popular.

15. CONEXIDAD PROCESAL EN LAS CAUSAS CONTRA DIPUTADOS Y SENADORES

Desde antiguo (ATS de 28 de enero de 1994, Causa especial 880/1991), en la Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha planteado esta cuestión. Varios son los problemas que presenta la misma. Al respecto, es preciso insistir en varias ideas:

i) El juez ordinario predeterminado por la ley es aquel a quien la jurisdicción y la competencia le son atribuidas por la Constitución (en los casos a los que se refiere el artículo 71), por la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 9.1) y por las normas establecidas en el resto del ordenamiento jurídico.

ii) Por consiguiente, cuando se trate de un diputado o senador el juez ordinario predeterminado por la ley será la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por imperativo de la citada norma constitucional y de su desarrollo legal (cfr. art. 57.2 de la LOPJ).

iii) Cuando en una causa penal existan varios acusados, basta que uno solo de ellos tenga la condición de aforado para que arrastre la competencia, para todos, a dicha Sala, en virtud del principio de conexidad (cfr. art. 17 de la LECrim).

Esta conexidad es interpretada restrictivamente por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ya que el hecho de alterar la competencia para conocer de los delitos en que hayan podido incurrir los no aforados, cuando ello sea posible, no debe extenderse, salvo supuestos excepcionales derivados de la proscripción de la ruptura de la continencia de la causa, a los no aforados, que no tienen, por tanto, ese «estatus» y que muchas veces se ven privados del derecho al recurso (apelación o casación, según los casos), al igual que los aforados, lo que, en principio, solo estos deben soportar como consecuencia indisolublemente unida a su condición. Señala el ATS de 23 de noviembre de 1994, Causa especial 2270/1994, que, salvo cuando por razón de indiscutible conexidad (artículo 17 y concordantes de la LECrim), el conocimiento de una causa, para su investigación y, en su caso, enjuiciamiento, por razón de estar en ella implicado un aforado, haya de extenderse a personas no aforadas —es procedente de acuerdo con el espíritu que preside estas instituciones—, se procurará aislar, en la medida de lo posible, la responsabilidad penal del aforado para que de ella conozca la Sala Segunda, manteniéndose la competencia para los demás en los órganos judiciales a los que por razón del lugar de comisión o de la naturaleza del delito corresponda, sin perjuicio de que, en su caso, pueda conocer de las correspondientes causas esa Sala por la vía del recurso de casación. En efecto, la condición de aforado comporta un «estatus» jurídico-político inherente al cargo que se desempeña y, en ese haz de deberes y de derechos constituye, por encima de cualquier otra consideración, una exigencia de garantía frente a la sociedad misma.

Sobre estas ideas incide en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, cuyo art. 18 regula la «Determinación y efectos de la competencia por razón del aforamiento». El precepto subraya la preferencia de la competencia determinada por razón de la persona investigada o acusada, «[...] cualquiera que sea la gravedad de la conducta atribuida al aforado», y el principio de la conservación de la continencia de la causa, pues si en una causa aparecen simultáneamente investigadas o acusadas personas sujetas a distintos

fueros, todas ellas quedarán sometidas al órgano competente por razón del aforamiento sin que, en ningún caso, pueda dividirse la causa. Asimismo, se destaca un criterio que ya ha sido asumido por el Tribunal Supremo en sus interpretaciones, esto es, que en el caso de diversidad de aforamientos será competente el órgano jerárquicamente superior.

Por su parte, el art. 36 del Anteproyecto de 2020 recoge las siguientes reglas.

«1. La competencia determinada por razón de la persona investigada o encausada es siempre preferente, cualquiera que sea la gravedad de la conducta a ella atribuida.

2. Si en un procedimiento aparecen simultáneamente encausadas personas sujetas a distintos fueros, todas ellas quedarán sometidas al órgano competente por razón del aforamiento sin que, en ningún caso, pueda dividirse la causa.

En caso de diversidad de aforamientos, será competente el órgano jerárquicamente superior».

Debe añadirse que, *si antes de la apertura del juicio oral* deja de dirigirse la investigación o la acusación contra el aforado, se pasarán los autos al tribunal que sea competente. Así, en el apartado 3 del art. 36 del Anteproyecto dispone: «No obstante, si antes de la apertura del juicio oral deja de dirigirse el procedimiento contra la persona aforada, se pasarán los autos al tribunal que sea competente».

16. ¿QUÉ SON DILIGENCIAS «ESENCIALES»?

En el caso de las diligencias previas (Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 26 de julio de 2010, asunto 20048/09), en función de cuyo objeto y finalidad se determina su pertinencia y su necesidad, las diligencias «esenciales» solo son las que se encaminan a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento (art. 777.1 LECrim). La Sentencia del Tribunal Constitucional 186/1990, de 15 de noviembre, subraya que «[...] el contenido de la instrucción judicial (o diligencias previas) ha de responder a la finalidad perseguida», es decir, a las determinaciones que actualmente prevé el art. 777.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre la naturaleza del hecho, las personas participantes y el órgano competente, añadiendo que, entre las diligencias, «[...] hay que incluir no solo las necesarias para formular la acusación, sino también las que, apreciada su esencialidad por el juez, puedan favorecer al imputado a los efectos de acordar luego alguna de las resoluciones contempladas en el propio art. 789.5º».

La relevancia y la necesidad se determinan, por tanto, en función de lo que el juez instructor estime como tal para dictar una de las cinco resoluciones previstas en el art. 789 de la vigente LECrim. Con meridiana claridad, la STC de 4 de julio de 1988 (en el mismo sentido se pronunció la STC 191/1989, de 16 de noviembre) declaró que las diligencias previas del art. 789 de la LECrim (hoy 777 y 779) constituyen una instrucción inicial indiferenciada solo para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él han participado y el procedimiento aplicable, conducente a las salidas que el propio artículo señala en sus reglas 1ª a 5ª. Por definición —añade la sentencia citada— tales

diligencias son, según la ley, solo las esenciales y no pueden utilizarse para otros fines que los señalados en el precepto ni por más tiempo del que se precisa para ello («sin demora»), so pena de convertirse por una inaceptable corruptela en un nuevo procedimiento que desvirtúe su naturaleza.

17. SECRETO DE LAS ACTUACIONES

Las instrucciones en materia de aforados no difieren, naturalmente, del resto de instrucciones sumariales; por ello, en ocasiones los magistrados y magistradas instructores de la Sala Segunda del Tribunal Supremo necesitan dictar autos de estas características. Reproducimos a continuación un pasaje de un auto dictado por un instructor en una relevante causa (nos referimos al ATS de 16 de julio de 2009, Causa especial 20343/2009) en el que se exponen las líneas jurídicas que permiten adoptar este tipo de medidas: «[...] los razonamientos expuestos, la naturaleza de los delitos perseguidos y el carácter de las diligencias de prueba que se están practicando unido a la situación en que se encuentra el procedimiento seguido ante [...] determinan que se estime racional, lógica, fundada, necesaria y respaldada legalmente la medida de decretar el secreto de estas diligencias por el plazo de treinta días».

A tal efecto, ha de señalarse que la LECrim establece, como un instrumento más de investigación en la fase instructora, la posibilidad de decretar el secreto de las actuaciones en la forma, modo y condiciones establecidas en el artículo 302 de dicho cuerpo legal sin que ello afecte al Ministerio Fiscal, dado que no es una parte personada más, sino un órgano constitucional del Estado.

Se afecta así la regla general de publicidad procesal que, como garantía institucional, establece el artículo 120.1 de la Constitución, principio de acuerdo con el cual las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones previstas en la ley de procedimiento; y tiene también su reflejo en el derecho a un proceso público (artículo 24 C.E.) y en el derecho a recibir información libremente. Así, pues, las excepciones a la publicidad deben establecerse con reserva de ley, deben estar justificadas, y la medida prevista debe guardar la debida congruencia con el resultado perseguido.

Como ha declarado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 176/1988, de 4 de octubre, el secreto tiene por objeto impedir que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones iniciales pueda ocasionar interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación y constituye una limitación del derecho de defensa que no implica indefensión porque no impide a la parte ejercerlo plenamente cuando se alce el secreto al haber satisfecho su finalidad.

De ahí que el tiempo de duración del secreto de las actuaciones no sea un dato relevante a la hora de valorar la eventual indefensión, ya que este posible resultado no depende del plazo en que se mantenga el secreto, sino de la ausencia de justificación razonable en el

mismo y de que no se conceda al acusado la oportunidad posterior para defenderse frente a las pruebas en él practicadas.

En la Causa especial 20483/2015, el ATS de 23 de diciembre de 2015 declara: «La prórroga del secreto de las actuaciones no está prevista como tal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha reseñado (STC 176/88) que «[...] tal laguna no impide al juez de instrucción proteger el valor constitucional que justifica el secreto del sumario si el plazo ha resultado insuficiente para hacer efectiva plenamente esa protección e, igualmente, que resulta inaceptable que la prórroga del plazo máximo del secreto sumarial ocasione, por sí sola y sin más condicionamiento, un resultado de indefensión».

18. EL PROBLEMA DE LA APERTURA DEL JUICIO ORAL

La decisión de resolver acerca del sobreseimiento o la apertura del juicio oral corresponde en el procedimiento abreviado precisamente al magistrado instructor (arts. 779 a 783 de la LECrim), no al tribunal competente para el enjuiciamiento, como sucede en el proceso ordinario (arts. 622 ss. de la LECrim). Se trata de una diferencia de indudable significación y trascendencia, pues en el procedimiento ordinario, después del auto de conclusión del sumario (art. 622 de la LECrim), el instructor remite lo actuado al tribunal al que compete decidir si revoca la conclusión (art. 630 de la LECrim), si decreta el sobreseimiento libre o provisional (arts. 632 y 634 ss. de la LECrim) o si ordena la apertura de la fase del juicio oral (arts. 632 y 649 ss. de la LECrim). En el procedimiento abreviado, el esquema de la fase intermedia se invierte: se atribuye al juez de instrucción la competencia para decidir, una vez concluida la fase de investigación, si el proceso debe finalizar en ese momento definitiva o provisionalmente con auto de sobreseimiento o si, por el contrario, debe continuar con el trámite de presentación de los escritos de acusación; y aun así, a la vista de la acusación decide si abre el juicio oral o sobresee (art. 779, 782 y 783 de la LECrim). En el procedimiento ordinario, el auto de apertura del juicio oral en el procedimiento ordinario carece de recurso; solamente es susceptible de recurso el auto de transformación del procedimiento —de previas a abreviado—.

Un sector doctrinal ha hecho notar que el significado de esta diferencia va más allá de la simple búsqueda de la celeridad procedimental. Desde la perspectiva de la *imparcialidad judicial*, el legislador pretende lograr en ese aspecto mejores garantías que las que ofrece el procedimiento ordinario. En efecto, sentada como premisa que la decisión judicial de sobreseer o de abrir el juicio oral de un proceso entraña siempre un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, siquiera sea con carácter provisional y sobre bases indiciarias, el legislador ha querido que esa tarea corresponda al instructor —que no tiene competencia para el enjuiciamiento—, preservando al órgano judicial —que sí lo tiene— del peligro de prejuzgar la pretensión y perder con ello su imparcialidad para conocer de los mismos hechos en el juicio oral y decidir en sentencia de fondo.

Por ello, en nuestro sistema actual esta facultad nunca debería corresponder tribunal sentenciador, que será después sala de enjuiciamiento.

En la regulación propuesta por el Anteproyecto de 2020, corresponderá al juez de la audiencia preliminar tomar esta decisión (art. 810.2: «En la fase intermedia actuará como juez de la audiencia preliminar el magistrado de la referida sala al que, por turno preestablecido, corresponda»).

Por lo que respecta a los recursos de reforma y apelación previstos contra las decisiones del juez de garantías y del juez de la audiencia preliminar, conocerá de ellos una Sala de Recursos compuesta por tres magistrados de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo o de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, en sus respectivos casos (art. 810.3).

19. ENJUICIAMIENTO MEDIANTE SISTEMA DE JURADO: ACUERDO PLENARIO

Dentro del ámbito de actuación del Tribunal Supremo, en nuestra historia judicial no ha sido desconocido el Jurado. Si se repasa la Constitución de 1931 (art. 99), la responsabilidad civil y criminal de los jueces, magistrados y fiscales, excluidos los magistrados de aquel Alto Tribunal (el párrafo segundo del art. 99 disponía: «La responsabilidad del presidente y los magistrados del Tribunal Supremo y del fiscal de la República será exigida por el Tribunal de Garantías Constitucionales»), se exigían ante el Tribunal Supremo por medio de un «Jurado especial» constituido en el seno del mismo.

Pues bien, a pesar de que el art. 2.1, párrafo segundo, de la LOTJ determina que, si por razón del aforamiento del acusado, el juicio del Jurado debe celebrarse en el ámbito del Tribunal Supremo, el magistrado que lo presida será un magistrado del propio TS. La incidencia de tal norma en el marco constitucional fue objeto de un Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional, de fecha 27 de noviembre de 1998 («El enjuiciamiento de los diputados, senadores (art. 71.3 CE) y miembros de la presidencia y demás miembros del Gobierno (art. 102.1 CE) se tramitarán ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo según las normas de procedimiento contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal»). Tanto la ponencia como la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/1995, de 27 de diciembre, sostenían que el enjuiciamiento de los diputados y senadores (art. 71.3 Constitución española) y los miembros de la presidencia y del Gobierno de la nación (art. 102.1 CE) deberían tramitarse ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo según las normas del procedimiento contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este fue, finalmente, el Acuerdo adoptado, al que siguió, ya como pronunciamiento jurisdiccional, el ATS, Sala Segunda, de 9 de febrero de 1999.

Para mantener dicha tesis se argumenta que la previsión normativa de la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 57) no es sino una transcripción fidedigna de los mandatos constitucionales contenidos en los arts. 71.3 y 102.1 de la Constitución, que establecen que

la responsabilidad criminal del presidente y los demás miembros del Gobierno y la de los diputados y senadores será exigible ante la «Sala de lo Penal del Tribunal Supremo». El rango constitucional de dichas normas impide su modificación por la referida Ley Orgánica, cuyo art. 57 tampoco ha sido modificado. De manera que el enjuiciamiento no se realizará mediante Tribunal del Jurado, sino por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, conforme a las normas procesales y de reparto establecidas.

No se escapa, empero, que esta cuestión debió decidirla, en opinión de la doctrina científica, Tribunal Constitucional (Pérez-Cruz Martín, 2020: 779-780). Pero debe señalarse también, como ya hemos dicho, que el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 excluye al Tribunal del Jurado del ámbito de las causas especiales relativas a aforados.

En efecto, el art. 815.3 del Anteproyecto de 2020 dispone: «En ningún caso el enjuiciamiento podrá tener lugar ante el Tribunal del Jurado».

20. ARTÍCULOS DE PREVIO PRONUNCIAMIENTO

Dentro de la denominada fase intermedia, el procedimiento ordinario cuenta con los llamados artículos de previo pronunciamiento regulados en el art. 666 LECrim, el quinto de los cuales es la «[...] falta de autorización administrativa para procesar en los casos en que sea necesaria, con arreglo a la Constitución y a las leyes especiales». Como se sabe, tales cuestiones pueden proponerse en el plazo de tres días, a contar desde el de la entrega de los autos para la calificación de los hechos; en el procedimiento abreviado, se abre camino una interpretación —que cuenta con claro apoyo legal— que residencia tales cuestiones, como previas, antes de la celebración del juicio oral (art. 793.2 de la LECrim).

Planteadas formalmente la cuestión, si el tribunal estima procedente el artículo por falta de autorización para procesar a un diputado o a un senador, mandará subsanar inmediatamente este defecto, quedando entretanto en suspenso la causa, que continuará en su estado una vez concedida la autorización.

Sin embargo, si se deniega tal autorización, una vez remitido el oportuno suplicatorio a la Cámara correspondiente, será nulo todo lo actuado y se sobreseerá libremente la causa (que ha de entenderse respecto al parlamentario encausado, no respecto a los restantes acusados o procesados).

El Anteproyecto de 2020, en el propuesto art. 815, dispone al efecto lo siguiente:

- «1. Antes de dictar el auto de apertura del juicio oral, el juez de la Audiencia Preliminar del Tribunal Supremo recabará la autorización del Congreso de los Diputados o del Senado para proceder al enjuiciamiento de la persona aforada.
2. Si la autorización fuera denegada, se archivará la causa respecto de la persona aforada hasta que sea comunicado al tribunal el cese del aforamiento».

La LECrim contempla esta causa en relación directa con la competencia para el enjuiciamiento, ya que, en realidad, lo primero que tiene que hacer la sala enjuiciadora al existir un parlamentario procesado es declinar su competencia a favor del Tribunal Supremo para que se proceda a la petición del oportuno suplicatorio. Únicamente mantendrá su competencia en aquellos casos en los que se formule la pretensión de autorización previa para otros cargos públicos que, en realidad, no ostenten tal aforamiento y, por consiguiente, la cuestión deba ser analizada por la correspondiente Audiencia Provincial, lo que puede ser objeto de un artículo de previo pronunciamiento.

El Anteproyecto de 2020 —art. 816— mantiene tal conclusión: «Las solicitudes de autorización a la que se refieren los dos artículos anteriores revestirán la forma de suplicatorio y a él se acompañarán, con carácter reservado, las peticiones realizadas por el fiscal y las partes y la resolución adoptada por la autoridad judicial».

21. EL PROYECTADO PROCEDIMIENTO PARA AFORADOS DE 2020

El Título III, Capítulo I («Disposiciones generales») del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 regula el procedimiento contra personas aforadas. En cuanto a su ámbito de aplicación, el art. 808 dispone: «Las disposiciones de este título serán de aplicación a los procedimientos que se sigan ante el Tribunal Supremo o los Tribunales Superiores de Justicia contra personas aforadas».

El Anteproyecto se refiere a las personas aforadas al Tribunal Supremo en el texto constitucional (arts. 71 y 102) y en la LOPJ (art. 57).

Respecto a los Tribunales Superiores de Justicia, han de consultarse los respectivos estatutos de autonomía (que, en ocasiones, también atribuyen la competencia a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo) y, en el caso de los magistrados, jueces y fiscales, la LOPJ.

El Anteproyecto prevé que la instrucción corra a cargo del Ministerio Fiscal, de manera que, cuando en virtud de denuncia o atestado llegue a conocimiento del fiscal la noticia de la comisión de una infracción penal cometida (presuntamente) por una persona aforada, dictará un decreto acordando iniciar el procedimiento de investigación, que remitirá a la sala competente por razón del aforamiento (art. 809.1).

También puede suceder (así lo prevé el art. 809.2) que, cuando en el curso de un procedimiento de investigación que inicialmente no se haya dirigido contra una persona aforada resulten indicios que permitan atribuirle la realización del hecho punible, el fiscal practique con ella la primera comparecencia, remitiéndola a la sala competente por razón del aforamiento.

Sorprende, sin embargo, el hecho de que el apartado 3 de dicho precepto, dedicado a las querellas, parece limitarlas a las interpuestas en caso de delitos de injuria o calumnia contra particulares, pues en tal supuesto la querella del acusador privado se dirigirá directamente a la Sala competente por razón del aforamiento.

Y decimos que sorprende, en primer lugar, porque la inviolabilidad como garantía de que gozan los parlamentarios en sus votos y opiniones impedirá la prosecución de muchas de esas querellas; en segundo lugar, porque se abre una posibilidad de que se presenten querellas directamente dirigidas a la sala, que no tiene facultades de instrucción; y, finalmente, porque parecen excluirse las querellas para el resto de los temas. A nuestro juicio, habría sido más adecuado suprimir esta excepción y que tales querellas siguieran el régimen general de perseguibilidad en materia de aforados.

21.1. COMPETENCIA JUDICIAL EN LAS ACTUACIONES PREVIAS AL JUICIO ORAL

El art. 810 del Anteproyecto de 2020 dispone en su apartado 1 que, recibido el decreto de iniciación, el escrito de primera comparecencia o la querella a la que nos hemos referido anteriormente, el letrado de la Administración de Justicia determinará, de acuerdo con un turno preestablecido, el magistrado de la sala que haya de actuar como juez de garantías. Y para la fase intermedia, el apartado 2 prevé que actuará como juez de la audiencia preliminar el magistrado de la referida sala al que, por turno preestablecido, corresponda.

21.2. CONTINUACIÓN DE LAS DILIGENCIAS

El fiscal practicará la primera comparecencia con la persona aforada en la forma prevenida en el artículo 557 del Anteproyecto, sujetándose la tramitación posterior de la causa a las reglas generales del procedimiento ordinario.

No obstante, en caso de delito privado se dará traslado de la querella a la persona aforada y el procedimiento continuará por los trámites del Título II del correspondiente Libro de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 811).

21.3. REGULACIÓN DE LA PRIMERA COMPARECENCIA CON EL AFORADO

Desde el momento en que de las actuaciones resulten indicios que permitan atribuir la realización del hecho punible a una persona determinada, el fiscal la convocará a una primera comparecencia para comunicarle que la investigación se dirige contra ella.

En la citación que se realice se le informará de que deberá comparecer asistida de abogado, advirtiéndole que, si no lo hace, será designado un abogado de oficio para su defensa.

Así, el art. 557 del Anteproyecto regula de forma general la comparecencia, y dispone que, al iniciarse la misma, el fiscal preguntará a la persona investigada sus datos personales, le informará de los derechos que le asisten y le requerirá para que designe un domicilio en España donde practicar las notificaciones o una persona que las reciba en su nombre, advirtiéndole que la citación realizada en la persona o en el domicilio designados permitirá la celebración del juicio oral en su ausencia en los casos y con los requisitos previstos en la ley.

A continuación, le informará de manera clara y precisa de los hechos que se le atribuyen y su calificación jurídica provisional. De todo ello se dejará constancia en el acta.

Finalmente, el fiscal preguntará a la persona investigada si desea prestar declaración en ese momento, procediéndose, en su caso, a la práctica de esta diligencia en la forma prevista en el Capítulo III del Título I del Libro III.

Cuando, por la complejidad de la investigación, la información verbal no asegure la adecuada comprensión de los hechos investigados ni de su calificación provisional, se comunicarán estos extremos por escrito a la persona investigada, dejando constancia de ello en el acta de la comparecencia.

21.4. LAS DIVERSAS AUTORIZACIONES DURANTE LA INSTRUCCIÓN

i) Autorización para adoptar una medida cautelar personal

El art. 814.1 del Anteproyecto de la LECrim 2020 dispone que la solicitud y adopción de una medida cautelar personal respecto de un diputado o senador se realizará conforme a lo establecido en el Libro II.

Ahora bien, en los casos de aforados, el juez de garantías, el de la audiencia preliminar o la sala de enjuiciamiento del Tribunal Supremo, según la fase del procedimiento en que la medida cautelar deba ser adoptada, recabará la autorización del Congreso de los Diputados o del Senado sin perjuicio de la ejecución inmediata de la medida en los supuestos de urgencia.

Nada se dice del contenido de tal regulación en el supuesto de los aforado ante un Tribunal Superior de Justicia, pero ello es consecuencia de que las asambleas autonómicas no pueden autorizar que se proceda contra un parlamentario, por lo que tampoco pueden autorizar una medida cautelar de contenido personal.

Por supuesto, si se deniega la autorización, se alzarán la medida cautelar acordada de forma urgente.

Tampoco se dice nada de la autorización para la adopción de medidas de injerencia en los derechos fundamentales del aforado, por lo que entendemos que no procede ningún tipo de autorización de las asambleas legislativas en este sentido.

ii) Autorización para el enjuiciamiento

El apartado 1 del art. 815 del Anteproyecto de 2020 establece que, antes de dictar el auto de apertura del juicio oral, el juez de la audiencia preliminar del Tribunal Supremo recabará la autorización del Congreso de los Diputados o del Senado para proceder al enjuiciamiento de la persona aforada.

Respecto a la forma, el art. 816 señala que las solicitudes de autorización revestirán la forma de suplicatorio y que a él se acompañarán, con carácter reservado, las peticiones realizadas por el fiscal y las partes y la resolución adoptada por la autoridad judicial.

Si la autorización fuera denegada, se archivará la causa respecto de la persona aforada hasta que sea comunicado al tribunal el cese del aforamiento (art. 815.2).

Quiere con ello decirse que corresponde al juez de la audiencia preliminar del Tribunal Supremo —y no ya a la sala de admisión, como hasta ahora— recabar la autorización de la respectiva Cámara, resolución que consideramos susceptible de ser impugnada mediante los recursos pertinentes, a los que luego nos referiremos.

Por otro lado, y como ya hemos expuesto, tal petición de autorización que no es necesaria cuando se trata de parlamentarios autonómicos o magistrados aforados.

El Anteproyecto de 2020 retoma los derroteros del Anteproyecto de 2011 y modifica nuestro sistema actual de cierre del caso por sobreesimiento libre, en la medida en que determina que, si la autorización fuera denegada, se archivará la causa respecto de la persona aforada hasta que sea comunicado al tribunal el cese del aforamiento (art. 815.2). En ese caso, el Tribunal Supremo tendrá que remitir de nuevo la causa al fiscal para la prosecución de la instrucción sin adoptar, pensamos, ningún tipo de resolución al respecto —ni siquiera, a nuestro juicio, la prescripción por no pertenecerle ya desde el punto de vista procesal—.

21.5. JUICIO ORAL

El art. 812 del Anteproyecto de 2020 dispone que, cuando el juez de la audiencia preliminar acuerde la apertura del juicio oral, remitirá las actuaciones a una sala de enjuiciamiento del Tribunal Supremo o del Tribunal Superior de Justicia, que estará compuesta por cinco magistrados, salvo en los supuestos indicados en el artículo 817 de esta ley.

Con esta determinación, la sala de enjuiciamiento estará compuesta de cinco magistrados en los supuestos de aforados ante un Tribunal Superior de Justicia, y de siete magistrados en los casos de aforados ante Tribunal Supremo («El juicio oral de diputados y senadores tendrá lugar ante una sala de enjuiciamiento del Tribunal Supremo compuesta por siete magistrados»).

Por supuesto, los magistrados que hayan actuado como juez de garantías o como juez de la audiencia preliminar o que hayan formado parte de la sala de recursos no podrán participar en el enjuiciamiento posterior del hecho (art. 810.3 del Anteproyecto de 2020).

21.6. RECURSOS

i) De reforma y apelación durante la instrucción

De los recursos de reforma y apelación previstos contra las decisiones del juez de garantías y del juez de la audiencia preliminar conocerá una sala de recursos compuesta por tres magistrados de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo o de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, en sus respectivos casos.

ii) Frente a la sentencia dictada tras el juicio oral

El Anteproyecto de 2020 (art. 812) diferencia los medios de impugnación en función del órgano judicial que haya dictado la sentencia —un Tribunal Superior de Justicia o el Tribunal Supremo—.

Si la ha dictado este último, la sentencia dictada por la sala de enjuiciamiento del Tribunal Supremo no será susceptible de recurso alguno.

Sin embargo, contra las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia podrá interponerse recurso de apelación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

¿Quiere esto decir que no hay casación? ¿Pasa a ser el Tribunal Supremo un órgano de apelación, función que no desarrolla en sus actuaciones en materia procesal? Entendemos que el sistema de recursos se haya diseñado de este modo para salvaguardar el derecho a la doble instancia, pero, conforme a lo declarado ya por el Tribunal Constitucional (STC 51/1985, de 10 de abril), y como ya se ha visto, las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo no lo tienen. Consideramos, en consecuencia, que el Tribunal Supremo no puede convertirse en un órgano de apelación para estos casos, y de casación para todos los demás. El artículo 2, apartado 2. el Protocolo nº 7 a la Comisión de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales dispone con toda claridad lo siguiente: «El derecho de toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal, a que el tribunal superior examine la culpabilidad o la condena, tiene como excepción, entre otras, la de haber sido juzgado en primera instancia por la más alta jurisdicción».

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLA-GARCÍA GONZÁLEZ, Ángel Manuel (1992): *El estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- ÁLVAREZ-LINERA y URÍA, César (1981): «Notas sobre el llamado “Fuero Parlamentario”» *Diario La Ley*, t. 2.
- ARANDA ÁLVAREZ, Elviro (1993): «Consideraciones sobre la naturaleza de la inmunidad parlamentaria y la necesidad de objetivar los criterios para la concesión de los suplicatorios. (Un comentario a la STC 206/1992, de 27 de noviembre, “caso González Bedoya”», *Revista de las Cortes Generales*, 28, 101-120.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela (1989): «El grado de suficiencia en la motivación del suplicatorio y la Doctrina del Tribunal Constitucional. (Comentario a la S. 206/1992, de 27 de noviembre)», *Revista de Cortes Generales*, 17, 33-66;
- FERREIRO BAAMONDE, Xulio Xosé (2005): *La víctima en el proceso penal*, Madrid: Marcial Pons.
- GIMENO SENDRA, José Vicente (1992): «La acción popular, el jurado y los tribunales de escabinos», en M. Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios a la Legislación penal (Derecho Penal y Constitución)*, t. I, Madrid: Edersa
- GOMEZ COLOMER, Juan Luis y Iñaki ESPARZA LIEBAR (2009): *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*, Valencia: Tirant lo Blanch..
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel (1994): «Procesos penales contra aforados», *Cuestiones de Derecho Procesal Penal. Cuadernos de Derecho judicial*, 10. Madrid: CGPJ.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel (1993): «La inmunidad parlamentaria: nota a la STC 206/1992, de 27 de noviembre. El Tribunal Constitucional en un callejón sin salida», *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 13, 97-114;
- ORTEGO PÉREZ, Francisco (2008): «Límites al ejercicio de la acción penal popular (a propósito de la STS de 17 de diciembre de 2007)» *Justicia. Revista de Derecho procesal*, 3-4, 383-406.

- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús (1995): «Anotaciones a la composición y competencia de los arts. 1 a 5 de la LO 5/1.995 *in datada*», *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 3-4.
- (1996): «La competencia del Tribunal del Jurado», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 8(3).
 - (1998): «La competencia del Tribunal del Jurado (arts. 1 y 5 LOTJ)», en *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva. La competencia del Tribunal del Jurado. Revista del Poder Judicial*, 49.
 - (2020): *Derecho procesal penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- PÉREZ GIL, Julio (1998): *La acusación popular*, Granada: Comares.
- PUNSET BLANCOM, Ramón (2001): «Las garantías parlamentarias», en *Id. Estudios Parlamentarios*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- SÁNCHEZ MELGAR, Julián (2013): *Inviolabilidad e inmunidad de diputados y senadores. Derecho procesal parlamentario: excepciones al régimen ordinario de protección de los derechos de los ciudadanos*, Madrid: La Ley-Wolters Kluwer.
- TIEDEMANN, Klaus (1999): «Indemnidad, inmunidad y acusación de funcionarios en el Derecho Constitucional y en el Derecho Procesal Penal alemán y extranjero», *Revista de Derecho Procesal*, 1, 111-122.

Fecha de recepción: 3 de agosto de 2021.

Fecha de aceptación: 29 de octubre de 2021.

LA INVIOABILIDAD PARLAMENTARIA COMO BIEN NECESARIO.
UN ESTUDIO DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH
*PARLIAMENTARY IMMUNITY AS A DEMOCRATIC NECESSITY.
A STUDY OF THE CASE-LAW OF THE ECHR*

Fernando Álvarez-Ossorio Micheo
Profesor Titular de Derecho constitucional
Universidad de Sevilla

*«Lorsqu'il s'agit d'apprécier la
proportionalité d'une immunité, le caractère
absolu de celle-ci ne saurait être décisif»*
(TEDH)

*«Es el mejor de los buenos
quien sabe que en esta vida
todo es cuestión de medida:
un poco más, algo menos...»*

(A. Machado, Proverbios y Cantares, XIII)

RESUMEN

Un estudio de la inviolabilidad parlamentaria como espacio refractario a la acción de la justicia y como bien necesario para el desenvolvimiento de los sistemas democráticos. Un análisis asimismo de sus límites, pues la inviolabilidad parlamentaria exige que sea comprendida en sus justos términos. Finalmente, una propuesta de la inviolabilidad parlamentaria como defensa de las minorías parlamentarias y de su libertad de expresión. Todo ello haciendo un recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en un intento de sistematizar su amplia jurisprudencia al respecto.

PALABRAS CLAVE

Inviolabilidad, parlamento, minorías parlamentarias, tutela judicial, inmunidad, prerrogativas, TEDH, derechos fundamentales, derechos humanos.

ABSTRACT

A study of parliamentary inviolability as a refractory space for the action of justice and as a necessary factor for the right performance of democratic systems. An analysis also of its limits, since parliamentary inviolability requires to be properly understood. Finally, a proposal for parliamentary immunity as a defense of parliamentary minorities and their freedom of speech. All this through the study of the judgements of the European Court of Human Rights, in an attempt to systematize its extensive case-law in this regard.

KEYWORDS

Inviolability, parliament, parliamentary minorities, judicial protection, immunity, prerogatives, ECHR, fundamental rights, human rights.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2021.026>

LA INVIOLABILIDAD PARLAMENTARIA COMO BIEN NECESARIO. UN ESTUDIO DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Fernando Álvarez-Ossorio Micheo

Profesor Titular de Derecho constitucional
Universidad de Sevilla

Sumario: 1. Preeminencia del Derecho e irresponsabilidad. 2. El derecho a un tribunal: chivo expiatorio de la inviolabilidad. 3. Inviolabilidad parlamentaria: un convenio de derechos humanos que la integra como parte del sistema democrático. 4. La inviolabilidad en sus justos términos: Italia y sus excesos como contramodelo. 5. La inviolabilidad como bien necesario: la protección de las minorías parlamentarias. A modo de cierre. Notas. Bibliografía.

1. PREEMINENCIA DEL DERECHO E IRRESPONSABILIDAD

Quizás sea conveniente reemplazar el término inviolable (inviolabilidad) por el de irresponsable (irresponsabilidad), aunque bien sepamos que no son sinónimos, sino más bien causa y consecuencia. Desde una perspectiva jurídica, sus significados pueden llegar confundirse, pues si irresponsable es aquella persona a la que no se le puede exigir responsabilidad de ningún tipo, la persona inviolable —y este atributo tiene mucho que ver con lo sagrado— es, por ese mismo privilegio que ostenta, irresponsable de todo cuanto pueda decir, hacer o no hacer. La inviolabilidad o su consecuencia, la irresponsabilidad, son conceptos que entran dentro de la esfera de lo sinalagmático, pues provienen de ese lugar donde, por la naturaleza de la cosas, hay derechos, deberes y obligaciones. Sin embargo, el inviolable queda al margen de ese mundo, excluido de los efectos que la vida contractual lleva aparejados, bien sea de forma absoluta, bien de forma relativa. Desde el rey hasta las sedes diplomáticas, por poner sobre la mesa algunos casos concretos de lo que hablamos y que pueden resultar bien elocuentes.

Tratar de la irresponsabilidad en el interior de las sociedades regidas por el Derecho es, en consecuencia, adentrarnos en el terreno de lo que debe ser analizado como una situación de hecho (y de Derecho) extraordinaria y excepcional. Desde la consolidación del principio de igualdad en su sentido político y desde la consiguiente *constitución* de comunidades políticas de los iguales, el Derecho se erige en la fuente única de validez de todo lo que tenga que ver con nuestra persona y patrimonio. Solo desde el Derecho y todo a través del Derecho. Con todo lo que ello significa y que hoy forma parte de nuestra cultura política y jurídica más profunda: la idea de ley como norma representativa de la voluntad general y, antes que esta, la propia idea de Constitución como *norma normarum* que da validez a un ordenamiento jurídico que se quiere único, completo y coherente. A estas premisas se añade la idea de que los derechos fundamentales constituyen un patrimonio intangible de todos los miembros de la comunidad y son concreción de los valores de libertad, igualdad y pluralismo político que les subyacen. Pero también, y en el mismo nivel, la idea de justicia, de preeminencia del Derecho, como el único instrumento válido para resolver cualquier tipo de disputa que socialmente pueda entablarse, justicia que tendrá que ser impartida por aquel poder que solo quede sujeto a la voluntad de ley con exclusión firme de cualquier otra voluntad extraña.

Mentar la irresponsabilidad en este contexto suena a huero, a un vacío jurídico difícil de explicar. Somos sujetos de derechos (también de obligaciones) y, en la medida en que lo somos y la ley así nos los reconoce, tenemos derecho a exigir su garantía a través de algún tipo de proceso y a que se nos exija responsabilidad por nuestras acciones. Si frente al inviolable quedamos inermes, pues no podremos exigirle lo que nos debe, como tampoco reclamarle que repare el daño que nos ha causado, la idea de igualdad ante la ley y en su aplicación queda difuminada hasta desaparecer. Nace en su lugar la idea de privilegio, anatema para las sociedades democráticas contemporáneas, pues nos hace retroceder algunos siglos. Y muere al propio tiempo la de justicia y la de juez que, con equidad y embebido de competencia y jurisdicción, pueda poner fin a la disputa entablada. Una sociedad de desiguales con derechos reconocidos pero sin acción para protegerlos es lo mismo que una sociedad sin Constitución, entendida como acta fundacional de la democracia y el Estado de Derecho.

Este breve estudio se ocuparán de todo esto desde la perspectiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). En este sentido, ya avanzamos que el TEDH ha tenido ocasión de resolver casos que tenían la irresponsabilidad (inviolabilidad) como objeto central de las demandas interpuestas por particulares, por más que pueda resultar-nos llamativo. Debemos señalar que para, formar parte del Consejo de Europa y ratificar el Convenio Europeo de Derechos Humanos, los Estados deben reafirmar «[...] su adhesión a los valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos y la verdadera fuente de la libertad individual, la libertad política y el imperio del Derecho, principios sobre los cuales se funda toda auténtica democracia» (Estatuto del Consejo de Europa, hecho en Londres el 5 de mayo de 1949, BOE nº 51, de 1 de marzo de 1978)¹. Imperio del Derecho que podría no resultar compatible con núcleos de irresponsabilidad en el interior de los Estados parte, si es que estas zonas de tinieblas existen.

Pero el caso es que «haberlas haylas» y, tras el estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, puede concluirse que con causa legítima, es decir, como excepción con

razón de ser justificable, y veremos que su existencia encontrará su causa en otros valores superiores del ordenamiento jurídico situados en el mismo plano de importancia que el de la justicia. Una mirada diacrónica a la jurisprudencia del TEDH sobre la inviolabilidad nos permite dividir su actividad en tres momentos, cada uno de ellos con sentido y entidad propios. Así, en una primera fase, la inviolabilidad queda confrontada a la denegación de justicia que conlleva su propia existencia. Es aquí donde el TEDH se ocupará de dar sentido al instituto y donde se dedicará a esgrimir con precisión las razones que lo justifican. En un segundo momento, la jurisprudencia del TEDH se ocupará de dibujar los contornos de esos espacios de exención de responsabilidad, justamente para evitar que, por su desbordamiento, se cancelen derechos de los ciudadanos de manera arbitraria e injusta. Finalmente, en una tercera época, el TEDH tendrá que lidiar con la necesidad de la inviolabilidad como bien necesario para el desenvolvimiento de los sistemas democráticos, en concreto para garantizar la protección de las minorías políticas y la libertad de expresión de los parlamentarios.

Sin embargo, antes de ocuparnos de la inviolabilidad como instituto, haremos una brevísima incursión por el que será a la postre su mayor antagonista. Decíamos antes que la irresponsabilidad desarma a quien, con justa causa, pretende que se le reponga en sus derechos lesionados por parte de quien actúa desde esa posición de inviolabilidad. La irresponsabilidad cancela de forma absoluta el derecho a la tutela judicial, al debido proceso que la lesión de todo derecho o interés legítimo trae como consecuencia. El «derecho a un tribunal», en expresión del TEDH, queda relegado así en favor de otro bien digno asimismo de protección. ¿Pero hay en el Convenio Europeo de Derechos Humanos eso que aquí nombramos como derecho a un tribunal? Es esa la respuesta que buscamos, aunque hoy sepamos con exactitud la respuesta. Sin embargo, no resultó tan claro en sus orígenes, al punto que el derecho a un tribunal es un derecho de construcción jurisprudencial. Pero además nos interesa por otra razón: porque, de no existir el derecho a un tribunal para la protección de los derechos civiles, la inviolabilidad sería todo ese espacio que, deliberadamente, no se haya atribuido expresamente a conocimiento de los jueces por la sencilla razón de que no hay derecho sin garantía. *A contrario sensu*, porque hay juez y hay derechos, pudiera haber excepciones, espacios de inviolabilidad

2. EL DERECHO A UN TRIBUNAL: CHIVO EXPIATORIO DE LA INVOLABILIDAD

A la consagración de la inviolabilidad puede llegarse por dos caminos. O bien declarando expresamente su existencia (habitualmente en normas de rango constitucional²), o bien limitando el acceso a los tribunales para determinados temas o frente a determinadas personas. Sobre esta segunda posibilidad cabe subrayar que, sin garantía judicial, no hay ni derecho ni interés legítimo que valgan, todo lo más una melancólica esperanza en la justicia divina. Ante esta bifurcación de posibilidades, es importante saber si existe, como derecho humano, el derecho a un tribunal para la defensa de los derechos civiles y las acciones penales, ya que, de no existir y depender su existencia de la voluntad política

contingente, la inviolabilidad sería todo aquello que queda al descubierto de la garantía judicial. Sin embargo, de existir ese derecho a un tribunal y hacerlo además con la fuerza que le imprime el Convenio, la cosa varía, pues entonces la inviolabilidad solo podrá ser analizada como límite de un derecho existente, abriendo las puertas, por lo tanto, para que ante su presencia y actuación se contraste su legitimidad a fin de negar la facultades que comporta el derecho a poder reclamar la protección judicial en defensa de los derechos e intereses legítimos. El derecho a un tribunal como parámetro de validez de la inviolabilidad, queremos sencillamente decir.

Es cierto que el art. 6.1 CEDH³ no reconoce explícitamente el derecho a acceder a un tribunal. Si se lee su tenor literal, se observará que contiene las garantías que deben observarse en un proceso judicial ya iniciado, pero no el derecho a reclamar justicia, a instarla o promoverla. Fue en el caso *Goldler*⁴, resuelto por el TEDH cuando la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos ya había conocido de algún caso de inviolabilidad, donde el TEDH se ocupará de la cuestión. El recurrente, un preso al que un vigilante de la prisión había acusado erróneamente de participar en la agresión a otro guardia, solicitó a la dirección del centro penitenciario poder entrevistarse con un abogado a los efectos de decidir si interponía contra ese guardián una demanda por lesión de su derecho a su honor y buen nombre. Al trasladarse el caso al TEDH, la demanda se cursó con este motivo principal: si la denegación del permiso por parte del alcaide para la citada entrevista pudo suponer la lesión del derecho a acceder a un tribunal en defensa de un derecho civil.

El caso *Goldler* es bien conocido, pues fue la *ocasio* que tuvo el TEDH para afirmar que, pese al silencio del art. 6.1 CEDH, el derecho de acceso a un tribunal forma parte inescindible de los contenidos que se desprenden del citado artículo. La argumentación del TEDH viajará escalonadamente por todos y cada uno de los métodos admitidos en la interpretación del Derecho —gramatical, sistemática y finalista—, métodos a los que se refiere expresamente el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969⁵, instrumento que, aunque entonces no estaba todavía vigente, reconocía esencialmente las reglas admitidas de interpretación en el Derecho internacional consuetudinario. Dejando ahora de lado las conclusiones del TEDH sobre el art. 6.1 CEDH desde la perspectiva gramatical —y la problemática añadida de que existan dos versiones auténticas del CEDH, la francesa y la inglesa—, orillando también sus conclusiones desde la interpretación sistemática (especialmente, el hecho de que en los arts. 5.4 y 13 CEDH sí se reconoce explícitamente del derecho de acceso a un tribunal), nos interesa aquí la interpretación teleológica y finalista que realiza del precepto.

La «preeminencia del Derecho»⁶, recogida expresamente en el preámbulo del texto convencional como uno de los fines a los que aspira este nuevo sistema colectivo de garantía derechos, va a convertirse en el eje central sobre el que gire el argumento definitivo del TEDH para reconocer la existencia del *derecho a un tribunal*. A ojos del TEDH, se dice en el texto de la sentencia, no se comprendería que el art. 6.1 CEDH describa con detalle las garantías en los procedimientos judiciales de naturaleza civil para las partes en el proceso y no proteja con carácter previo aquello que permite disfrutar precisamente de tales garantías: el acceso al juez. Equidad, publicidad y diligencia en los procesos civiles no ofrecen

ningún interés en ausencia de proceso. Los principios generales del Derecho internacional público conducen a admitir sin ningún género de dudas que «[...] en materia civil, la preeminencia del derecho no se entiende sin la posibilidad de acceder a un tribunal»⁷. Si el derecho a un tribunal no estuviese implícitamente reconocido en el art. 6.1 CEDH, «[...] un Estado parte en el Convenio podría, sin quebrantarlo, suprimir alguna jurisdicción o sustraer a su competencia la capacidad para resolver ciertas categorías de diferencias de naturaleza civil para confiárselas a órganos dependientes del gobierno. Tal hipótesis, inseparable de un riesgo cierto de arbitrariedad, conduciría a graves consecuencias contrarias a estos principios»⁸, concretamente al de la preeminencia del Derecho.

Reconocido el «derecho a un tribunal», el TEDH se anima a completar su disquisición al albur de lo que en su defensa alegan los abogados del Reino Unido. El derecho a un tribunal no es absoluto, viene a decir el TEDH recordando que el contenido de los derechos se conforma por la existencia de otros bienes o valores también susceptibles de protección. Pero añade una consideración que no debemos pasar por alto: el hecho contrastado de que el derecho a un tribunal no está mencionado expresamente en el art. 6 CEDH puede dar lugar a que sobre él existan limitaciones implícitas admisibles⁹, al igual que ocurre, afirma el TEDH, con el derecho a la educación, que, aun siendo un derecho que no puede ser negado a nadie, dependerá, además de aquello que disponga su necesaria regulación, por las circunstancias económicas y sociales por las que atraviese el Estado donde deba alcanzar virtualidad. Es decir, que elaborar en la sentencia una teoría general sobre los límites que pueden constreñir el contenido del derecho a acceder a un tribunal, sí se reconoce la posibilidad de limitarlo. Límites implícitos de un derecho, con esto acabamos, que en ningún caso habrán de entrañar un atentado a la sustancia misma del derecho ni colocarlo en una situación subordinada frente al resto de derechos garantizados por el propio Convenio.

Sin embargo, si alguna categoría de inviolabilidad (irresponsabilidad) pudiera ser admitida como límite del derecho de acceso a un tribunal, hay que aceptar que se trataría de un límite absoluto por la sencilla razón de que no puede ser de otra manera. Ante su presencia no cabe que se inste justicia alguna, pues no cabe por la propia naturaleza de las cosas que a quien se hace responsable de un daño, aunque solo lo sea en escasa medida, pueda ser tenido por irresponsable.

De este modo, y a pesar de la consideración del derecho a un tribunal como un verdadero derecho humano, su relación con la irresponsabilidad, siempre y cuando esta sea admisible, será de claudicación. Por decirlo de forma directa: allí donde se encierra la inviolabilidad, no cabe la presencia de juez alguno, como tampoco es posible que alguien pueda instar su intervención. El irresponsable solo responde ante sí mismo, dicho sea con todos los matices que la afirmación requiere. Así pues, en las páginas que siguen trataremos de confirmar la existencia de estas zonas refractarias a la acción de la justicia en nuestros sistemas constitucionales. Asimismo, se intentará dar cuenta de su razón de ser y de su legitimidad desde la perspectiva de los derechos humanos, fundamentalmente el de acceso a la justicia, pero sin ignorar otros como el derecho a la presunción de inocencia. Para acometer esta tarea, recurriremos a la jurisprudencia del TEDH. Una jurisprudencia que, curiosamente, nos invitará a un viaje en diagonal, de oeste a este, sobre la Europa de los de-

rechos: desde Reino Unido hasta Turquía, con larga escala en Italia, más alguna incursión de interés a algún Estado de nuestra vieja Centroeuropa.

3. INVIOLABILIDAD PARLAMENTARIA: UN CONVENIO DE DERECHOS HUMANOS QUE LA INTEGRA COMO PARTE DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO

El acervo parlamentario del Reino Unido, el más viejo de nuestro continente, seducirá al TEDH por sus acabadas formas y el calado de su fondo. La tradición manda, podríamos decir. De entre nuestra búsqueda por esas zonas opacas a la luz de los jueces sobresale la sentencia dictada por el TEDH en el caso *A. vs. Reino Unido*, de 17 de diciembre de 2002. Su tardía fecha, sin embargo, nos obliga a remontarnos algo más atrás en el tiempo y, a poco que insistamos, se encuentran cosas importantes, decisiones que ya anuncian lo que en ese caso *A.* dirá el Tribunal de Estrasburgo con mayor aplomo, dedicación y profundidad.

La extinta Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante, ComEDH) recibió en 1967 la queja de un ciudadano austriaco que había sido acusado, a su juicio de forma malintencionada, de hechos falsos y difamatorios por parte de un diputado de la Asamblea nacional austriaca¹⁰. Uno tras otro, los tribunales austriacos inadmitieron la demanda civil que interpuso para la restauración de su buen nombre con el argumento de que el art. 57¹¹ de la Constitución austriaca declara la inviolabilidad de los diputados en lo que hace a sus intervenciones y votos emitidos en el seno de la Cámara. Los diputados, según la norma constitucional, solo responden por sus declaraciones ante el presidente la Asamblea de la que forman parte. Agotada la vía estatal previa, la ComEDH no dudó en reconocer el honor del Sr. X como derecho civil e incluso, con anticipación al caso *Golder*, le anudó sin mayores reparos el derecho que tenía de acceder a un tribunal en la procura de su amparo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 6.1 CEDH. Así pues, al decir de la Comisión, la inadmisión de la demanda del Sr. X en defensa de su honor por los tribunales austriacos afectó de modo palmario a su derecho de acceso a la justicia en defensa de sus derechos civiles. Pero por otra parte, la inviolabilidad de los parlamentarios era, a juicio de la Comisión, un principio de Derecho público reconocido por casi todos los Estados cuyos regímenes políticos giran en torno al Parlamento, además del hecho de que este mismo principio también aparece reconocido en el art. 40 de Estatuto del Consejo de Europa en lo que afecta a los miembros que integran su Asamblea consultiva. Por todo ello, concluirá la Comisión de forma casi expeditiva, el art.6 CEDH «[...] debe ser interpretado bajo reserva de la inmunidad parlamentaria tradicionalmente reconocida». Añadiría como *obiter dictum* que sería contrario a toda lógica que los Estados con sistemas parlamentarios hubiesen renunciado implícitamente a la inviolabilidad de sus parlamentarios tras obligarse al CEDH, pues se trata de un principio fundamental de sus sistemas políticos. Por estos motivos, la demanda fue declarada inadmisibile, dado que resultaba incompatible con las disposiciones del Convenio.

El carácter apodíctico de la decisión de la ComEDH en el caso *X. vs. Austria* dejaba fuera de su razonamiento todo lo que tuviese que ver con una explicación de la razón de ser

de esa realidad. La inviolabilidad de los representantes de los ciudadanos en el ejercicio de sus funciones se dio por descontada. La Comisión la hizo suya como hecho preconstituido, exigiendo en consecuencia que se interpretase el art. 6.1 CEDH desde esta reserva. A partir de este momento, los parlamentos de los Estados con inviolabilidad constitucionalmente declarada quedaban a cubierto de la responsabilidad civil o penal que pudiera exigirse a sus miembros cuando actuasen como miembros de las Asambleas. Un límite implícito, externo y absoluto, por lo tanto, para el contenido del llamado derecho a un tribunal.

Otra presunta difamación, esta vez imputable al Home Secretary británico de la época y que también fue vertida en sede parlamentaria, llegó a la sede de la ComEDH por mediación de un exagente de la CIA sobre el que pendía una decisión de extradición a los Estados Unidos¹². Los argumentos fueron más detallados en este caso, que se resolvió nuevamente mediante inadmisión por parte de la Comisión. Frente a las declaraciones del ministro del Interior realizadas ante el Parlamento, no cabía la interposición de recurso alguno, según el Derecho británico. Así pues, el conflicto entre el derecho a un tribunal que entienda con plena jurisdicción de una cuestión civil —y nadie discute que la reputación lo sea— y la inviolabilidad parlamentaria volvió a plantearse con toda su intensidad. La ComEDH reiteró lo afirmado en el caso *X. vs. Austria*, pero añadiendo que «[...] el principio de la inviolabilidad parlamentaria en lo que concierne a declaraciones de esta naturaleza es generalmente reconocido como un atributo de un *régimen político verdaderamente democrático* en el sentido del Preámbulo del Convenio»¹³.

Quizás esta haya sido la primera vez que un órgano del sistema de protección colectiva de derechos humanos ha anudado la inviolabilidad a una finalidad, la pervivencia de la democracia, sistema que es consustancial a la dimensión objetiva de los derechos: no hay democracia sin derechos ni derechos sin democracia. De modo que erigir el derecho a tribunal (art. 6.1 CEDH) por encima del instituto de la inviolabilidad solo serviría para mermar la calidad del sustrato en el que mejor se desenvuelven los derechos, la democracia. Por esta razón, concluye la Comisión, el art. 6.1 CEDH no garantiza el derecho a iniciar un procedimiento a propósito de estas declaraciones, toda vez que el recurrente no tiene derecho de naturaleza civil a la protección de su reputación contra las mismas. La irresponsabilidad deviene así absoluta y de esa guisa se la integra en el sistema de derechos, como un espacio refractario a la acción de la justicia por mor del correcto funcionamiento del sistema democrático. La incompatibilidad *ratione materiae* es la causa por la que finalmente se inadmite la demanda¹⁴.

El término inviolabilidad será empleado por vez primera por el TEDH en un caso que nada tiene que ver con el Parlamento y sí, en cambio, con los límites que pueden acotar la potencialidad del derecho a un tribunal cuando se aspira a proteger bienes o valores a los que la sociedad ha querido dotar de un interés público superior. La jurisprudencia del caso *Golder* sobre el derecho a un tribunal se había ido desarrollando con el paso de los años para, una vez reafirmada su existencia, establecer sus posibles límites:

«Bien entendu, le droit d'accès aux tribunaux n'est pas absolu; il peut donner lieu à des limitations implicitement admises car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'État, réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des res-

sources de la communauté et des individus [...] En élaborant pareille réglementation, les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation. S'il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention, elle n'a pas qualité pour substituer à l'appréciation des autorités nationales une autre appréciation de ce que pourrait être la meilleure politique en la matière [...] Néanmoins, les limitations appliquées ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même [...] En outre, elles ne se concilient avec l'article 6 par. 1 (art. 6-1) que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé» (STEDH Ashingdane, de 28 de mayo de 1985, serie A nº 93, pár., 57)¹⁵.

La inviolabilidad se analiza como límite absoluto al derecho de acceso a un tribunal, aunque se deja caer que puede ser relativo. Se entiende por tal la barrera procesal que impide a una persona el acceso a la justicia en defensa de sus derechos civiles. En el caso *Fayed vs. Reino Unido*¹⁶, que tiene su origen en la compra por los hermanos egipcios Fayed de los famosos almacenes Harrods, una comisión técnica e independiente, de nombramiento ministerial y sujeta a la entonces vigente Ley mercantil, concluyó en su memoria técnica que los hermanos Fayed habían actuado deshonestamente y mentido sobre sus orígenes, su fortuna e intereses comerciales al propio ministro, a la oficina de la competencia, a la prensa y a los demás interesados en la operación, incluidos los pequeños inversores.

El TEDH afirmó que la imposibilidad para los hermanos Fayed de recurrir ese informe ante la justicia, que por descontado afectaba a su reputación, solo podría ser admisible desde la perspectiva del art. 6.1 CEDH en el caso de que concurriera un justo equilibrio entre el interés general de la comunidad y los imperativos de salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo. Lo que de todo esto nos importa es que, a diferencia de lo que de forma apodíctica venía haciendo la Comisión, el TEDH relacionó la cuestión con la inviolabilidad, escrutándola como si fuese un límite, y ello por más de que su aceptación en su versión absoluta pudiera comportar que determinadas categorías de ciudadanos u órganos del Estado quedaran sustraídos al control por parte de los jueces de sus actos, incluso cuando estos supusieran una quiebra evidente de los derechos de terceros.

El caso *Fayed* se cerró a favor del interés superior que permite a los gobiernos ejercer poderes de control sobre actividades mercantiles con la finalidad de asegurar prácticas transparentes y satisfactorias en la gestión de las transacciones financieras y comerciales. Este fin legítimo, sumado al juicio de proporcionalidad en el caso concreto, permitieron concluir al Tribunal que quedaba acreditada una razonable proporcionalidad entre inviolabilidad que se concede a los inspectores que realizan el informe, lo que les permite actuar sin temor, y la finalidad legítima perseguida de salvaguarda de un interés público: preservar que la entera actividad mercantil y financiera sea transparente y fiable para el conjunto de la ciudadanía, especialmente para los pequeños ahorradores.

Esta forma de resolver la cuestión de las inviolabilidades a través de la ponderación tendrán su culmen en el asunto *A. vs Reino Unido*¹⁷, caso en el que el Parlamento y su inviolabilidad harán por fin entrada en la Corte de Estrasburgo, poniendo con ello término a lo apodíctico de la ComEDH y a la asunción, sin más, de una realidad que, por previa al Convenio, debe ser tenida en cuenta sin necesidad de mayores explicaciones en

la interpretación de los derechos convencionalmente reconocidos¹⁸. El giro es importante, pues el TEDH se esforzará en dar sentido y configuración al instituto de la inviolabilidad parlamentaria para pergeñar sus requisitos en función de lo que se sacrifica —el derecho a un tribunal— y lo que esta limitación absoluta conlleva, la imposibilidad de defender derechos de naturaleza civil que habrían podido ser vulnerados.

Acusar a una persona con nombre y apellidos de ser una vecina del infierno (*neighbour from hell*) y dar a conocer públicamente su dirección implicaría, en circunstancias normales, que quien de forma tan desabrida denuncia pueda ser llevado ante un tribunal por difamación. Sin embargo, hay al menos un caso donde esta derivada no arroja el resultado que la preeminencia del Derecho cabalmente impondría. Si quien afirma esto de una vecina y de sus hijos es M. Stern, diputado por la circunscripción de Bristol Nord-Ouest, y lo profiere desde el estrado de la Cámara de los Comunes reunida en sesión ordinaria, la persona presuntamente afectada en sus derechos por tales inectivas no tendrá acción alguna con la que llevarlo ante un juez para que, con plena competencia y siempre que así lo concluya, pueda hacerle responder, civil o penalmente.

El caso *A.* es un tratado del instituto de la inviolabilidad en el parlamentarismo anglosajón. Los parlamentarios británicos quedan protegidos por una inviolabilidad absoluta durante los debates de la Cámara de los Comunes, según consagra el art. 9 de la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*) de 1689: «[...] the freedom of speech and debates or proceedings in Parlyament ought not to be impeached or questioned in a court or place out of Parlyament». Los efectos de esta inviolabilidad han sido descritos por Lord Chief Justice Cockburn en el caso *Ex parte Watson*, de 1869 (*Queen's Bench Reports*, pp. 573-576): «It is clear that statements made by Members of either House of Parliament in their places in the House, though they might be untrue to their knowledge, could not be made the foundation of civil or criminal proceedings, however injurious they might be to the interest of a third party». Sin embargo, esas mismas declaraciones vertidas fuera del Parlamento no están amparadas por la inviolabilidad, hablándose entonces de una inviolabilidad relativa que cubriría tanto al parlamentario como a los medios de comunicación que pudieran hacerse eco de las declaraciones hechas en sede parlamentaria, pero que no resultan inmunes si se demuestra que se han reproducido con total desprecio de la verdad. Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el art. 13 de la ley sobre Difamación (*Difamation Act*), de 1996, los parlamentarios pueden renunciar a la inviolabilidad, renuncia que no afectará en ningún caso a quienes no hayan renunciado a ella.

El control sobre los debates en que se enzarcan los diputados en las Cámaras se ejerce por los presidentes de las mismas (*speakers*) y, asimismo, cada Cámara cuenta con mecanismos para hacer frente a declaraciones cuya falsedad sea demostrada, pudiendo imponerse la sanción correspondiente a los parlamentarios que las profieran en tanto que *outrage* (*contempt*) al Parlamento. Además, la persona ofendida puede dirigirse al diputado de su circunscripción para que presente una moción en su defensa o plantee, si de ahí proviniese la difamación, una *question* al ministro responsable de las declaraciones injuriosas o despectivas. La costumbre parlamentaria en virtud de la cual los ciudadanos solo pueden dirigirse al diputado de su circunscripción cede en el caso de la acusación infundada provenga de

este, permitiéndose entonces, siempre que se respeten las normas de cortesía parlamentaria, que el diputado que pueda intervenir en defensa de la persona afectada en su honor pertenezca a otra circunscripción.

En el informe realizado por una comisión mixta de las dos Cámaras del Parlamento, de marzo de 1999, se lee de forma concluyente:

«38. *The immunity is wide.* Statements made in Parliament may not even be used to support a cause of action arising out of Parliament, as where a plaintiff suing a member for an alleged libel on television was not permitted to rely on statements made by the member in the House of Commons as proof of malice. *The immunity is also absolute:* it is not excluded by the presence of malice or fraudulent purpose. Article 9 protects the member who knows what he is saying is untrue as much as the member who acts honestly and responsibly...] In more precise legal language, it protects a person from legal liability for words spoken or things done in the course of, or for the purposes of or incidental to, any proceedings in Parliament»¹⁹ (cursiva nuestra).

Este es el régimen jurídico de la inviolabilidad al que el TEDH se enfrenta para determinar si su aplicación al caso concreto ha podido suponer la quiebra del derecho al honor y buen nombre de la Sra. A y sus hijos. Se trata de un régimen jurídico, como acabamos de exponer aquí brevemente, acendrado, pues tiene historia, a la vez que reducido a sus justos términos y confines geográficos, pues la inviolabilidad abarca exclusivamente a lo que acontezca en sede parlamentaria, hasta el punto de que solo es en esta sede donde la inviolabilidad pueda ser levantada y sujeta a responsabilidad (*self-regulation*). Queda fuera de su alcance lo que ocurra extramuros de su recinto, pues en ese predio común y extendido será donde los jueces ejerzan su natural función de protectores naturales de los derechos. Mas a su vez, y esto es quizás lo más importante, es una inviolabilidad que tiene razón de ser, que tiene finalidad y sentido:

«It follows that we do not agree with those who have suggested that members of Parliament do not need any greater protection against civil actions than the qualified privilege enjoyed by members of elected bodies in local government. Unlike members of Parliament, local councillors are liable in defamation if they speak maliciously. *We consider it of utmost importance that there should be a national public forum where all manner of persons, irrespective of their power or wealth, can be criticised.* Members should not be exposed to the risk of being brought before the courts to defend what they said in Parliament. Abuse of parliamentary freedom of speech is a matter for internal self-regulation by Parliament, not a matter for investigation and regulation by the courts. The legal immunity principle is as important today as ever. The courts have a duty not to erode this essential constitutional principle» (STEDH *A. vs. Reino Unido*, cit., pár. 32 *in fine*, cursiva nuestra).

La inviolabilidad, constata el TEDH, no es un medio de defensa en un pleito civil, sino una barrera procesal infranqueable que impide de forma absoluta a un tribunal decidir sobre una acción que traiga como causa declaraciones vertidas en sede parlamentaria. Pero con su reconocimiento queda sin duda en entredicho el derecho a un tribunal que reconoce el art. 6.1 CEDH. Sin embargo, el mayor riesgo lo sufre realmente el principio de la preeminencia del derecho, pues un Estado, añade el TEDH, no puede «[...] sin reservas o control de los órganos del Convenio, sustraer a la competencia de los tribunales toda una serie de acciones de naturaleza civil o exonerar de toda responsabilidad civil a amplios grupos o categorías de personas»²⁰.

Ahora lo que nos debe importar es otra cosa. La inviolabilidad que llegue a manos del TEDH debe poder ser justificada. Los representantes del Reino Unido hicieron un magnífico trabajo que, por su forma y fondo, acabó seduciendo al Tribunal. No importa ahora si la naturaleza jurídica de la inviolabilidad es adjetiva o material, barrera procesal o límite del derecho al honor: al TEDH nada de esto le hace perder el tiempo. Ya sea lo uno o lo otro, viene a decir, las consecuencias son las mismas. Sí se empeña, como hace siempre que se enfrenta a un límite al ejercicio de los derechos, en que en el caso concreto se supere el test de proporcionalidad en su sentido lato: que exista una finalidad legítima que dé validez a la restricción en el disfrute del derecho, un interés general que la justifique, y que se supere el test de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, que la ganancia para el bien común que termina protegiéndose sea superior a la minoración de la eficacia que su presencia conlleva para el derecho que trata de preservarse en el caso concreto (relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida).

Un test de proporcionalidad que, en nuestro caso, es sobre el todo o nada, ya que, como venimos advirtiendo, la presencia de la inviolabilidad desplaza de forma absoluta al derecho a un tribunal. Concretamente, el TEDH sostiene que «[...] cuando se trata de apreciar la proporcionalidad de la inviolabilidad, el carácter absoluto de esta no puede ser decisivo»²¹. Todo lo más, añade, por su naturaleza absoluta quedará obligado a aportar una justificación más intensa y los motivos que la amparen deberán quedar mejor acreditados, es decir, será necesario que pueda asumirse que, con su reconocimiento, se alcanzará un resultado estructural de negación completa del derecho a un tribunal cuando nos enfrentamos a lo actuado por cierta categoría de ciudadanos²².

En cuanto a la finalidad que se persigue con la inviolabilidad, el TEDH asumirá lo evidente. Su existencia tiene como fin proteger la participación libre y constructiva de los parlamentarios en los debates de interés general, sin cortapisas y con plena vocación de representar a sus electores, facilitando que puedan exponer sus argumentos y propuestas sin riesgo de ser perseguidos y llevados ante un tribunal o ante cualquier otra autoridad. En el mismo plano, la inviolabilidad entendida en este sentido absoluto delimita con mucha nitidez la separación entre poderes, señaladamente entre los poderes legislativo y judicial. A este respecto, el fin que se persigue con la inviolabilidad no ha suscitado mayores problemas²³.

En cuanto a la proporcionalidad, el TEDH hará una aproximación general desde su común reconocimiento por parte de la mayor parte de los Estados miembros del Consejo de Europa y una aproximación concreta desde la *praxis* de la inviolabilidad en el Reino Unido. Respecto a la primera —la general—, el TEDH acepta como bien común del espacio europeo la existencia de alguna forma de inviolabilidad para los representantes del pueblo en casi todos los Estados parte en el Convenio, inviolabilidad que comparten con los representantes de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y los diputados del Parlamento Europeo. A la vista de esta realidad política extendida, el TEDH no tardará en concluir que la inviolabilidad no supone una carga desproporcionada para el derecho a un tribunal reconocido por el Convenio. De hecho, llega a decir, como en su día hizo la Comisión, que en todo esto hay algo de natural o consustancial, pues se trata de un límite

inherente al derecho reconocido en el art. 6.1 CEDH (explicable desde la teoría de la división de poderes y de la función que cada uno de estos tiene encomendada en los sistemas democráticos)²⁴.

La confección acabada de la inviolabilidad parlamentaria en el Reino Unido servirá de molde al Tribunal para medir otras inviolabilidades de naturaleza parlamentaria que pudieran seguir llegándole. Su marco jurídico medido —pues solo se aplica a lo que se diga o vote en el trascurso de los debates parlamentarios de la Cámara de los Comunes o de los Lores—, la exclusión de la inviolabilidad si estas declaraciones se realizan fuera de las Cámaras antes o después de los debates y las vías políticas abiertas para que la víctima de esas declaraciones pueda intentar que se palie el daño ocasionado llevan al TEDH a concluir que la proporcionalidad queda satisfecha, habida cuenta de que estamos en presencia de una inviolabilidad ajustada a la piel de su propia naturaleza y de que, por lo tanto, el Estado ha hecho un uso correcto de su margen de apreciación para limitar el derecho de acceso a un tribunal.

El carácter absoluto de la inviolabilidad forma parte de su esencia. Tras las declaraciones del parlamentario Sr. Stern, la Sra. A. tuvo que ser realojada nuevamente, sufriría acoso físico y moral, recibió amenazas de muerte, y tanto ella como su familia fueron sañudamente insultados. Abrir las cortinas de la inviolabilidad y dejarla al criterio de la gravedad de lo que haya podido decirse o a sus consecuencias, por graves que sean, tendría como efecto la destrucción de los fines legítimos que con la inviolabilidad se persiguen²⁵. Es el Parlamento, su actividad y libertad, lo que se protege, no a los parlamentarios en sí mismos considerados, como si fuesen titulares de un privilegio. De este presunto doble carácter de la inviolabilidad, privilegio subjetivo de los parlamentarios o garantía objetiva de la Cámara de representantes, es este segundo elemento el que servirá de parámetro para medir la concretas consecuencias que se deriven de la inviolabilidad de la que disfrutaban todos y cada uno de los parlamentarios que integran las Cámaras²⁶.

La inviolabilidad consiste en la libertad del parlamentario para actuar en las Cámaras—debatando o votando— con entera libertad y sin miedos, sin la cortapisa de que en cualquier momento pueda ser llevado ante el juez. La inmunidad absoluta coadyuva al debate franco, abierto, sin más limitaciones que aquellas que la propia Cámara pueda imponer para garantizar su propio orden y el de sus debates (hasta estos podrán ser discutidas, como veremos más adelante). Con la inviolabilidad se exorcizan los miedos y se conjura el riesgo de la interferencia judicial.

Cuando no existe inviolabilidad lo que queda es la libertad de expresión y, frente a ella, habitualmente, derecho al honor o buen nombre. Es decir, colisión de derechos y, por lo tanto, necesidad de ponderación —y, como consecuencia, necesidad de un juez—. Este es el supuesto que se dirime en la STEDH, *Jerusalem vs. Austria*, de 27 de febrero de 2001. Porque la inviolabilidad es o no es, sin que quepan medias tintas. La Sra. Jerusalem, recurrente, era representante en la Cámara municipal de Viena al mismo tiempo que parlamentaria de ese *Länder*. Actuando como *municípe*, realizó una intervención, al hilo de un debate sobre las sectas, en el que señaló a ciertas asociaciones de serlo, criticando su estructura, sus fines y sus comportamientos autoritarios. Si hubiese actuado en calidad de

parlamentaria, no hubiera tenido nada que temer, ya que habría estado protegida por la inviolabilidad. En cambio, como representante de su partido en el municipio, tuvo que enfrentarse a un proceso civil por difamación en el que finalmente se le obligó a retractarse de las declaraciones vertidas en aquel debate municipal²⁷.

No importa que el TEDH finalmente otorgase el amparo a la Sra. Jerusalem en virtud del art. 10 CEDH, precepto que protege y garantiza la libertad de expresión. Eso ahora es lo de menos, aunque no debemos dejar de señalar la importancia que el TEDH atribuye a la libertad de expresión de los parlamentarios y demás representantes de los ciudadanos, pues este valor también está detrás del sentido y fin de la inviolabilidad: «A cet égard, la Cour rappelle que, précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour un élu du peuple; il représente ses électeurs, signale leurs préoccupations et défend leurs intérêts. Partant, des ingérences dans la liberté d'expression d'un parlementaire de l'opposition, telle la requérante, commandent à la Cour de se livrer à un contrôle des plus stricts (arrêt *Castells c. Espagne* du 23 avril 1992, série A n° 236, pp. 22-23, § 42)»²⁸. Lo que ahora interesa es que, precisamente porque la actividad de los representantes municipales queda extrarradio de la inviolabilidad, su ausencia fortalece la necesidad de proteger vía art. 10 CEDH su libertad de expresión. Asistimos, pues, a la inviolabilidad como bien democrático en potencia, hasta el extremo de que su ausencia sensible dota de un mayor valor a lo que con su concurso se protege, la libertad de expresión de los representantes del pueblo:

«Quant aux propos litigieux de la requérante, la Cour relève qu'ils ont été tenus au cours d'un débat politique du conseil municipal de Vienne. Le fait que ce débat ait eu lieu devant le conseil municipal de Vienne siégeant en tant que conseil local et non en tant que parlement du *Land* n'est pas décisif. *Que les propos de la requérante aient été ou non couverts par l'immunité parlementaire, la Cour estime qu'ils ont été prononcés dans une instance pour le moins comparable au parlement pour ce qui est de l'intérêt que présente, pour la société, la protection de la liberté d'expression des participants. Dans une démocratie, le parlement ou des organes comparables sont des tribunes indispensables au débat politique. Une ingérence dans la liberté d'expression exercée dans le cadre de ces organes ne saurait donc se justifier que par des motifs impérieux*»²⁹ (cursiva nuestra).

4. LA INVIOLABILIDAD EN SUS JUSTOS TÉRMINOS: ITALIA Y SUS EXCESOS COMO CONTRAMODELO

La inviolabilidad en el sentido que la concibe el TEDH solo puede ser considerada legítima si no desborda su propia razón de ser. De otro modo se produciría una quiebra inadmisibles del derecho de acceso a un tribunal, vaciando de contenido por extensión los derechos civiles que en el ordenamiento de cada Estado parte se reconozcan a los ciudadanos. Quiere esto decir que la inviolabilidad, configurada e interpretada de una determinada forma, podría ser sometida a juicio de proporcionalidad si, llegado el caso, fuese esta la única forma de ajustarla a la que debe ser su finalidad. La inviolabilidad es un límite excepcional del derecho al proceso y, desde una perspectiva sustantiva, del derecho al honor, pero también podría serlo de otros derechos como, por ejemplo, el de la presunción de inocencia³⁰. La inviolabilidad, pues, debe ser contemplada como límite de los derechos, y ello

con independencia de que con su presencia legítima el derecho afectado quede absoluta e irremediabilmente desplazado.

La cuestión ahora es, pues, la de los límites de los límites, pues no toda inviolabilidad (en su teoría o en su *praxis*) puede ser convencionalmente admitida. A diferencia del Reino Unido, Italia va demostrar la incontinencia a la que es propensa la inviolabilidad. En cinco casos casi sucesivos, el TEDH tendrá que hacer uso de su potestad para trazar los límites de un límite que, llevado al extremo, hace de la inviolabilidad privilegio personal de los representantes, lo que no casa con la idea de preeminencia del Derecho que subyace a la propia idea de inviolabilidad y a la del entero sistema democrático. Dicho en otros términos, la inviolabilidad solo será legítima y admisible si se la contiene dentro de sus contornos naturales.

En los casos *Cordova, nº 1* y *2*³¹, el TEDH se enfrentará a una situación que, aunque con distintos protagonistas, plantea unos hechos casi idénticos: unos parlamentarios que, extramuros de las Cámaras, vertieron acusaciones contra un representante del ministerio público, el Sr. Cordova en un caso mediante misivas de tono irónico, en el otro a través de declaraciones a los medios. En ambos casos, el recurrente, sintiéndose agredido en su derecho al honor, interpuso las correspondientes demandas buscando su protección, pero sin éxito. En los dos casos las demandas fueron inadmitidas a trámite, dado que, a través de sus correspondientes comisiones, las asambleas consideraron que las declaraciones incriminadas quedaban cubiertas por la inviolabilidad parlamentaria, pues a su juicio se referían a asuntos de interés público que, de una forma u otra, habían sido discutidos en sesiones ordinarias de las respectivas Cámaras. Asimismo, en ambos casos, los tribunales en los que se interpusieron las demandas aceptaron la declaración de inviolabilidad sin contemplar siquiera la necesidad de plantear el correspondiente conflicto entre poderes ante la Corte Constitucional italiana. Un conflicto que, de haberse planteado, habría permitido a la justicia constitucional decidir sobre si esa extensión de la inviolabilidad extramuros de las sedes parlamentarias encajaba o no con lo dispuesto en el art. 68. 1 de la Constitución italiana: «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»³².

Los dos asuntos fueron resueltos mediante sentencia y en ambos el TEDH no dejó de reconocer a la inviolabilidad como límite inmanente del derecho de acceso a la justicia, reiterando lo que sobre este asunto declaró en el caso *A. vs. Reino Unido*. Sin embargo, añadiría el Tribunal, la singularidad fáctica de estos casos le obligaba a plantearse si, en efecto, las declaraciones incriminadas estaban ligadas *stricto sensu* a la actividad parlamentaria del senador Cossiga³³ y del diputado Sgarbi. A la vista de los hechos declarados probados, el Tribunal concluyó que dichas declaraciones estaban muy lejos de poder ser consideradas una manifestación del ejercicio de la función parlamentaria, de modo que sería contrario al contenido del derecho a un tribunal cubrirlas bajo el manto de la inviolabilidad.

«The Court takes the view that the lack of any *clear connection*³⁴ with a parliamentary activity requires it to adopt a narrow interpretation of the concept of proportionality between the aim sought to be achieved and the means employed. This is particularly so where the restrictions on the right of access stem from the resolution of a political body. To hold otherwise would amount to restricting in a manner incompatible with Article 6 § 1 of the Convention the right of indivi-

duals to have access to a court whenever the allegedly defamatory statements have been made by a parliamentarian» (STEDH *Cordova vs. Italia* (nº 1), pár. 63, (cursiva nuestra)).

La necesidad imperiosa de conectar con certeza y claridad la actividad parlamentaria con las declaraciones injuriosas marca la frontera de lo que debe caer en el saco de la inviolabilidad, toda vez que, como venía advirtiendo el Tribunal, se trata de una garantía objetiva del Parlamento entendido como un todo y no de un privilegio personal de sus componentes. Incorporar al núcleo de la inviolabilidad cualquier declaración de los parlamentarios hechas al margen del foro parlamentario sería tanto como excluir de toda responsabilidad la actividad política de los parlamentarios, haciéndolos, de este modo, titulares de un privilegio insoportable para el Estado de Derecho³⁵.

Asimismo, el TEDH concede importancia al hecho de que el recurrente Cordova no hubiese podido promover ninguna acción ante los tribunales al objeto de discutir la exorbitante extensión de la inviolabilidad y proteger así eficazmente sus derechos convencionales. Máxime cuando la Corte Constitucional italiana había dado señales de evolución en su consideración de la inviolabilidad. Desde hacía algún tiempo venía juzgando como ilegítimas las extensiones de la inviolabilidad que prescindiesen absolutamente de la correspondencia necesaria que debe existir entre las declaraciones incriminadas y la función estrictamente parlamentaria³⁶.

Así pues, *i*) relación directa con la actividad parlamentaria, y *ii*) posibilidad de un recurso efectivo que permita valorar si ha existido o no extralimitación a la hora de calificar como inviolable lo actuado por el parlamentario. Estas serán las dos coordenadas que facilitaran el control de la garantía objetiva de la que disfrutaban las Cámaras parlamentarias para que, una vez delimitadas y, sea posible impedir que la inviolabilidad pueda llegar a mutar en un privilegio indebido de la clase política representativa o dar cobertura absoluta de inmunidad a todo discurso que, salido de la boca de estos, pueda ser tenido por político, con mayor razón cuando estos se realizan fuera de las Cámaras:

«En l'espèce, la Cour relève que, prononcées dans le cadre d'interviews avec la presse, et donc en dehors d'une chambre législative, les déclarations litigieuses de MM. Taormina et Pecorella n'étaient pas liées à l'exercice de fonctions parlementaires *stricto sensu*. Il est vrai qu'une note interne critiquant le projet de loi sur les commissions rogatoires internationales avait été produite au cours des débats parlementaires. Il n'en demeure pas moins que les commentaires des deux députés mis en cause par les requérants ne portaient pas sur le contenu de cette note, mais sur l'opportunité de « licencier » les requérants en conséquence de leur prétendue violation des obligations de confidentialité et loyauté qui leur incombait. Ainsi faisant, MM. Taormina et Pecorella n'ont pas exprimé des opinions de nature politique quant aux relations entre la magistrature et le pouvoir exécutif, ou au sujet du projet de loi sur les commissions rogatoires, mais ont attribué des comportements précis et fautifs aux requérants. Or, dans un tel cas, on ne saurait justifier un déni d'accès à la justice par le seul motif que la querelle pourrait être de nature politique ou liée à une activité politique» (STEDH *Patrono, Cascini y Stefanelli vs. Italia*, de 20 de abril de 2006, demanda nº 10180/04, (cursiva nuestra))³⁷.

La inviolabilidad, reconocida como límite inherente del derecho a la justicia, encuentra en los casos italianos aquí expuestos un patrón con el que medir su pertinencia, es decir, los límites de su legitimidad para erigirse en límite absoluto al derecho de acceso a un tribunal.

5. LA INVIOLABILIDAD COMO BIEN NECESARIO: LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS PARLAMENTARIAS. A MODO DE CIERRE

Si hasta aquí la tarea del TEDH se centró en el reconocimiento y los límites de la inviolabilidad, no tardaría en llegar el momento en que tuviese que salir en su defensa y protección. Cuando la inviolabilidad no se reconoce o se la hace inoperante, el edificio democrático empieza a padecer problemas estructurales. La dimensión objetiva de la inviolabilidad como garantía de la propia democracia —por lo que tiene de defensa del pluralismo político y de garantía para el libre desenvolvimiento político de la sociedad— se entiende mucho mejor en situaciones de ausencia, es decir, cuando a los representantes de los ciudadanos se les reclaman responsabilidades por ejercer con libertad sus funciones parlamentarias. Cuando esto ocurre, no solo queda comprometida la libertad de expresión de los parlamentarios, sino también la necesaria separación de poderes que exige el funcionamiento democrático del Estado.

El TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse sobre todo esto en un par de casos. El primero de ellos trae causa de la sanción pecuniaria impuesta por el Parlamento húngaro a los diputados de una minoría que, en el transcurso de un debate, exhibieron pancartas e hicieron uso de un megáfono para reivindicar objetivos políticos. Sin entrar en los detalles del caso y dejando de lado la declaración de violación del art. 10 CEDH que dictaría el Tribunal, resulta de todo punto de vista pertinente centrarnos en los argumentos de que hace uso el TEDH para definir al instituto de la inviolabilidad como el instrumento idóneo para la protección de la función parlamentaria y, también, para la protección de las minorías políticas. Tengamos presente que las sanciones impuestas se adoptan en el seno de la propia Cámara, sin interferencia, por tanto, de un poder extraño, ajeno al poder legislativo. Asistimos, pues, a un escrutinio de la *praxis* de la inviolabilidad en el interior de un Parlamento, por definición inviolable, pero en un momento en el que el TEDH ya sabe de qué hablamos cuando hablamos de inviolabilidad.

«Il ne fait aucun doute que tout propos tenu dans l'enceinte parlementaire appelle un haut degré de protection. Dans une société démocratique, le Parlement est un lieu unique de débat qui revêt une importance fondamentale. La règle de l'immunité parlementaire, notamment, atteste ce haut degré de protection. La Cour a déjà reconnu que le fait que les États accordent généralement une immunité plus ou moins étendue aux parlementaires constitue une pratique de longue date qui vise les buts légitimes que sont la protection de la liberté d'expression au Parlement et le maintien de la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire. *Sous ses différentes formes, l'immunité parlementaire peut en effet servir à protéger un régime politique véritablement démocratique, qui est la pierre angulaire du système de la Convention, dans la mesure notamment où elle tend à protéger l'autonomie du législateur et l'opposition parlementaire* (voir, entre autres, *Kart*, précité, § 81, avec d'autres références, et *Syngelidis c. Grèce*, n° 24895/07, § 42, 11 février 2010). Les garanties offertes par l'immunité parlementaire en ses deux aspects (irresponsabilité et inviolabilité) visent à assurer l'indépendance du Parlement dans l'accomplissement de sa mission. L'invocabilité contribue à permettre cette pleine indépendance en prévenant toute éventualité de poursuites pénales obéissant à des mobiles politiques (*fumus persecutionis*) et en protégeant ainsi l'opposition des pressions ou abus de la majorité (*Kart*, précité, § 90). La protection accordée à la liberté d'expression au Parlement vise à protéger les intérêts de ce dernier de manière générale et il ne faut pas penser qu'elle bénéficie à ses seuls membres individuellement (*A. c. Royaume-Uni*, précité, § 85)» STEDH *Karácsony y*

otros vs. Hungría, de 17 de mayo de 2016, demandas n° 42461/13 y 44357/13, caso faro, (cursiva nuestra).

La inviolabilidad se concibe como un bien necesario para el sostén de sistemas políticos verdaderamente democráticos, en la medida en que con ella se protege no solo la libertad de expresión de los representantes de los ciudadanos, sino a las minorías frente al abuso de la mayoría. En el caso que exponemos, el TEDH concluye asimismo que los parlamentarios sancionados no pudieron ni tan siquiera defender su comportamiento ante el órgano rector de la Asamblea que dictó la sanción, agravando así el comportamiento de la mayoría frente a la minoría³⁸.

La propia autonomía parlamentaria³⁹ queda así limitada por el instituto de la inviolabilidad, reforzando con ello su dimensión objetiva, pues solo desde la inviolabilidad puede protegerse al Parlamento que debe ser inviolable, incluso frente a sí mismo.

«Dès lors, l'autonomie parlementaire ne saurait être détournée aux fins d'étouffer la liberté d'expression des parlementaires, laquelle se trouve au cœur du débat politique dans une démocratie. Il serait incompatible avec le but et l'objet de la Convention que, en instaurant tel ou tel régime d'autonomie parlementaire, les États contractants se soustraient à leurs responsabilités au titre de la Convention s'agissant de l'exercice de la liberté d'expression au Parlement» (STEDH *Karácsony y otros*, pár. 147).

Y por fin llegamos a Turquía, parada y fonda. Mediante reforma constitucional de 20 de mayo de 2016, se suprimió la inmunidad parlamentaria, no así la inviolabilidad, para un conjunto de diputados supuestamente ligados, al decir del Gobierno y de la mayoría parlamentaria, a actividades terroristas. Entre las acusaciones por las que fueron llevados ante la justicia penal figuraban declaraciones públicas de estos parlamentarios muy similares a las que, como diputados, habían mantenido en sede parlamentaria. La cuestión a la que el TEDH debió hacer frente era si esas declaraciones no estaban cubiertas por la inviolabilidad parlamentaria que se garantiza en el art. 83 de la Constitución turca⁴⁰. Estamos en 2020 y sobre el instituto de la inmunidad la lluvia fina y constante del TEDH ha ido calando, de modo que su conclusión, si bien extensa, no deja de ser contundente, lo que nos será de utilidad para poner fin aquí a nuestro trabajo sobre el instituto de la inviolabilidad como un bien necesario desde la perspectiva del TEDH:

«La Cour observe que l'irresponsabilité parlementaire est absolue, ne ménage aucune exception, n'autorise aucune mesure d'investigation et, comme l'ont indiqué les parties lors de l'audience, continue à protéger les députés même après la fin de leur mandat. Comme les deux parties l'ont également dit au cours de l'audience, il est clair que répéter un discours politique en dehors de l'Assemblée nationale ne saurait être interprété comme le fait de simplement répéter les mêmes mots que ceux prononcés au Parlement [...] La Cour estime qu'en l'espèce le requérant a argué de manière plausible que, du point de vue de leur contenu, ses discours cités par le Gouvernement et ceux qu'il avait prononcés lors des travaux de l'Assemblée nationale étaient similaires [...]. Or, malgré la plausibilité de cet argument, et nonobstant la garantie offerte par le premier paragraphe de l'article 83 de la Constitution, les autorités judiciaires ont placé le requérant en détention provisoire et l'ont soumis à des poursuites pénales essentiellement en raison de ses discours à caractère politique, sans qu'il y ait eu examen du point de savoir si ses déclarations étaient protégées

par l'irresponsabilité parlementaire» (STEDH *Selabattin Demirtas vs. Turquía* (nº 2), de 22 de diciembre de 2020, Gran Sala, demanda nº 14305/17, párs. 259 y 263).

Si estas páginas comenzaron con la pregunta de si es posible en el Estado de Derecho zonas inmunes a la acción de la justicia, concluimos, a través del análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, que son necesarias como bien deseable para la protección de ese mismo Estado de Derecho. Un Estado de Derecho que solo puede entenderse como democrático: y la democracia no es nada sin libertad de expresión. Ahora corresponde a los parlamentos hacer buen uso de su prerrogativa, pero eso ya no depende de nosotros.

NOTAS

1. Asimismo, del preámbulo del CEDH, hecho en Roma el 4 noviembre de 1950: «Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados por un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de primacía del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos anunciados en la Declaración Universal». Pero también en el art. 3 de ese mismo texto puede leerse: «Todo miembro del Consejo [...] reconoce el principio de preeminencia del Derecho».

2. En algún caso ante el TEDH sobre inviolabilidad han intervenido algunos Estados parte para dejar constancia de que en sus ordenamientos constitucionales la irresponsabilidad de los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones forma parte de sus sistemas políticos. Así, en al caso *A. vs. Reino Unido*, de 17 de diciembre de 2002, demanda nº 35373/97, intervinieron Austria, Bélgica, Países Bajos, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia y Noruega (*vid.* párs. 37 a 58)

3. Art. 6 CEDH (Instrumento de ratificación del CEDH por España, BOE nº 243, de 10 de octubre de 1979): «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella [...]». Obsérvese la redacción de este precepto en contraste con la del art. 24.1 CE: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

4. STEDH *Golder vs. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1975, demanda nº 4451/70.

5. Concretamente, en sus arts. 31 a 33.

6. *Vid.*, Comisión de Venecia, «Rapport sur la prééminence du Droit», adoptado en su sesión plenaria del 25-26 de marzo de 2011, atendiendo a las observaciones de P. van Dijk, G. Haller, J. Jowell y K. Tuori, Etude nº 512/2009, CDL-AD(2011)003rev.

7. STEDH *Golder*, op. cit., párs. 34 y 35.

8. *Ibidem*, pár. 35.

9. STEDH *Golder*, op. cit., párs. 37 ss.

10. Decisión *ComEDH, X vs. Austria*, demanda nº 3374/67, (Annuaire 12, p. 246; Recueil 29, p. 29), de 6 de febrero de 1969.

11. Art. 57 Constitución austriaca de 1920: «Los miembros del Consejo Nacional solo podrán ser sometidos a responsabilidad por el propio Consejo Nacional por los votos emitidos en el ejercicio de su cargo y por las manifestaciones orales formuladas en el desempeño del mismo».
12. Decisión *ComEDH Agee vs. Reino Unido*, de 17 de diciembre de 1976, demanda nº 7729/76.
13. *Ibidem*, pár. 26.
14. *Ibidem*, pár. 26.
15. Jurisprudencia reiterada, entre otros, en el caso *Lithgow vs. Reino Unido*, de 8 de julio de 1986, serie A nº 102, pár. 194.
16. STEDH *Fayed vs. Reino Unido*, de 21 de septiembre de 1994, demanda nº 17101/90.
17. STEDH *A. vs. Reino Unido*, de 17 de diciembre de 2002, demanda nº 35373/97.
18. El caso *Fayed* terminaría influyendo en la forma de razonar de la ComEDH. Véase, en este sentido, *Young vs. Irlanda*, de 17 de enero de 1996, demanda nº 25646/94, y *O'Faolain vs. Irlanda*, de 17 de enero de 1996, demanda nº 29099/95.
19. Este texto, así como todas las referencias anteriores, están extraídos de la STEDH *A. vs. Reino Unido*, op. cit. *supra*, párs. 21-40, apartado segundo de los antecedentes de la sentencia bajo el título: «El Derecho y su práctica interna pertinente».
20. *Ibidem*, pár. 63.
21. *Ibidem*, pár. 78.
22. *Vid.*, en este sentido, las SSTEDH dictadas antes de este caso y que trataron otro tipo de inviolabilidades, exactamente las que tienen que ver con la inviolabilidad de los Estados y que están reconocidas por el Derecho internacional, o también las relativas a la inviolabilidad de las sedes diplomáticas, entre otras: Decisión de la ComEDH en el caso *N.C.F. y AG vs. Italia*, de 4 de diciembre de 1995, demanda nº 24236/94, o la STEDH *Al-Adsani vs. Reino Unido*, de 21 de noviembre de 2001, demandada nº 35763/97.
23. STEDH *A. vs. Reino Unido*, op. cit. *supra*, pár. 75.
24. *Ibidem*, pár. 83.
25. *Ibidem*, pár. 88.
26. *Ibidem*, párs. 84-86.
27. STEDH *Jerusalem vs. Austria*, de 27 de febrero de 2001, demanda nº 26958/95, pár. 36.
28. *Ibidem*, pár. 36.
29. *Ibidem*, pár. 40.
30. *Vid.*, decisión de inadmisión del TEDH, sección tercera, *Zollmann vs. Reino Unido*, de 27 de noviembre de 2003, demanda nº 62902/00, pár. 1. Se trata de un caso de inviolabilidad parlamentaria en el cual los recurrentes alegaban la violación de la presunción de inocencia (art. 6.2 CEDH) a la vista de las declaraciones vertidas por el secretario de Estado del Ministerio de Asuntos Exteriores en la Cámara de los Comunes y por las que los incriminaba de tráfico ilegal de diamantes en Angola.
31. Concretamente, STEDH *Cordova vs. Italia (nº 1)*, de 30 de enero de 2003, demanda nº 40877/98, y STEDH *Cordova vs. Italia (nº 2)*, de 30 de enero de 2003, demanda nº 45649/99.

32. Art. 68 de la Constitución italiana: «I membri del Parlamento non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni».

33. En el caso de expresidente Cossiga, se trataba de cartas personales dirigidas al fiscal Cordova en las que, de modo irónico, le recomendaba se tomase unas vacaciones. Para su disfrute y mejor descanso le hacía llegar un caballito de madera y un triciclo. Hemos de añadir que el fiscal Cordova había investigado al Sr. Cossiga por su presunta conexión con la logia masónica P2. Aun así, era cierto que el Sr. Cossiga había criticado en una sesión parlamentaria las investigaciones llevadas a cabo por el recurrente.

34. «Lien évident», en la versión francesa. Una relación directa que el propio ordenamiento jurídico italiano permite ocurra más allá de las fronteras de las Cámaras, pero siempre que las expresiones estén ligadas a la actividad parlamentaria: «La loi n° 140 du 20 juin 2003, intitulée “dispositions pour l'exécution de l'article 68 de la Constitution et en matière de procès pénaux à l'encontre des hautes fonctions de l'Etat” a précisé le champ d'application de cette disposition. L'article 3 de cette loi se lit ainsi: “L'article 68 § de la Constitution s'applique en tout état de cause pour la présentation de projets et propositions de loi, amendements, ordres du jour, résolutions, [...], pour tout acte parlementaire, activité d'inspection, de divulgation, de critique et de dénonciation politique, *liée à la fonction parlementaire, menée même en dehors du Parlement*”», *Patrono y otros vs. Italia*, de 20 de abril de 2006, pár. 23 (cursiva nuestra).

35. En este sentido, *C.G.I.L. y Cofferati vs. Italia*, de 24 de febrero de 2009, demanda n° 46967: «Conclure autrement équivaudrait à restreindre d'une manière incompatible avec l'article 6 § 1 de la Convention le droit d'accès à un tribunal des particuliers chaque fois que les propos attaqués en justice ont été émis par un membre du Parlement (*Cordova (n°s 1 et 2)*, précités, respectivement § 63 et § 64, et *De Jorio*, précité, § 54)», pár. 74.

36. STEDH *Cordova vs. Italia* (n° 2), op. cit. *supra*, pár. 66. Concretamente, en su apartado de Derecho interno aplicable el TEDH sostiene: «In its judgment no. 289 of 18 July 1998, it ruled that the expression “parliamentary function” (*funzione parlamentare*) could not be held to cover all the political activities of a member of the Chamber of Deputies or the Senate, because “such an interpretation [...] would risk converting an immunity into a personal privilege”. It added that “it would not be right to establish any connection between a number of statements made during meetings, press conferences, television programmes... and a parliamentary question subsequently addressed to the Minister of Justice [...] To hold otherwise [would amount to acknowledging] that no parliamentarian may be held accountable for his or her statements, even if they are grossly defamatory and... entirely divorced from parliamentary functions or activities [...] In its later case-law, which can now be considered well-established, the Constitutional Court held that in the case of opinions expressed outside Parliament, it had to verify whether there was any connection with parliamentary activities. In particular, there must be a substantial connection between the opinions in question and a prior parliamentary activity (see judgments nos. 10, 11, 56, 58, and 82 of 2000, nos. 137 and 289 of 2001, and nos. 50, 51, 52, 79 and 207 of 2002)», párs. 30 y 31.

37. *Vid.*, asimismo, *De Jorio vs. Italia*, de 3 de junio de 2004, demanda n° 73936/01, pár. 53.

38. Caso *Karácsony y otros*, cit. *supra*, párs. 154-161.

39. «La Cour relève que les règles régissant le fonctionnement interne du Parlement sont une illustration du principe constitutionnel bien établi de l'autonomie parlementaire. Celle-ci est protégée en Hongrie par l'article 5 § 7 de la Loi fondamentale, qui dispose notamment que le président du Parlement exerce des pouvoirs de police et de discipline de manière à assurer le bon fonctionnement de l'Assemblée (paragraphe 24 ci-dessus). Conformément à ce principe, communément admis parmi les États membres du Conseil de l'Europe, le Parlement peut, à l'exclusion des autres pouvoirs et dans les limites du cadre constitutionnel, réglementer ses affaires internes, par exemple son organisation, la composition de ses organes et le maintien de l'ordre pendant les débats. L'autonomie parlementaire englobe bien évidemment le pouvoir pour le Parlement d'appliquer des règles visant à assurer la bonne conduite de ses activités.

C'est ce qu'on appelle parfois l'autonomie juridictionnelle du Parlement. Selon la Commission de Venise, la majorité des parlements possèdent des règles de procédure interne qui prévoient des sanctions disciplinaires contre leurs membres» (STEDH *Karácsony*, cit. *supra*, pár. 142.)

40. «Les membres de la Grande Assemblée nationale de Turquie ne peuvent être tenus pour responsables ni des votes émis et des paroles prononcées par eux lors des travaux de l'Assemblée, ni des opinions qu'ils professent à l'Assemblée, *ni de leur répétition ou diffusion en dehors de l'Assemblée*, à moins que l'Assemblée n'en ait décidé autrement au cours d'une séance tenue sur proposition du Bureau de la présidence», (Constitución de Turquía de 1982, art. 83, apartado primero, cursiva nuestra).

BIBLIOGRAFÍA

CINAR, Özgür (2021a): «*Selahattin Demirtaş v. Turkey* (no. 2): Prosecution of An Opposition Leader in Turkey», *Cambridge International Law Journal* [en línea] <<http://cilj.co.uk/2021/02/24/selahattin-demirtas-v-turkey-no-2-prosecutionof-an-opposition-leader-in-turkey/>>.

– (2021b): “Politically Motivated Prosecutions and Detentions: Grand Chamber judgment in the case of *Selahattin Demirtaş v. Turkey* (no. 2)”, *Border Crossing*, 11, 25-30.

FIGUERUELO BURRIEZA, Angela (1989): «Prerrogativas parlamentarias y quiebra del principio de igualdad», *Revista de las Cortes Generales*, 17, 104-118.

KLOTH, Matthias (2010): *Immunities and the Right of Access to Court under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Leiden: Brill-Nijhoff.

HARDT, Sascha (2013): *Parliamentary Immunity. A comprehensive study of the systems of parliamentary immunity in the United Kingdom, France and the Netherlands in a european context*, Antwerp: Intersentia Ltd.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo (2020): «Las garantías parlamentarias en la experiencia constitucional española», *Revista de las Cortes Generales*, 108, 131-175.

MORALES ARROYO, José María (1987): «Las prerrogativas parlamentarias a la luz de la jurisprudencia constitucional: (a propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 51-1985, de 10 de abril y 90-1985, de 22 de julio)», *Revista de las Cortes Generales*, 12, 189-217.

MORALES ARROYO, José María y Miguel REVENGA SÁNCHEZ (1988): «Prerrogativas parlamentarias y derechos fundamentales», *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, 3-4, 761-783.

QUESADA ALCALÁ, Carmen (2003): «Los límites de la inmunidad legislativa: sentencia del TEDH, *Cordova c. Italia* (nº 1) de 20 de enero de 2003 y sentencia *Cordova c. Italia* (nº 2) de 30 de enero de 2003», *Revista General de Derecho Europeo*, 1.

TSAMPI, Aikaterini (2020): «The new doctrine on misuse of power under Article 18 ECHR: Is it about the system of contre-pouvoirs within the State after all?», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 38(2), 134-155.

VALLÉS CAVIA, José Antonio (2019): «La afectación de los derechos de parlamentarios turcos a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos: el asunto *Selahattin Demirtas c. Turquía*», *Revista General de Derecho Europeo*, 48.

WIGLEY, Simon (2009): «Parliamentary Immunity in Democratizing Countries: The Case of Turkey», *Human Rights Quarterly*, 31(3), 567-591.

Fecha de recepción: 18 de septiembre de 2021.

Fecha de aceptación: 29 de octubre de 2021.

LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS EN LA UNIÓN
EUROPEA: UNOS PERSONAJES EN BUSCA DE AUTOR*
PARLIAMENTARY PREROGATIVES IN THE EUROPEAN UNION:
SOME CHARACTERS IN SEARCH OF AUTHOR

Ana Carmona Contreras

Catedrática de Derecho constitucional
Universidad de Sevilla

RESUMEN

La regulación de las prerrogativas parlamentarias en la Unión Europea es el resultado de la confluencia de disposiciones establecidas por el Derecho europeo y los Estados miembros. El resultado es un complejo normativo en el que ambos niveles están obligados a mantener una relación armónica que, sin embargo, en la práctica ofrece puntos de fricción. La comprensión de la inviolabilidad es competencia del Derecho Europeo, pero no sucede lo mismo con la inmunidad. El Protocolo regulador introduce un importante sesgo diferenciador al establecer diversas modalidades, resultando determinante para identificar la normativa aplicable el *locus* espacial en el que se lleva a cabo la acción judicial dirigida contra un diputado. En el caso de la denominada inmunidad *in itinere*, con ocasión del asunto Junqueras el TJUE ha formulado una novedosa jurisprudencia que refuerza el margen de actuación del Derecho de la Unión en detrimento de los Estados en relación con el momento de adquisición de la condición de diputado.

PALABRAS CLAVE

Prerrogativas, inviolabilidad, inmunidad, *fumus persecutionis*, autorización a proceder.

ABSTRACT

The regulation of parliamentary prerogatives in the European Union is the result of the confluence of provisions established by European law and the rules of the Member States. The result is a normative complex in which both levels are obliged to maintain a harmonious relationship that, however, in practice offers points of friction. The understanding of inviolability is within the competence of European law, but the same is not the case with immunity. The Regulatory Protocol introduces an important differentiating bias by establishing various modalities, being decisive to identify the applicable regulations the spatial *locus* in which the judicial action directed against a deputy is carried out. In the case of the so-called immunity *in itinere*, on the occasion of the Junqueras Case, the CJEU has formulated a new case law that reinforces the margin of action of Union Law to the detriment of the States in relation to the moment of acquisition of the status of deputy and the activation of the such prerogative.

KEY WORDS

Prerogatives, inviolability, immunity, *fumus persecutionis*, authorization to proceed.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2021.027>

* Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación I+D, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad «Desafíos del proceso de construcción de un espacio europeo de derechos fundamentales» (DER2017-83779-P).

LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS EN LA UNIÓN EUROPEA: UNOS PERSONAJES EN BUSCA DE AUTOR

Ana Carmona Contreras

Catedrática de Derecho constitucional
Universidad de Sevilla

Sumario: 1. Situando las prerrogativas parlamentarias en el ordenamiento de la Unión Europea. 2. El sentido de las prerrogativas parlamentarias en el actual escenario de la Unión Europea: ¿inerencia histórica o justificación real? 3. La inviolabilidad parlamentaria o inmunidad absoluta (artículo 8 PPI). 3.1. Opiniones de los parlamentarios y ejercicio de sus funciones. 3.2. La inviolabilidad en clave procedimental. 3.3. La existencia de límites a la inviolabilidad en el ámbito parlamentario. 4. La inmunidad procesal o relativa (artículo 9 PPIUE). 4.1. El radio de acción material de la inmunidad: regla y excepción. 4.2. Especial atención a la intencionalidad política (*fumus persecutionis*). 4.3. Aspecto temporal. 4.3.1. La noción «período de sesiones»: entendimiento y alcance práctico. 4.3.2. Y antes de la sesión constitutiva del Parlamento, ¿está en vigor la inmunidad? ¿Con qué alcance? 5. Reflexiones conclusivas. Notas. Bibliografía.

1. SITUANDO LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS EN EL ORDENAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA

El marco rector de las prerrogativas que asisten a los diputados del Parlamento Europeo remite al Protocolo de 8 de abril de 1965 sobre privilegios e inmunidades de la Unión Europea (PPIUE) y, más concretamente, a su Capítulo III, dedicado específicamente a esta cuestión. Esta normativa es mencionada expresamente por el artículo 343 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que proclama: «La Unión gozará en el territorio de los Estados miembros de los privilegios e inmunidades necesarios para el cumplimiento de su misión en las condiciones establecidas en el Protocolo de 8 de abril de 1965 sobre los privilegios y las inmunidades de Unión Europea».

La inviolabilidad (también denominada inmunidad material o absoluta) aparece recogida en el artículo 8 (antiguo artículo 9) PPIUE, cuyo tenor literal es el siguiente: «Los miembros del Parlamento Europeo no podrán ser buscados, detenidos ni procesados por las opiniones o los votos por ellos emitidos en el ejercicio de sus funciones».

Por su parte, la inmunidad (de índole procesal y alcance relativo) está regulada en el artículo 9 (antiguo artículo 10) PPIUE, que dispone:

«Mientras el Parlamento Europeo esté en período de sesiones, sus miembros gozarán: *a*) en su propio territorio nacional, de las inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento de su país; *b*) en el territorio de cualquier otro Estado miembro, de inmunidad frente a toda medida de detención y a toda actuación judicial.

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

No podrá invocarse la inmunidad en caso de flagrante delito ni podrá esta obstruir el ejercicio por el Parlamento Europeo de su derecho a suspender la inmunidad de uno de sus miembros».

Atendiendo a la redacción genérica que presentan las disposiciones reproducidas y movidos por la intención de aferrar los contornos precisos que tales prerrogativas presentan en el ordenamiento europeo, resulta imprescindible atender a la interpretación realizada en sede jurisprudencial por las resoluciones adoptadas tanto por el Tribunal de Justicia (TJUE) como por el Tribunal General de la Unión (TGUE). Por su parte, las disposiciones que en este ámbito incorpora el Reglamento Interno del Parlamento Europeo (RIPE)¹ establecen las pautas que rigen el *modus operandi* en torno a la dinámica aplicativa de las prerrogativas que se predicen de sus miembros y se erigen en un ulterior referente que debe ser considerado. De la conjunción ordenada de los elementos apuntados se desprende un cuadro integral que nos permitirá mostrar la efectiva configuración jurídica de los privilegios e inmunidades existentes en el ámbito de la asamblea europea.

No obstante, antes de iniciar el recorrido analítico propuesto, es preciso llamar la atención sobre un rasgo configurador esencial de la regulación referida que remite directamente a sus orígenes. En efecto, hay que recordar que dicha normativa vio la luz en la fase inicial de existencia del Parlamento Europeo, cuando este no presentaba su actual carácter electivo por sufragio universal directo y sus miembros eran delegados de las asambleas legislativas de los Estados miembros. En aquel momento, la regulación de la inviolabilidad y la inmunidad recogida por el PPIUE tomó como referente inmediato las previsiones establecidas para la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, cuyos miembros fueron de naturaleza consultiva hasta 1974. Como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina, esta norma originariamente «[...] solo buscaba añadir la “libre circulación parlamentaria europea” al régimen de garantías y prerrogativas que ya reconocía la legislación nacional», completando el régimen de inmunidades establecido por los ordenamientos internos a favor de los representantes populares (Clinchamps, 54: 2006).

La profunda transformación experimentada por el Parlamento Europeo —que, tras la reforma operada por el Acta relativa a la elección de los diputados al Parlamento Europeo por sufragio universal directo de 1976², se convirtió en una Cámara de elección popular directa— no trajo consigo, como hubiera sido lógico, ninguna modificación del preexistente

marco rector de las prerrogativas. Así se desprende tanto del ya aludido artículo 343 TFUE como del artículo 6.2 del Acta Electoral, que para la comprensión de ambas disposiciones remite expresamente a lo dispuesto en el PPIUE. Como se verá, el mantenimiento de tal conexión constituye un flanco problemático sobre todo en relación con la inmunidad procesal regulada en el artículo 9 PPIUE. La controversia jurídica apuntada es resultado de la suma de dos factores concurrentes. En primer lugar, a pesar de lo previsto en el artículo 223.1 TFUE, que atribuye al Parlamento «[...] la elaboración de un proyecto encaminado a establecer las disposiciones necesarias para hacer posible la elección de sus miembros por sufragio universal directo, de acuerdo con un procedimiento uniforme en todos los Estados miembros o de acuerdo con principios comunes a todos los Estados miembros», en la actualidad todavía está en manos de estos la regulación del procedimiento electoral. En tal sentido, los Estados gozan de un amplio margen de acción únicamente limitado por el debido respeto de lo establecido por el Acta Electoral Europea en su artículo 8 y, como prevé el citado precepto, no pueden «[...] desvirtuar globalmente el carácter proporcional del sistema de elección». En segundo lugar, debe tenerse en cuenta la comprensión variable de la inmunidad que se predica de los diputados europeos, cuyo alcance depende de la regulación existente en el concreto territorio en el que aquellos se encuentren (que es la aplicable por remisión expresa del PPIUE), ello al margen del supuesto específico de que se estén desplazando al Parlamento para participar en sus sesiones o volviendo de las mismas (inmunidad *in itinere*). Del conglomerado regulador existente se deduce un marco genérico de referencia en el que confluyen normativas de procedencia ordinamental diversa cuyo entendimiento precisa del auxilio de los operadores jurídicos llamados a interpretarlo en la práctica: los ordenamientos nacionales y, asimismo, los tribunales aplicadores del Derecho europeo.

2. EL SENTIDO DE LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS EN EL ACTUAL ESCENARIO DE LA UNIÓN EUROPEA: ¿INERCIA HISTÓRICA O JUSTIFICACIÓN REAL?

Otra reflexión previa al desarrollo del análisis de la inviolabilidad y la inmunidad que operan en el Parlamento Europeo es la referida a la determinación de cuál es el sentido de su existencia en el actual escenario institucional de la Unión. Como es sabido, las prerrogativas parlamentarias vieron la luz a finales del siglo XVIII, en los albores de las revoluciones burguesas que pusieron fin al Antiguo Régimen en el continente europeo (Fernández-Miranda: 1986: 9-11), en un momento en el que la afirmación de las asambleas representativas como centro neurálgico del nuevo principio de legitimidad del sistema político exigía rodearlas de garantías específicas orientadas a posibilitar el ejercicio libre de sus funciones. Esa libertad de actuación real y efectiva no podía darse por descontada en un contexto institucional en el que, lejos de afirmarse como poder independiente, la justicia seguía manteniendo un estrecho vínculo con el poder ejecutivo, encarnado en la figura del monarca. En tales circunstancias, la inmunidad procesal trataba de neutralizar un uso espurio de la

justicia cuyo objetivo fuera alterar de modo fraudulento la composición de las cámaras, condicionando el desarrollo de los procesos penales a un examen parlamentario previo (suplicatorio) orientado a constatar si en los mismos concurre o no intencionalidad política (*fumus persecutionis*). Por su parte, el establecimiento de la inviolabilidad —también denominada inmunidad absoluta— pretende crear un espacio exento de toda reprobación jurídica proveniente de poderes externos (ejecutivo y judicial) con respecto a las opiniones manifestadas y los votos emitidos por los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones. La libertad de expresión de los representantes populares, de este modo, adquiere un carácter absoluto, tanto en su vertiente objetiva (todo voto y cualquier afirmación vinculada al ejercicio de las funciones parlamentarias) como en su proyección temporal, dado que sigue protegiendo a quienes han ostentado la condición de representantes incluso una vez concluido el mandato parlamentario. Ambas prerrogativas, por lo demás, no se conciben como privilegios personales orientados a tutelar los intereses particulares de los diputados (Pingel, 2014: 309). Ciertamente, estos se benefician de modo reflejo e inevitable de la acción protectora que es consustancial a las mismas, pero ese efecto no puede considerarse como objetivo primigenio (que es proteger el libre ejercicio de la función parlamentaria frente a interferencias externas) sino, antes bien, como lógica consecuencia sobrevenida (protección que se sustancia en la persona del representante popular).

Las prerrogativas nacieron, pues, imbuidas de una insoslayable impronta funcional en un contexto institucional adverso a la institución parlamentaria (Fernández-Viagas, 1990: 14-16). Sobre la base de esta premisa, desde una perspectiva sistémica, lo lógico habría sido que, atendiendo a los avances experimentados por el Estado de Derecho y la independencia del poder judicial, una vez consolidado el principio de sometimiento exclusivo de los jueces al imperio de la ley (concebida esta como expresión de la voluntad popular), el mecanismo protector de la inmunidad procesal, despojado de su justificación originaria, se hubiera extinguido. No ha sucedido así, sin embargo, puesto que, dejando a salvo puntuales excepciones (como el caso de Holanda, donde no existe), las constituciones de los Estados democráticos en general y de los Estados miembros en particular siguen manteniéndola sustancialmente inalterada (el caso de España³ destaca en este sentido) o bien con importantes matices reductivos (así sucede en Reino Unido, Francia, Italia y Alemania⁴). Precisamente en esta inercia continuista concurrente en la mayoría de los Estados miembros se enmarca la regulación que de dicha prerrogativa incorpora el Derecho de la Unión Europea en relación con los miembros de su Parlamento.

Marcando un neto contrapunto con la aproximación sugerida, resulta oportuno referirse a la decidida reivindicación que en relación con la justificación actual de la prerrogativa de la inmunidad procesal ha mantenido recientemente el abogado general Szpunar en las conclusiones presentadas en el asunto *Junqueras*⁵. En su opinión, debe rechazarse su consideración como un «[...] anacronismo, vestigio de una época en la que los Parlamentos estaban expuestos a ataques del poder ejecutivo y de la justicia, al servicio de este último». La razón sobre la que se basa tal aseveración es la resistencia a aceptar sin más la idea de que en el Estado de Derecho moderno «[...] la independencia de los jueces es la mejor garantía contra los ataques injustificados que amenacen la composición y funcionamien-

to del Parlamento», lo que conduce a afirmar que la inmunidad «pierde su razón de ser» (apartado 7). Considera el abogado general que esta es «[...] una visión muy optimista de la situación», puesto que el avance del Estado de Derecho «[...] no presenta el mismo nivel en todas partes ni la evolución política va siempre hacia su consolidación». Junto a ello, tampoco cabe perder de vista, sigue razonando Szpunar, que, aunque los jueces son «[...] en principio, independientes, no sucede lo mismo con el Ministerio Fiscal y las Fuerzas del orden» (apartado 9). A la luz de las amenazas constatadas se deduce una consideración de la inmunidad como instrumento que ofrece un «escudo al Parlamento» (apartado 10) que, aplicado correctamente, esto es, huyendo de posibles abusos que dan lugar a «la violación del derecho fundamental al acceso a la justicia de los perjudicados por actos cometidos por parlamentarios al margen de sus funciones» (apartado 7), viene a garantizar «la independencia de los diputados y también del Parlamento» (apartado 11).

Más allá de nuestra discrepancia con las reflexiones del abogado general Szpunar, cuya visión del tema que no valora suficientemente los estándares del Estado de Derecho y la independencia judicial operativos en el ordenamiento europeo con carácter preceptivo tanto para este como para los Estados miembros, consideramos que el elemento clave es el siguiente: tomando nota de la existencia de las prerrogativas, debe auspiciarse una comprensión de las mismas ajustada al escenario institucional en el que se aplican que sitúe en primer término, también, su dimensión funcional. Así se desprende de lo dispuesto en el Reglamento Interno del Parlamento Europeo (RIPE) actualmente en vigor⁶, cuyo artículo 5 (bajo la rúbrica «Privilegios e inmunidades»), tras remitirse al inevitable PPIUE para identificar las prerrogativas de sus diputados (apartado 1), en su apartado 2 identifica el objetivo que persiguen: en primer lugar, la inmunidad procesal trata de «[...] *mantener su integridad* como asamblea legislativa democrática». Por su parte, la inviolabilidad pretende «[...] *garantizar la independencia de los diputados en el ejercicio de sus funciones*». A modo de cierre, dicho apartado concluye con la afirmación de un principio general que, en puridad, se erige en la premisa básica que justifica la existencia de las prerrogativas, a saber, no se configuran como «[...] un privilegio personal del diputado», sino, antes bien, como «[...] una *garantía de independencia del Parlamento en su conjunto y de sus diputados*»⁷.

Las consideraciones recogidas en sede normativa son asumidas en su sustancia por parte del abogado general Poiares Maduro en las conclusiones del asunto *Marra*⁸, en el que, como tendremos ocasión de ver más adelante, se discute la comprensión de la operatividad de la inviolabilidad por las autoridades judiciales internas y su relación con la competencia del Parlamento. No obstante, con carácter preliminar y desde una perspectiva general, el abogado general hace especial énfasis (apartado 11) en la dimensión funcional —señalada tanto por el Parlamento como por la Comisión— que define el instituto de la «inmunidad» en un sentido omnicompreensivo, puesto que, en el ordenamiento de la Unión, dicho término engloba tanto la inmunidad procesal como la inviolabilidad (también denominada inmunidad material). Al hilo de tal comprensión, se afirma que ambos mecanismos deben entenderse como la expresión de «[...] un compromiso institucional destinado a garantizar la independencia del Parlamento Europeo y de sus diputados y a facilitar su funcionamiento como órgano colectivo que desempeña un papel vital en una sociedad

libre y democrática». Una vez sentada esta base objetiva, el razonamiento avanza apuntando hacia la vertiente subjetiva, indisolublemente unida a las prerrogativas de gracia que se «[...] otorga[n] a determinadas personas, por su función institucional, instrumento del papel democrático del Parlamento, un privilegio que no se otorga a otros ciudadanos que no desempeñan dicha función». Planteada así la cuestión, se llega a la conclusión que muestra a las prerrogativas como una realidad compleja cuya finalidad institucional objetiva —«proteger al Parlamento en tanto que institución»— incorpora una indudable dimensión subjetiva, al proyectarse también sobre «sus miembros en tanto que personas». Estamos, pues, ante un instituto de tutela institucional que, por encarnarse y hacerse realidad en los sujetos que ejercen las funciones encomendadas a la institución de referencia, incorpora como lógico corolario una dimensión de índole subjetiva. Son dos caras de una misma moneda, puesto que para proteger a la institución resulta imprescindible hacer lo propio con sus componentes⁹.

3. LA INVIOLABILIDAD PARLAMENTARIA O INMUNIDAD ABSOLUTA (ARTÍCULO 8 PPI)

Como ya se ha indicado, la norma que regula esta concreta prerrogativa es el artículo 8 del PPI, que dispone: «Los miembros del Parlamento Europeo no podrán ser buscados, detenidos ni procesados por las opiniones o los votos por ellos emitidos en el ejercicio de sus funciones». La atención al enunciado normativo, junto con el entendimiento de la inviolabilidad en nuestra cultura jurídica, al que contribuye de forma destacada la valiosa jurisprudencia al respecto emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰, sirve de base para que en el asunto *Marra*¹¹ el TJUE afirme que se trata de «[...] una disposición especial aplicable a todo procedimiento judicial» cuya finalidad es «[...] proteger la libre expresión y la independencia de los eurodiputados por las opiniones expresadas y los votos emitidos en el ejercicio de las funciones parlamentarias» (apartados 27 y 45). Estamos, por lo tanto, ante una tutela de naturaleza absoluta, en términos materiales, cuyo eje central es otorgar una posición preferente a la libertad de opinión de los eurodiputados en el ejercicio de sus actividades como representantes populares, impidiendo cualquier interferencia externa. Asimismo, se constata una similar dimensión en términos temporales, puesto que la protección que ofrece la inviolabilidad se mantiene incólume una vez que el eurodiputado ha dejado de serlo.

Sentada tal premisa, inmediatamente surgen distintos interrogantes en torno a determinadas cuestiones cuya comprensión práctica condiciona el entendimiento efectivo de la inviolabilidad. Así, en primer lugar, procede identificar el contenido del concepto «ejercicio de funciones parlamentarias» que se vincula a las opiniones manifestadas, así como a los votos emitidos, como referente obligado para activar la protección contemplada. Asimismo, desde una perspectiva procesal, ha de determinarse a qué instancia —¿juez nacional?, ¿Parlamento Europeo?— corresponde apreciar cuándo concurre efectivamente una actuación parlamentaria amparada por dicha prerrogativa. En último lugar, aunque no por

ello menos importante, se impone una reflexión sobre la admisibilidad de la introducción de límites en sede parlamentaria a la libertad de expresión protegida por la inviolabilidad.

3.1. OPINIONES DE LOS PARLAMENTARIOS Y EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

La respuesta a la pregunta relativa a qué ha de entenderse concretamente por opiniones vertidas en el ejercicio de las funciones parlamentarias conduce *rectius* a la jurisprudencia del TJUE. En tal sentido, brilla con luz propia la resolución emitida en el asunto *Patriciello*¹². No solo fue el primer caso en el que se planteó expresamente la necesidad de acotar dicha noción; interesa, además, destacar que constituye un *leading case* en la materia, en la medida en que la doctrina en él establecida opera como referente obligado, se ha mantenido inalterada hasta la actualidad y ha sido aplicada en otros casos similares en los que la jurisdicción europea fue interpelada¹³.

En la resolución dictada con ocasión de dicho asunto, el TJUE comenzó su razonamiento poniendo de manifiesto que el ámbito de protección del artículo 8 PPIUE «[...] está destinado a aplicarse esencialmente a las declaraciones realizadas por estos en el propio recinto del Parlamento Europeo» (apartado 29). Desde una perspectiva sustancial, nos situamos ante una actividad protegida por el PPIUE y «[...] estrechamente vinculada con la libertad de expresión». En este sentido, el TJUE afirma expresamente que dicha libertad está reconocida en el artículo 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), un texto jurídico al que el artículo 6.1 TUE atribuye un valor similar al de los tratados. Sentado dicho sustrato iusfundamental, el TJUE sostiene a continuación que el término «opiniones» debe «[...] entenderse en sentido amplio, como comprensivo de palabras y declaraciones que, por su contenido corresponden a afirmaciones constitutivas de apreciaciones subjetivas» (apartado 32).

Hemos de llamar la atención sobre el hecho de que las afirmaciones del TJUE se refieren a las opiniones manifestadas en el interior de las instalaciones parlamentarias. De esta forma, en primera instancia se acoge un criterio de identificación espacial que, sin embargo, no es óbice para que, inmediatamente, se aclare que el hecho de expresar opiniones en el recinto parlamentario no se erige en pauta determinante. En efecto, aunque la sentencia no se pronuncie al respecto, como certeramente recuerda el abogado general Jääskinen en sus conclusiones¹⁴, la aplicación del criterio espacial parte de la premisa de que la opinión en cuestión muestre «[...] necesariamente un vínculo con las actividades como miembro de un Parlamento» (apartado 71). Actuando de este modo, es posible excluir todas aquellas afirmaciones realizadas por los diputados en el recinto parlamentario que se sitúan al margen del perímetro funcional exigido, y, en sentido inverso, incluir todas aquellas que, a pesar de mostrar aquel vínculo, se produjeron extramuros de la institución.

Precisamente sobre la base de tal razonamiento de fondo se explica que, más que el lugar en el que se puso de manifiesto una concreta opinión a cargo de un parlamentario, se atribuya una relevancia decisiva a la dimensión sustancial de la misma, atendiendo a su «naturaleza y contenido» (apartado 30). Es obvio que, en un contexto político como el actual, reducir el desenvolvimiento de la actividad parlamentaria al espacio físico de la

sede institucional resulta no solo inadecuado, sino también excesivamente reductivo. La realidad de un mundo en el que el debate público supera ampliamente tanto los recintos parlamentarios como los medios tradicionales de comunicación¹⁵ y discurre de modo creciente a través de foros virtuales y redes sociales (Twitter, Facebook, etc.), lleva aparejada la necesidad de aplicar un enfoque idóneo que tome en consideración el contexto comunicativo efectivamente concurrente. Precisamente desde esta perspectiva acompañada al tiempo presente, en el asunto *Briois*, el Tribunal General se enfrentó a un caso en el que hubo de dilucidar si los presuntos comentarios injuriosos publicados por un eurodiputado en Facebook (que, a su vez, motivaron la reacción en cadena de numerosos seguidores) podían ser encuadrados en el ejercicio de las funciones parlamentarias y, por tanto, quedaban protegidos por la prerrogativa de la inviolabilidad. La idea a enfatizar es que, como ya se estableció en *Patriciello*, más allá del *locus* físico donde manifiestan los europarlamentarios sus opiniones, el elemento necesitado de verificación es la efectiva concurrencia de «[...] una relación entre la opinión expresada y las funciones parlamentarias» (apartado 33). Debe aclararse, no obstante, que, a pesar de que la existencia de tal vínculo es condición necesaria para que se active la inviolabilidad, no resulta en sí misma suficiente. En efecto, teniendo en cuenta que la protección ofrecida por la prerrogativa es absoluta y que, por lo tanto, impide cualquier acción punitiva en sede jurisdiccional o administrativa, con lo que ello conlleva en términos de privación del derecho fundamental a la tutela judicial de los afectados, el TJUE sigue avanzando en su razonamiento y requiere que tal relación sea directa y se imponga manifiestamente (apartado 35). Recapitulando: no basta, pues, con que las afirmaciones en cuestión versen sobre un asunto de interés general. Adicionalmente, deben tener una conexión cualificada con las funciones parlamentarias.

La fórmula utilizada por el TJUE asume, si bien de modo implícito, la propuesta del abogado general Jääskinen, señalando la necesidad de entender que el vínculo con dichas funciones se ha de entender necesariamente referido a aquellas que se incardinan en el ámbito de actuación del Parlamento Europeo y contribuyen «al cumplimiento de la misión de la Unión» (apartado 102). Este es precisamente el elemento de referencia establecido por el artículo 343 TFUE para activar los privilegios e inmunidades: la conexión requerida no es cuestionable. De este modo, se excluye que la protección que brinda la inviolabilidad se active cuando el eurodiputado «[...] actúa claramente como político nacional, o incluso regional o local» (apartado 104)¹⁶.

En función del *iter* argumental expuesto, el TJUE recapitula los elementos configuradores preceptivos para activar la protección de la inviolabilidad en el caso de declaraciones realizadas por diputados fuera del Parlamento Europeo, concluyendo que «s[...] solo constituye una opinión expresada en el ejercicio de las funciones parlamentarias que esté amparada por la inmunidad prevista en la citada disposición cuando dicha declaración corresponde a una apreciación subjetiva que presenta una relación directa y evidente con el ejercicio de tales funciones» (apartado 40).

3.2. LA INVIOLABILIDAD EN CLAVE PROCEDIMENTAL

La alusión a la apreciación de cuándo concurre efectivamente la necesaria relación directa e inmediata entre la opinión formulada y el ejercicio de la función parlamentaria nos sitúa frente al segundo de los elementos necesitados de precisión en materia de inviolabilidad, a saber, el modo en que ha de proceder el juez nacional en caso de plantearse ante su jurisdicción un asunto en el que el objeto de la controversia sea dicha prerrogativa. Constatada la existencia del vínculo requerido con carácter previo al desarrollo de las actuaciones procesales pertinentes, ¿debe elevar un suplicatorio al Parlamento Europeo para que este se pronuncie sobre el tema o, por el contrario, ha de actuar siguiendo lo establecido en la normativa interna e ignorar lo que al respecto pueda manifestar aquel?

Las respuestas a los interrogantes planteados nos conducen a lo que el TJUE dictaminó en el asunto *Marra*, en el se establecen las pautas interpretativas que constituyen el marco de referencia aplicable. La resolución parte de una premisa clara, a saber, que la determinación de la concurrencia o no de inviolabilidad en el caso suscitado corresponde en exclusiva al juez nacional, y el rechazo taxativo de que este esté «[...] obligado a plantear la cuestión al Parlamento» (apartado 33). El silencio del PPIUE avala este criterio, puesto que no atribuye competencia alguna al Parlamento «[...] para comprobar, en caso de actuaciones judiciales contra un diputado europeo a causa de las opiniones expresadas y los votos emitidos por este, si concurren los requisitos de aplicación de esa inmunidad» (apartado 33). Asimismo, tampoco se encuentra en el PPIUE ninguna previsión que remita tal cuestión a lo dispuesto por «las normas de Derecho nacional» (apartado 40).

Llegados a este punto, resulta pertinente aludir a la naturaleza jurídica de las disposiciones contenidas en el Reglamento Interno del Parlamento Europeo (RIPE). En relación con las mismas, el TJUE considera que quedan al margen del marco regulador aludido. Esta exclusión no solo afecta a las relativas al procedimiento de suspensión de la inmunidad procesal (apartado 36), cuya aplicación lógicamente no procede, puesto que la inviolabilidad no puede ser objeto de suplicatorio ni tampoco de suspensión (apartado 45). También quedan al margen aquellas otras que establecen «[...] un procedimiento de amparo de la inmunidad y los privilegios que puede ser iniciado por el diputado europeo» al objeto de que el Parlamento establezca «[...] si un procedimiento judicial iniciado contra un diputado europeo constituye una restricción a la expresión de una opinión o de un voto». En este supuesto, en el que la inviolabilidad resulta directamente concernida, la previsión vigente en el momento de dictar la sentencia¹⁷ establecía que le correspondía al Parlamento realizar «[...] una propuesta en la que pida a la autoridad interesada que extraiga las conclusiones pertinentes» (apartado 37). De tales disposiciones no se deduce, sin embargo, «[...] ninguna obligación de los jueces nacionales de remitir al Parlamento la decisión sobre la existencia de los requisitos que permiten reconocer tal inmunidad antes de pronunciarse sobre las opiniones y los votos de los diputados europeos» (apartado 35). La razón es clara: como señalan tanto la Cámara como la Comisión, el reglamento «[...] es un acto de organización interna que no puede establecer a favor del Parlamento competencias que no estén expresamente reconocidas por un acto normativo, en este caso por el Protocolo» (apartado 38). A la luz de lo expuesto, emerge como consecuencia automática

que la decisión del Parlamento de amparar una demanda de tutela de la inviolabilidad presentada por un diputado a fin de que se estime «[...] si se ha producido, o es probable que se produzca una vulneración» de la misma, limita su valor al de una mera opinión que se muestra despojada de efectos vinculantes, sin que de la misma se desprendan, por lo tanto, efectos obligatorios respecto a las autoridades jurisdiccionales nacionales» (apartado 39). A una conclusión opuesta se llegaría, por el contrario, si las opiniones manifestadas por el eurodiputado, por no estar conectadas de forma directa y evidente con el ejercicio de sus funciones, nos situaran ante una hipótesis amparada por la inmunidad relativa o procesal. Como tendremos ocasión de analizar, en este caso la desestimación del suplicatorio por la Cámara goza de eficacia vinculante para las autoridades judiciales e impide que estas lleven adelante el proceso correspondiente contra quien ocupa un escaño en el Parlamento Europeo.

Cuestión distinta, que sitúa el análisis en un plano sustancialmente diverso, es el modo en que ha de proceder el juez nacional si la aplicación del PPIUE le genera dudas interpretativas. En tal caso, la vía para superar dicha situación apunta al planteamiento de una cuestión prejudicial al TJUE, o bien con carácter voluntario —si el proceso en cuestión no discurre ante un órgano jurisdiccional de última instancia—, o bien de forma preceptiva si así fuera (apartado 34). Para determinar los efectos que la resolución de la cuestión prejudicial proyecta sobre la jurisdicción interna, el TJUE apela a la obligación de cooperación leal prevista en términos genéricos en el Tratado de la (entonces) Comunidad Económica Europea y con carácter específico en el PPIUE (apartado 41). La forma concreta a través de la que se articula la cooperación en el ámbito de los privilegios e inmunidades se hace depender de la adopción por los jueces nacionales de una actitud de deferencia hacia el Parlamento. En términos más concretos, implica que cuando se ha ejercitado una acción contra un diputado europeo ante un juez nacional y este ha sido informado de que se ha iniciado un procedimiento de amparo de los privilegios e inmunidades de ese mismo diputado, dicho juez debe suspender el procedimiento judicial y solicitar al Parlamento que emita su opinión a la mayor brevedad posible (apartado 43). Ahora bien, queda claro que la posición asumida por la Cámara no tiene eficacia vinculante o valor preceptivo, dado que, una vez que el órgano jurisdiccional competente «[...] ha verificado la concurrencia de los requisitos para reconocer la inmunidad absoluta prevista por el artículo 9 del Protocolo (en la actualidad artículo 8), el respeto de dicha inmunidad es obligatorio tanto para ese juez como para el Parlamento», sin que puedan eludirse las consecuencias que de tal verificación se deducen. Por una parte, este no podrá reconducir la cuestión al ámbito de la inmunidad procesal, entrando a considerar si procede o no, y tampoco podrá suspender su aplicación (apartado 45). Por otra, el juez no dispone de la facultad para seguir adelante con la acción ejercitada contra el eurodiputado afectado, debiendo archivar la causa activada por quien se ha considerado calumniado o injuriado por las afirmaciones realizadas en el ejercicio de sus funciones (apartado 44). Asimismo, resulta pertinente recordar que, al configurarse en términos absolutos, el efecto inhibitorio anudado a la inviolabilidad mantiene sus efectos incluso cuando el mandato parlamentario ya ha concluido, de modo que no resulta posible reactivar las acciones jurisdiccionales archivadas en su momento.

3.3. LA EXISTENCIA DE LÍMITES A LA INVOLABILIDAD EN EL ÁMBITO PARLAMENTARIO

El hecho de que la libertad de expresión que asiste a los eurodiputados en el desarrollo de sus funciones como representantes populares quede, gracias a la inviolabilidad, exenta de censura por parte de cualquier autoridad externa al Parlamento no excluye la posibilidad de que dicha prerrogativa sea sometida a límites por parte de las normas rectoras del devenir parlamentario. Así se deduce claramente de las disposiciones contenidas tanto en el Reglamento Interno de la Eurocámara, que dedica precisamente su artículo 10 al establecimiento de las que se denominan «normas de conducta» como en el Anexo II que lo acompaña, el llamado «Código de comportamiento apropiado de los diputados en el ejercicio de sus funciones». Las previsiones establecidas en los textos referidos prestan un interés específico a la necesidad de que el comportamiento de los diputados se caracterice por «el respeto mutuo» y, asimismo, se base «[...] en los valores y principios establecidos en los Tratados y en particular en la Carta de los Derechos Fundamentales» (artículo 10.1 RIPE y Anexo II, apartado 1). Más específicamente, esta obligación genérica se concreta en dos vertientes. La primera, de índole general, se refiere a la conducta que deben asumir los diputados, quienes «[...] se abstendrán de comportamientos incorrectos. No desplegarán pancartas» (artículo 10.3 RIPE). La segunda, centrada «en los debates parlamentarios», veta de modo expreso el recurso «a un lenguaje ofensivo» (artículo 10.4 RIPE y Anexo II, apartado 4). Debemos llamar la atención sobre el hecho de que, aunque tales exigencias se vinculan, en principio, únicamente a la actividad desarrollada «en el salón de sesiones», tal límite acaba por diluirse atendiendo a que el deber de respeto exigido extiende su aplicación también a las actividades desplegadas por los diputados en «los órganos, comisiones y delegaciones del Parlamento» (artículo 10.10 RIPE).

En clave sustancial merece particular atención el esfuerzo de concreción que realiza el Reglamento en lo que respecta a la identificación de supuestos en los que concurre el proscrito carácter ofensivo. A tal efecto, cabe señalar una serie de elementos que requieren ser tomados en consideración: «[...] las intenciones del orador, la percepción de la intervención por el público, la medida en que daña a la dignidad y reputación del Parlamento, y la *libertad de expresión del diputado* en cuestión». Centrándonos en este último elemento, el que mayor interés presenta en relación con la comprensión de la inviolabilidad y también el que más propicio se muestra a la verificación en términos jurídicos, el apartado 4 *in fine* del artículo 10 enumera una serie ejemplos de lenguaje ofensivo que rebasarían el radio de acción de la prerrogativa: «[...] el lenguaje difamatorio, el “discurso del odio” y la incitación a la discriminación sobre la base, en particular, de cualquiera de las razones mencionadas en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales» (precepto dedicado al derecho a la igualdad que proscribía la discriminación sobre la base de una variada serie de motivos).

A la luz de los supuestos indicados, se desprende que la libertad de expresión que asiste a los parlamentarios europeos a la hora de manifestar opiniones y juicios de valor directamente vinculados con el ejercicio de sus funciones representativas no es absoluta, puesto que se topa con la existencia de límites que no pueden ser ignorados y que aparecen

directamente conectados con el respeto de la dignidad humana. Estamos ante uno de los valores en los que se fundamenta la Unión Europea (de hecho, el primero a los que alude el artículo 2 TUE¹⁸) que no puede relativizarse en aras de una comprensión del debate parlamentario que se sitúe al margen de su respeto. Tal conclusión viene asimismo respaldada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha señalado el sentido primigenio de la libertad de expresión y la contribución que presta su ejercicio a la formación de una opinión pública libre en una sociedad democrática. Resulta, pues, que el respeto de los valores básicos sobre los que se asientan los ordenamientos democráticos también es exigible en el desarrollo de las funciones representativas, dado que hay límites que no pueden ser rebasados.

Hemos de insistir, sin embargo, en el hecho que la formulación de las exigencias previstas limita sus efectos exclusivamente al ámbito interno del devenir parlamentario, pues está vetado en términos absolutos cualquier control a cargo de autoridades externas (judiciales o administrativas). Asimismo, la ya aludida ausencia de relevancia jurídica *ad extra* que se predica del RIPE impide que los límites establecidos puedan ser alegados por los sujetos que se consideran perjudicados por las conductas y opiniones formuladas por los diputados en el ejercicio de sus funciones. Estas consideraciones justifican que las sanciones previstas como consecuencia del incumplimiento de los deberes establecidos circunscriban sus efectos únicamente al ámbito de la actividad parlamentaria. Así queda en evidencia en el Anexo II, que dispone que la negativa de los diputados a firmar la declaración relativa al Código de Conductas trae consigo que su actividad parlamentaria quede reducida a un nivel básico —al que cabría denominar estatus esencial del representante— que le impide asumir otras funciones de carácter suplementario tales como la elección «[...] para desempeñar cargos en el seno del Parlamento o de uno de sus órganos», la designación como «ponente» y la participación «[...] en delegaciones oficiales o negociaciones interinstitucionales» (apartado 7). No obstante, hay que tener presente que la adhesión al referido Código de Conductas no impide que, constatada la infracción de alguno de los deberes previstos, conduzca a la imposición de las siguientes sanciones adicionales: *a*) amonestación; *b*) pérdida del derecho a las dietas para gastos de estancia durante un período de dos a treinta días; *c*) sin perjuicio del ejercicio del derecho de voto en el Pleno, y a reserva en este caso del estricto respeto de las normas de conducta aplicables a los diputados, suspensión temporal, durante un período de dos a treinta días de reunión del Parlamento o de cualquiera de sus órganos, comisiones o delegaciones, de la participación en todas o en una parte de las actividades del Parlamento; *d*) prohibición de que el diputado represente al Parlamento en una delegación interparlamentaria, una conferencia interparlamentaria o cualquier foro interinstitucional, durante un período máximo de un año; *e*) en caso de vulneración de la confidencialidad, limitación de los derechos de acceso a información clasificada o confidencial durante un período máximo de un año» (artículo 176.4 RIPE).

4. LA INMUNIDAD PROCESAL O RELATIVA (ARTÍCULO 9 PPIUE)

Como contrapunto al carácter absoluto de la protección material y temporal que, como hemos visto, brinda la inviolabilidad ante injerencias externas por las opiniones y votos emitidos en el ejercicio de las funciones parlamentarias, la inmunidad regulada en el artículo 9 PPIUE nos sitúa ante un mecanismo de protección de índole relativa —considerando la tutela que ofrece— y que se activa ante conductas delictivas imputadas a los eurodiputados realizadas al margen de sus tareas representativas. En efecto, como ha habido ocasión de analizar, siempre que un procedimiento judicial verse sobre opiniones vertidas con ocasión de las mismas la prerrogativa llamada a operar será la inviolabilidad, sin que quepa hacer uso de lo previsto en el artículo 9 PPIUE. Esta figura, por su parte, nos sitúa ante otra modalidad de la inmunidad consistente en el establecimiento de un instrumento (el suplicatorio) que actúa como filtro, en la medida en que ha de ser activado por las instancias judiciales que pretendan iniciar actuaciones contra un representante popular y constriñe al órgano jurisdiccional competente a solicitar previamente a la Cámara de pertenencia la autorización para proceder. Quedan exceptuados expresamente de la obligación judicial de elevar el suplicatorio los supuestos de flagrante delito, en cuyo caso los parlamentarios pueden ser privados de libertad inmediatamente.

Desde el punto de vista temporal, la inmunidad procesal solo resulta operativa mientras concorra la condición de representante popular y únicamente durante «los períodos de sesiones» de la Cámara, decayendo una vez que aquella se extingue o esta no está reunida. En este sentido, como se verá, el hecho de que las conductas imputadas sean previas a la adquisición de la condición representativa no exonera de la obligación de solicitar el suplicatorio para proceder, puesto que, como ha quedado establecido por la sentencia del TJUE en el asunto *Junqueras*¹⁹, la protección que brinda la inmunidad se activa desde el momento de la proclamación oficial de la elección. Este criterio jurisprudencial posibilita la efectividad de la inmunidad para acudir a la sesión inaugural del Parlamento Europeo, en la que los elegidos recogen sus acreditaciones.

Como ya se ha señalado, mediante la toma en consideración del suplicatorio el Parlamento queda habilitado para decidir sobre la viabilidad de los procesos contra sus miembros, bloqueándolos temporalmente o, por el contrario, dándoles luz verde. Para adoptar la decisión de conceder o denegar la petición recibida, el criterio determinante en sede parlamentaria se orienta a detectar si a la iniciativa jurisdiccional subyace una intencionalidad política (*fumus persecutionis*) que trate de alterar de forma espuria la composición de la Cámara y perjudique, por ello, su independencia. Solo en el supuesto de que se detecte efectivamente la concurrencia de dicha intencionalidad, queda legitimada la decisión de bloquear la acción de la justicia. Pero esta tiene carácter temporal y limita sus efectos al período del mandato parlamentario del sujeto en cuestión. Una vez concluido, por lo tanto, aquella procederá a reactivarse.

Expuestas las genéricas líneas maestras que fundamentan la inmunidad procesal, hemos de señalar que, desde la perspectiva específica del Derecho de la Unión Europea emerge un importante sesgo diferenciador en cuanto a su radio de acción, que vuelve a ser consecuen-

cia de la inercia que mantiene la regulación originaria de las prerrogativas emanada en la fase inicial del Parlamento, cuando sus componentes eran asimismo miembros de las asambleas legislativas de su país. En un contexto de regulación dispar de la inmunidad por los distintos Estados miembros (entonces y ahora) y para evitar discriminaciones, se justifica el carácter determinante del *locus* espacial en el que se encuentra el eurodiputado al que se imputa una acción susceptible de persecución judicial a la hora de determinar la normativa aplicable (nacional o europea). Así queda establecido en el artículo 9 PPIUE, que señala que, si el miembro de la Cámara se halla en su país de origen, la aplicación de la inmunidad viene marcada por las disposiciones del Derecho interno, al que se remite expresamente (apartado 1 a). Por el contrario, en los casos en los que el eurodiputado estuviera en otro Estado distinto (apartado 1 b) o dirigiéndose hacia una sesión del Parlamento o volviendo de la misma (inmunidad *in itinere*) (apartado 2)²⁰, la operatividad de la prerrogativa (que se mantiene activa) no se subordina a lo prescrito en sede nacional.

A fin de desentrañar las características propias que la prerrogativa de la inmunidad procesal presenta en el ordenamiento de la Unión Europea, a continuación procederemos a abordar el análisis de sus elementos constitutivos, prestando especial atención a aquellos cuyo entendimiento práctico se ha mostrado más problemático y que han requerido la atención y el pronunciamiento de la jurisdicción comunitaria.

4.1. EL RADIO DE ACCIÓN MATERIAL DE LA INMUNIDAD: REGLA Y EXCEPCIÓN

Ya se ha señalado con anterioridad que la finalidad de esta prerrogativa consiste en neutralizar acciones judiciales contra eurodiputados basadas en una motivación política orientada a alterar de modo irregular la composición del Parlamento. El principal fundamento de la prerrogativa estriba en asegurar el normal funcionamiento de la institución frente a este tipo de iniciativas jurisdiccionales, permitir contar con la presencia de todos sus componentes y evitar que el desarrollo de las tareas representativas que corresponden a los mismos²¹ sea impedido por causas ajenas a las previstas en el marco jurídico correspondiente. En función de este planteamiento, se afirma como regla general que los procesos concernidos por la inmunidad son los de índole penal, puesto que únicamente estos —ciertamente, no los civiles o administrativos— pueden desembocar en una resolución judicial que determine la privación de libertad del condenado²².

No obstante, en la práctica aplicativa de la Cámara ha habido un caso puntual en el que se ha activado la tutela procesal ofrecida por la inmunidad y se ha acordado la denegación de la solicitud de suplicatorio para acciones procedentes de la jurisdicción civil. Así sucedió en la decisión adoptada por el Parlamento Europeo [P5_TA (2003) 0388] en relación con la demanda de amparo de inmunidad procesal concerniente al diputado J. Sakellariou (2003/2023(IMM)], decisión que asumió el criterio defendido en el Informe aprobado previamente por la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior (Final A5-0309/2023, RR/506962ES.doc, PE 332.575) sobre la aplicabilidad de dicha prerrogativa también a los procesos civiles. No cabe, sin embargo, atribuir a tal decisión un valor general que permita extender la aplicación de dicha prerrogativa a cualquier demanda planteada

ante la jurisdicción civil. Por el contrario, debe considerarse que circunscribe sus efectos al supuesto específico tratado en dicho caso. En efecto, teniendo en cuenta la elevada compensación económica (150.000 euros) solicitada por el demandante, la Comisión de Asuntos Jurídicos estimó que se estaba en presencia de un escenario procesal al que debía atribuirse «[...] carácter de “daños y perjuicios punitivos” (*punitive damage*)».

El informe elaborado por la Comisión consideró que dicha figura, procedente del Derecho de los Estados Unidos —donde se forjó conceptualmente—, trata de «[...] disuadir al que comete el acto de volver a realizar actos del mismo tipo, y a sus posibles seguidores de cometerlo por primera vez». En función de tal perspectiva, se pone de manifiesto el temor de que «[...] a través de este subterfugio pueda incluso llegar a perseguirse a un diputado de forma similar a la penal». Lo cual, lejos de configurarse como una hipótesis residual, se perfila como una amenaza real a la luz de la creciente introducción de tal mecanismo «[...] en los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea, a través del reconocimiento y la plena ejecución de sentencias extranjeras, por ejemplo, dictadas en los Estados Unidos». De la conjunción de los elementos expuestos, el informe extrae la consecuencia —asumida, como ya se ha indicado, por el Pleno del Parlamento Europeo— de que una interpretación actualizada del PPIUE conduce a estimar que las reclamaciones de daños y perjuicios a título punitivo por la vía civil constituyen una manifestación de «actuación judicial» contemplada en su artículo 9.

A pesar de reconocemos la coherencia del planteamiento expuesto y compartimos el resultado final alcanzado, creemos necesario insistir en la idea de que nos hallamos ante un supuesto excepcional que no hace sino confirmar la regla sobre la que se apoya el instituto de la inmunidad procesal, esto es, que su protección se activa frente a iniciativas de índole penal, que son las que, en el caso de prosperar, comporten la privación efectiva de libertad del condenado. Constatada la existencia de supuestos homologables a aquellas, entre los que se encuentran las acciones punitivas, la aplicación de la prerrogativa deviene admisible y necesaria. Eso sí, el planteamiento expuesto no permite extraer una conclusión extensiva dotada de validez general aplicable a toda causa civil.

4.2. ESPECIAL ATENCIÓN A LA INTENCIONALIDAD POLÍTICA (*FUMUS PERSECUTIONIS*)

La determinación de la concurrencia de indicios que apunten a la existencia de intencionalidad política en las acciones judiciales que pretenden llevarse a cabo contra diputados, de tal manera que permitan constatar que «[...] se activan con la intención de causar daño a sus actividades políticas y, por tanto, la independencia del Parlamento» constituye el principal objetivo de la facultad que se atribuye al Parlamento Europeo al recibir una solicitud de autorización para proceder. La práctica acuñada en la Eurocámara en el desarrollo de dicha tarea ha permitido forjar una serie de principios generales que, como se indica en el asunto *Gollnisch I* (2010)²³, «[...] recibieron un reconocimiento definitivo en la Resolución aprobada por el Parlamento en su sesión del 10 de marzo de 1987». Tales principios toman como base «[...] el Informe Donnez sobre el proyecto de revisión del

[Protocolo] sobre los privilegios y las inmunidades de las Comunidades Europeas en lo que respecta a los diputados al Parlamento Europeo (A2-121/86)» (apartado 22). Con el paso del tiempo, dichos principios fueron objeto de una progresiva actualización en sede parlamentaria y fueron acogidos en diversas Comunicaciones aprobadas por la Comisión de Asuntos Jurídicos, a las que se refiere expresamente el Tribunal General de la Unión en el asunto *Briois* (2019)²⁴. La experiencia práctica sirve, pues, como base para ofrecer un elenco de supuestos en los que cabe estimar la concurrencia de intencionalidad política por parte del juez. Así sucede cuando aquella trae causa de una «denuncia anónima», así como cuando la solicitud de suplicatorio «[...] se produce en un momento tardío» tras haberse realizado la imputación del parlamentario. Si se trata de una querrela por difamación, se considera un indicio dotado de especial relevancia el que haya sido instada por «por un adversario político». A una conclusión similar se llega si la denuncia presentada contra el representante popular se basa en «hechos antiguos» y tiene lugar «estando en curso una campaña electoral». El último de los supuestos aludidos es el de la utilización del procedimiento «con un fin ejemplificador» (apartados 65 y 70)²⁵.

Expuestas las circunstancias que permiten deducir la existencia de motivación política en la iniciativa examinada, debemos aclarar que, por sí sola, su concurrencia no conduce a la automática afirmación de *fumus persecutionis*. Verificado el indicio, lo que procede a continuación —y así se afirma en el asunto *Briois*— es que el órgano competente (la Comisión de Asuntos Jurídicos) desarrolle un «[...] examen de la existencia de elementos que permiten presumir que las acciones judiciales se llevan a cabo con la intención de dañar la actividad política del diputado» (apartado 72). En el ejercicio de dicha tarea, según ya se sostuvo en el asunto *Gollnisch I* (2010), la Comisión «[...] dispone de una amplia facultad de apreciación» (apartado 101) que no es sino una consecuencia —como se apunta en el asunto *Gollnisch II* (2013)— del «[...] carácter político que reviste tal decisión» (apartado 59). Atendiendo a las exigencias referidas, la tendencia preponderante de la práctica del Parlamento en materia de inmunidad procesal apunta con meridiana claridad hacia la constatación de que la concesión de los suplicatorios se perfila como regla general, circunscribiéndose su denegación como excepción residual.

Volviendo a la verificación parlamentaria del *fumus persecutionis*, resulta claro —y así se afirma expresamente en *Briois*— que la Comisión de Asuntos Jurídicos no lleva a cabo un juicio en términos de culpabilidad o inocencia, determinando «[...] la existencia de responsabilidad penal del diputado según la ley nacional aplicable» (apartado 72). Enmarcado en una línea coincidente, el actual artículo 9.8 del RIPE dispone: «La comisión podrá emitir una opinión motivada sobre la competencia de la autoridad de que se trate y sobre la admisibilidad del suplicatorio, pero en ningún caso se pronunciará sobre la culpabilidad o no culpabilidad del diputado ni sobre la procedencia o improcedencia de perseguir penalmente las opiniones o actos que a aquel se atribuyan, ni siquiera en el supuesto de que el examen del suplicatorio proporcione a la comisión un conocimiento profundo del asunto». Consecuentemente, ni la función que despliega el Parlamento resulta equiparable a la que realiza un tribunal de justicia ni, asimismo, la posición del diputado afectado por la solicitud de suplicatorio puede asimilarse a la condición procesal de «acusado» (apartado 91).

Ahora bien, la afirmación de tales extremos no impide sostener, como se expuso en el asunto *Gollnisch II* (2013), que «[...] el ejercicio de tal facultad no se sustrae al control jurisdiccional» (apartado 60). Tal conclusión no es sino consecuencia de que, como ya se estimó en el asunto *Mote*, «[...] la Decisión mediante la que el Parlamento suspende la inmunidad de uno de sus miembros produce efectos jurídicos que exceden el marco de su organización interna, ya que tal Decisión permite actuar judicialmente contra el miembro del Parlamento afectado por los hechos de los que se trate» (apartado 29). Por lo tanto, la resolución adoptada es susceptible de ser impugnada ante la justicia europea, en cuyo caso «[...] el juez de la Unión debe verificar el cumplimiento de las normas de procedimiento, la exactitud material de los hechos considerados, la falta de error manifiesto en la apreciación de estos hechos o la inexistencia de desviación de poder» (asunto *Gollnisch II* (2013), apartado 60). Asimismo, procede verificar que la resolución cuenta con la debida motivación, la cual, según se desprende del artículo 269 TFUE²⁶, ha de «[...] adaptarse a la naturaleza del acto de que se trate y debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de la que emane el acto, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control» (apartado 114). Este primer requerimiento de concordancia formal converge con otro de índole material; a este respecto, el TJUE indica que la exigencia de motivación también debe tomar en consideración «[...] las circunstancias de cada caso, en particular del contenido del acto, la naturaleza de los motivos invocados y el interés que los destinatarios u otras personas afectadas directa e individualmente por dicho acto puedan tener en recibir explicaciones» (*ibidem*).

Por otra parte, el hecho de que la labor de análisis del suplicatorio esté despojada de carácter judicial tampoco es óbice para que se reconozca que el diputado destinatario de tal solicitud es titular de los derechos de audiencia y defensa. Así se constata en sede normativa; de acuerdo con el RIPE: «El diputado interesado tendrá una oportunidad de ser oído y podrá aportar cuantos documentos o elementos de prueba escritos que estime oportunos» ante la Comisión de Asuntos Jurídicos (artículo 9.6.1 RIPE). En este sentido, su presidente «[...] invitará al diputado a ser oído, indicando fecha y hora» (artículo 9.6.3 RIPE)²⁷. Es importante subrayar que el derecho de audiencia se limita únicamente a la fase que se desarrolla en el seno de la Comisión²⁸, lo que se explica teniendo en cuenta que esta resulta determinante a la hora valorar las circunstancias del caso planteado, pues permite conocer todos los puntos de vista²⁹ para adoptar con conocimiento de causa la propuesta de resolución (levantamiento o no de la inmunidad) que se envía al Pleno. En este momento sucesivo, esto es, en el marco del desarrollo del debate, la Cámara queda constreñida a aceptar o rechazar dicha propuesta, sin que sea posible «presentar enmiendas» (artículo 9.9.1 RIPE). Consecuentemente, los términos de la discusión parlamentaria se limitan en exclusiva a la exposición de «[...] las razones a favor y en contra» de aquella (artículo 9.9.2 RIPE), sin que el diputado cuya inmunidad es objeto de examen pueda «intervenir en el debate» (artículo 9.9.3 RIPE).

Esta regulación ha recibido el aval del Tribunal General de la Unión en el asunto *Gollnisch II* (2013), en el que el demandante sostuvo que «[...] el hecho de que no haya

tenido la posibilidad de defenderse en la votación en sesión plenaria sobre la decisión de suspensión de su inmunidad y que la solicitud que presentó en tal sentido al presidente del Parlamento Europeo fuera desestimada constituye una vulneración del principio de contradicción y del derecho de defensa» (apartado 144). En respuesta a tal imputación, y después de que el TJUE recordara que «[...] según reiterada jurisprudencia, el respeto del derecho de defensa, y en particular, el derecho a ser oído, en cualquier procedimiento incoado contra una persona y que pueda terminar en un acto que le sea lesivo constituye un principio fundamental del Derecho de la Unión y debe garantizarse aun cuando no exista una normativa sobre el procedimiento en cuestión» pone de manifiesto que «[...] este principio ha quedado consagrado en el artículo 41, apartado 2, letra a), de la Carta de los Derechos Fundamentales» (apartado 175). Asimismo, también en clave de recordatorio, el TJUE señala que el principio se concreta en la obligación de haber «[...] ofrecido al interesado la posibilidad, antes de la adopción de la decisión que le afecta, de manifestar apropiadamente su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos y las circunstancias sobre cuya base dicha decisión ha sido adoptada» (apartado 176). De ello, sin embargo, no cabe extraer la consecuencia de que el derecho de audiencia requiera «[...] necesariamente la celebración de un debate público en todo procedimiento abierto contra una persona que pueda conducir a un acto que le sea lesivo» (apartado 178).

La aplicación de los genéricos razonamientos expuestos al supuesto específico de la resolución de los suplicatorios conduce a afirmar que «[...] el respeto del derecho de defensa y del principio de contradicción no implica, en consecuencia, que la adopción por el Parlamento de una decisión relativa a la suspensión de la inmunidad de un diputado sea necesariamente precedida por un debate en sesión plenaria» (apartado 179). Más recientemente, esta interpretación jurisprudencial ha sido ratificada en el asunto *Briois* (apartados 82 a 88), en el que, además, se ha rechazado que resulten aplicables a la regulación del procedimiento de la suspensión de la inmunidad contenida en el RIPE las exigencias derivadas de los artículos 47 —que garantiza el derecho a un recurso y acceso a un tribunal imparcial— y 48 CDFUE, relativo a la presunción de inocencia y el respeto de los derechos de defensa garantizados a todos los acusados, «[...] ya que, por un lado, el Parlamento no puede asimilarse a un tribunal y, por otro lado, el parlamentario, en el contexto de un procedimiento de levantamiento de inmunidad, no puede ser considerado “acusado” en el sentido de esas disposiciones. En consecuencia, la denuncia debe desestimarse por ineficaz» (apartado 91).

4.3. ASPECTO TEMPORAL

4.3.1. La noción «período de sesiones»: entendimiento y alcance práctico

A diferencia de la inviolabilidad, la inmunidad procesal presenta una extensión temporal limitada, puesto que la protección que ofrece se activa «mientras el Parlamento esté en período de sesiones» (artículo 9 PPIUE). En relación con este planteamiento, deviene imprescindible determinar cuándo concurre tal supuesto, puesto que, más allá del mismo, la aplicación de la prerrogativa no resulta procedente.

Muy tempranamente, el Tribunal de Justicia se topó con esta cuestión en el asunto *Wagner*³⁰, en el que hubo de dilucidar la procedencia de aplicar la inmunidad en función de un parámetro estricto —exclusivamente el periodo ordinario de sesiones— o si, por el contrario, cabía recurrir a una aproximación más amplia, incluyendo «otros» momentos en los que también estaría operativa la citada prerrogativa. Con la finalidad de superar la disyuntiva planteada, el TJUE tomó en consideración el dato de que, junto con los «períodos anuales de sesiones» fijados con carácter ordinario a lo largo del año en los tratados entonces vigentes (CECA, CEE y CEEA), también se preveía la posibilidad de celebrar, en los intervalos correspondientes «[...] reuniones en “período extraordinario de sesiones” como Asamblea de una u otra de las tres Comunidades a petición de la mayoría de sus miembros, de la Alta Autoridad, de los Consejos o de las Comisiones». Teniendo en cuenta esta regulación, la Corte se decantó por la aplicación de un criterio de naturaleza extensiva en relación con la noción «período de sesiones» en virtud del que se estima que esta resulta aplicable «[...] incluso aunque no esté celebrando ninguna sesión, hasta el momento de la clausura de los períodos de sesiones anuales o extraordinarios».

Posteriormente, con la entrada en vigor el Acta Electoral de 1976 y una vez afirmado el carácter directamente electivo del Parlamento Europeo, a fin de determinar el período de activación de la tutela ofrecida por la inmunidad, el Tribunal tuvo que enfrentarse de nuevo a la cuestión en asunto *Wybor*³¹, debiendo especificar si, para fijar concretamente la noción «período de sesiones», era preciso o no atender a la regulación establecida a nivel nacional (apartado 11). Para responder al interrogante formulado, resulta imprescindible tener en cuenta que el PPPIUE nada dispone en torno a la regulación estatal cuando vincula la inmunidad de los eurodiputados a los periodos de sesiones de la cámara de pertenencia (ahora ya exclusivamente al Parlamento Europeo). Este silencio normativo permite concluir que «[...] remitirse a una legislación nacional para interpretar dicho concepto sería incompatible no solamente con el texto del Protocolo, sino también con el objeto mismo de esta disposición, cuyo fin no es otro que garantizar la inmunidad, durante un mismo período, a todos los diputados europeos, independientemente de su nacionalidad» (apartado 12). El referente interpretativo, pues, se encuentra exclusivamente en el ordenamiento de la Unión, por lo que la tarea exploratoria queda circunscrita a lo que este disponga. Atendiendo a tal premisa, la única disposición de Derecho primario que regulaba el tema (artículo 27 del Tratado de fusión) en el momento de emitirse la sentencia no incorporaba ninguna indicación sobre la duración precisa del período de sesiones y se limitaba a establecer lo siguiente: «La Asamblea celebrará cada año un período de sesiones. Se reunirá sin necesidad de previa convocatoria el segundo martes de marzo»³² (apartado 15). Ante la ausencia de otras disposiciones en este nivel normativo, el Tribunal apunta hacia el Reglamento Interno del Parlamento, dado que la Cámara es la sede idónea «[...] para establecer su propia organización interna», lo que permite que, en el ejercicio de su potestad de autoorganización, adopte «[...] las medidas adecuadas para garantizar su buen funcionamiento y el desarrollo de sus actividades» (apartado 16). Sobre la base de tal aseveración, posteriormente la resolución no tiene más que atender a cuál ha sido la tónica organizativa de los períodos de sesiones, constatándose una interpretación constante que apunta a una duración que abarca el año en su conjunto y cuya conclusión tiene lugar «[...] la víspera de la apertura

de un nuevo período de sesiones» (apartado 17). Asimismo, se pone de manifiesto que la actividad de la Eurocámara va más allá de las sesiones plenarias semanales celebradas con una periodicidad mensual, «excepto en el mes de agosto» (apartado 18), debiendo incluirse las sesiones de las comisiones, otros órganos (como la Mesa), así como de las actividades desarrolladas por las delegaciones permanentes. En función del panorama funcional apuntado, emerge con claridad la conclusión de que «[...] la actividad del Parlamento Europeo y de sus órganos abarca todo el año sin interrupción, con la excepción del mes de agosto y de las vacaciones de fin de año» (apartado 22). Por tal razón, no cabe sino afirmar que el radio de operatividad de la inmunidad no puede quedar circunscrito exclusivamente a la actividad parlamentaria que se lleva a cabo con motivo de las sesiones plenarias y que, por tanto, debe comprender también todas las otras actividades referidas (*ibidem*).

El criterio hermenéutico empleado conduce a defender que, por lo que a la vigencia de la inmunidad procesal se refiere, esta se mantiene activa durante toda la legislatura, esto es, desde que tiene lugar la primera sesión constitutiva del Parlamento hasta que se celebra la que pone el punto final a aquella. Por lo tanto, prácticamente no hay interregnos temporales durante los que, constatado el inicio de acción judicial contra un eurodiputado, la autoridad judicial competente quede exonerada de elevar a la Cámara el correspondiente suplicatorio.

4.3.2. Y antes de la sesión constitutiva del Parlamento, ¿está en vigor la inmunidad? ¿Con qué alcance?

La pregunta formulada remite a la hipótesis de un diputado que ha sido elegido para formar parte de la Eurocámara y que está incurso en una causa penal iniciada con anterioridad y privado de libertad con carácter provisional. En tal contexto, surge la duda de si se activa la inmunidad, ya que la correspondiente acción judicial es previa a la adquisición de la condición de representante y que la concurrencia de *fumus persecutionis* resulta altamente dudosa desde una perspectiva lógica. Aun así, dado que el PPIUE reconoce una modalidad de inmunidad que protege a los diputados «[...] cuando se dirijan al lugar de reunión del Parlamento Europeo o regresen de este», se plantea la cuestión de si aquella se activa solo una vez producida la apertura formal de la legislatura, esto es, cuando el representante ya ha accedido a su escaño, una vez verificadas sus credenciales (tarea que se lleva a cabo precisamente en la sesión constitutiva de la nueva legislatura) o, por el contrario, en un momento previo, esto es, desde la proclamación oficial como candidato electo en el Estado miembro en el que presentó su candidatura, pudiendo, por lo tanto, desplazarse a la sesión constitutiva.

A este respecto, debemos señalar que el Acta relativa a la elección de los diputados al Parlamento Europeo por sufragio universal directo de 1976 (reformada en 2004) dispone que «[...] el período quinquenal para el que son elegidos los diputados al Parlamento Europeo se iniciará con la apertura del primer período de sesiones después de cada elección» (artículo 5.1), sin que los Estados tengan ningún margen regulador. Como contrapunto, las normas rectoras del procedimiento electoral son el resultado de la acción conjunta de

lo previsto en dicha Acta³³ y las disposiciones nacionales. Estas últimas «[...] podrán en su caso tener en cuenta las particularidades existentes en los Estados miembros», pero se topan con un doble límite insuperable, puesto que no pueden «[...] desvirtuar globalmente el carácter proporcional del modo de elección» ni tampoco podrán contravenir «lo dispuesto en la presente Acta». Salvados tales extremos, cuyo respeto se impone en todo caso, queda expedita la vía para que el procedimiento electoral sea regulado «[...] en cada Estado miembro, por las disposiciones nacionales» (artículo 8). El resultado final que arroja este planteamiento es la existencia de una normativa electoral de carácter híbrido o dual (Gurrero, 2021: 13).

Precisamente en el marco regulador expuesto se encuadran las dudas que el TS ha planteado ante el TJUE en el asunto *Junqueras*, dudas relativas al modo en que ha de interpretarse la aplicación de la inmunidad procesal a un diputado electo privado de libertad que todavía no ha adquirido la condición formal de representante a causa del incumplimiento de un requisito establecido en sede normativa interna del que se desprenden efectos suspensivos. Los hechos que dieron lugar al caso remiten a la situación procesal de Oriol Junqueras en el momento de ser elegido diputado en las elecciones europeas celebradas en 26 de mayo de 2019. Recuérdese que el líder de Esquerra Republicana de Cataluña se encontraba entonces en prisión provisional y estaba siendo juzgado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo (fase de juicio oral) por los delitos de rebelión, sedición y malversación de fondos públicos presuntamente cometidos en el marco del proceso independentista catalán que, tras la consulta del 1 de octubre de 2017 y la posterior declaración unilateral de independencia, condujo a la suspensión de la autonomía (artículo 155 de la Constitución) en dicha Comunidad Autónoma el 26 de octubre de ese mismo año. La cuestión es que, dado que no estaba privado de su derecho fundamental de sufragio pasivo, el señor Junqueras concurrió como candidato a las elecciones europeas y resultó elegido. Una vez proclamado electo por la Junta Electoral Central (JEC), sin embargo, no pudo adquirir formalmente su condición de diputado del Parlamento Europeo al no ser autorizado por el TS para desplazarse ante aquella al objeto de cumplir el requisito de juramento de acatamiento de la Constitución dentro del plazo previsto por el artículo 224.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG). Por su parte, también quedaron incursos en una situación procesal los señores Puigdemont y Comín y la señora Ponsatí, que tampoco cumplieron el trámite preceptivo del juramento al haberse fugado de España. Consecuentemente, sus escaños quedaron vacantes y, en aplicación de la previsión vigente, les fueron suspendidas «[...] todas las prerrogativas que pudieran corresponder por razón del cargo». En tal escenario, en el caso de Oriol Junqueras, ante el riesgo de fuga constatado por el TS, tampoco obtuvo la autorización necesaria para desplazarse a la sesión constitutiva del Parlamento Europeo³⁴, lo que le habría permitido recoger su acta de diputado una vez verificadas sus credenciales³⁵.

Al hilo del recurso de súplica presentado por el señor Junqueras contra el auto de denegación de la autorización a abandonar la prisión para desplazarse a la JEC, el TS decidió elevar al TJUE una cuestión prejudicial en la que formulaba los siguientes interrogantes: en primer lugar, «[...] si el artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades

de la Unión debe interpretarse en el sentido de que goza de inmunidad en virtud de dicho artículo una persona que ha sido oficialmente proclamada electa al Parlamento Europeo cuando se encontraba en situación de prisión provisional en un proceso penal por delitos graves y que no ha sido autorizada a cumplir ciertos requisitos previstos por el Derecho interno tras la proclamación ni a desplazarse al Parlamento Europeo para participar en su primera sesión». En el caso de que la respuesta fuera positiva, el TS planteó la cuestión de «[...] si esta inmunidad implica el levantamiento de la medida de prisión provisional impuesta, al objeto de permitir al interesado desplazarse al Parlamento Europeo y cumplir allí las formalidades requeridas». En el caso de que la respuesta a esta segunda pregunta fuera respondida afirmativamente por el TJUE, el TS planteó un tercer interrogante, a saber, si, en tal caso, la autoridad judicial está obligada a levantar la prisión y permitir el desplazamiento al Parlamento Europeo para el cumplimiento de formalidades correspondientes en términos absolutos o si la cuestión debe entender en términos relativos, esto es, llevando a cabo una «[...] ponderación intereses de la justicia y el debido proceso y los atinentes a la institución de la inmunidad, independencia del Parlamento y derecho del ejercicio de cargos públicos por el electo».

En la resolución del caso, el TJUE es consciente de que está obligado a determinar la vigencia de la inmunidad en «[...] el período que precede a la primera sesión (apartado 38), lo que le plantea la necesidad de dilucidar el momento en el que se adquiere efectivamente la condición de diputado, así como la normativa competente al respecto». Guiado por tal exigencia, constata una idea esencial según la cual «[...] en el estado actual del Derecho de la Unión, los Estados siguen siendo competentes, en principio, para regular el procedimiento electoral y para proceder, al término de este procedimiento, a la proclamación oficial de los resultados electorales», sin que el Parlamento Europeo pueda «[...] cuestionar la conformidad a Derecho de la proclamación de estos resultados o controlar su adecuación al Derecho de la Unión» (apartado 69). En este sentido, resulta imprescindible poner de manifiesto que la jurisprudencia precedente del TJUE, en el asunto *Le Pen c. Parlamento Europeo*³⁶, afirmó, haciendo de una «aproximación textual estricta» al Acta Electoral (Hardt, 2020: 175), que, en el supuesto de que se declarase vacante un escaño como consecuencia del incumplimiento de alguna exigencia establecida por el Derecho interno, al Parlamento Europeo no le correspondía facultad alguna, debiendo limitarse a «tomar nota» de la información recibida. Más específicamente, el TJUE aclaró que la Cámara no goza de la competencia para «[...] verificar la observancia del procedimiento previsto en el Derecho nacional aplicable o el respeto a los derechos fundamentales del interesado», puesto que la misma «[...] pertenece exclusivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales competentes» (apartados 49 y 50).

Este criterio cambió sustancialmente en el asunto *Junqueras*, dado que el TJUE sostuvo que la existencia de requisitos en la legislación nacional que impidan a un diputado electo adquirir su condición de representante no son acordes con el Derecho de la Unión. Sobre la base de tal premisa, la novedad principal que aporta el TJUE reside en la consecuencia que deducida del acto de proclamación de los candidatos electos, al estimar que, desde ese momento, ya son miembros del Parlamento Europeo y que corresponde a este «[...]

ejercer su competencia respecto a aquellos, verificando sus credenciales» (apartado 70). El salto cualitativo experimentado por la facultad del Parlamento resulta innegable, puesto que pasó de limitarse a «tomar nota» de la información transmitida por los Estados —aceptándola sin más— a «tomar nota» de los resultados electorales sí, pero ignorando los efectos (obstativos o suspensivos) para la adquisición de la condición de diputados derivados del incumplimiento de requisitos previstos en los ordenamientos nacionales. Esta comprensión extensiva conduce a afirmar, en línea con lo manifestado en el apartado 70 de las conclusiones del abogado general Szpunar, que la activación de la inmunidad procesal establecida en el artículo 9 PPIUE «[...] se produce por el hecho y desde el momento de la proclamación oficial de los resultados electorales efectuada por los Estados miembros» (apartados 71 y 77). Asimismo, el *iter* discursivo utilizado permite, mediante un ejercicio de «creatividad judicial» (Hardt, 2021: 172) que focaliza su atención en preservar la eficacia del derecho de sufragio pasivo reconocido el artículo 39.2 CDFUE, solventar la cesura temporal que discurre entre la proclamación de los candidatos que han resultado elegidos y el momento preciso en el que se constituye el nuevo Parlamento surgido de las elecciones (apartado 74). Ello posibilita «[...] cumplir con los trámites necesarios para tomar posesión de su mandato» (apartado 86) y, asimismo, allana el camino para la aplicación de la inmunidad *in itinere*. En efecto, el TJUE entiende que esta resulta operativa para los diputados «[...] también cuando se dirijan a la primera celebrada tras la proclamación oficial de los resultados electorales para permitir que la nueva legislatura celebre su sesión constitutiva y verifique las credenciales de sus miembros» y, por lo tanto, que la protección que brinda también esté vigente «[...] antes de que comience su mandato» (apartados 80 y 81). Esta interpretación, que, a juicio del TJUE, está en consonancia con los objetivos del PPIUE, «[...] garantiza la protección del buen funcionamiento y la independencia del Parlamento Europeo [...] asegurando a cada uno de sus miembros, tras la proclamación oficial de los resultados electorales, la posibilidad de dirigirse sin impedimentos a la primera reunión de la nueva legislatura, a efectos de los trámites previstos en el artículo 12 del Acta electoral, y permitiendo que se constituya la nueva legislatura» (apartado 85).

Del planteamiento expuesto se infiere una conclusión clara: la estimación de que una medida judicial como la prisión provisional que afecta a un candidato proclamado oficialmente electo al que se le impide desplazarse a la sesión constitutiva de la Eurocámara para presentar sus credenciales se opone a la inmunidad prevista en el artículo 9.2 PPIUE (apartado 91). Así pues, el Estado en cuestión queda obligado a levantar dicha medida «[...] al objeto de permitirle [al diputado en cuestión] desplazarse al Parlamento Europeo y cumplir allí las formalidades requeridas» (apartado 92). Yendo un paso más adelante, se colige que disposiciones como la que recoge el artículo 224.2 LOREG deben ser reformadas para ajustarlas a la nueva doctrina (Aranda, 2020: 466).

En relación con la activación de la protección ofrecida por la prerrogativa, debe señalarse que esta no se afirma en términos absolutos, es decir, no opera con carácter automático una vez proclamados los resultados electorales. Antes bien, y en consonancia con los trazos configuradores de la inmunidad procesal, incorpora una dimensión relativa, ya que, como razona el TJUE, en el supuesto de que el órgano jurisdiccional competente considerase

«[...] que debe mantenerse la medida de prisión provisional tras la adquisición por el interesado de la condición de miembro del Parlamento Europeo, ha de solicitar a la mayor brevedad al Parlamento Europeo que suspenda dicha inmunidad, conforme al artículo 9, párrafo tercero, del mismo Protocolo» (apartado 92). Lo que corresponde en tal caso, por lo tanto, es presentar un suplicatorio ante la Cámara, la cual, atendiendo a la situación procesal en la que se halle el diputado electo, deberá valorar si concurre o no intencionalidad política por parte del juez nacional. En el desarrollo de dicha tarea no puede perderse de vista que, tratándose de hechos anteriores a la adquisición de la condición de eurodiputado, según la comprensión estricta de la prerrogativa que se ha impuesto en la práctica, lo habitual será conceder la autorización solicitada, dando vía libre a la acción de la justicia. Así se ha constatado en relación con los señores Puigdemont y Comín y la señora Ponsatí, todo ellos proclamados electos y privados de su condición de diputados por resolución de la JEC al no haber comparecido en tiempo y forma para cumplimentar el trámite preceptivo de juramento de la Constitución española previsto por la LOREG. Como se recordará, a diferencia de Oriol Junqueras, que tras acudir a la citación judicial cursada por el TS en el marco del juicio del *procès* fue privado de libertad (auto de prisión provisional), Puigdemont, Comín y Ponsatí no solo no comparecieron, sino que huyeron de España, situándose, por tanto, en rebeldía procesal. Considerando que este era el trasfondo jurídico existente en el momento de la celebración de la sesión constitutiva del nuevo Parlamento, en un principio este aceptó la decisión adoptada por la JEC y suspendió la condición de diputados a los líderes independentistas. No obstante, después de la sentencia del TJUE recaída en el asunto *Junqueras*, la Cámara tuvo que revocar su decisión inicial y aceptar las credenciales presentadas por los afectados. Por su parte, el TS, en aplicación de la nueva jurisprudencia europea, procedió a presentar los correspondientes suplicatorios, solicitando la autorización a proceder. Esta fue concedida en los tres casos, dado que tanto la Comisión de Asuntos Jurídicos como el Pleno de la Cámara estimaron que no existía *fumus persecutionis* en los procesos nacionales (decisión de 9 de marzo de 2021).

La reacción de los afectados no se hizo esperar e interpusieron ante el Tribunal General no solo un recurso de anulación contra las referidas decisiones (19 de mayo), sino también una demanda de medidas provisionales en la que solicitaban la suspensión de su ejecución (26 de mayo). Entre los diversos motivos alegados se puso de manifiesto que, una vez despojados de inmunidad y estando activas las correspondientes Órdenes Europeas de Detención y Entrega (*euroórdenes*) emitidas por el TS, cualquier Estado miembro y también el Reino Unido³⁷ podían ejecutarla. En el caso de tal hipótesis se verificara, se les causarían un perjuicio grave e irreparable, dado que se produciría una lesión de su derecho fundamental al ejercicio de la función representativa que les corresponde como diputados. Si en un principio el Tribunal emitió un Auto³⁸ atendiendo esta petición y ordenando la suspensión solicitada, con posterioridad tal decisión fue revocada por un nuevo Auto³⁹. Resulta del máximo interés reseñar que, en esta segunda resolución, el TG reitera que la inmunidad que asiste a los diputados recurrentes para asistir a las reuniones del Parlamento Europeo continúa vigente, lo que les permite desplazarse al mismo desde su lugar de residencia sin que puedan ser detenidos (apartado 43). Por lo que se refiere a la ejecución de las euroórdenes, recuerda que la concesión de los suplicatorios no implica *ipso facto* su ejecución, ya que

las autoridades judiciales del país receptor disponen de la facultad rechazarla, como prevén los artículos 3 y 4 de la Decisión Marco 2002/584⁴⁰ (apartado 45). Llegados a este punto, hemos hacer una breve —pero fundamental— consideración relativa al Auto comentado que remite al complejo escenario procesal concurrente, que se perfila como determinante de cara a mantener en vigor la inmunidad *in itinere* de los afectados. En este sentido, es necesario traer a colación dos elementos esenciales que configuran la cuestión. Por un lado, desde una perspectiva específicamente vinculada al caso, cabe recordar que el 14 de febrero de 2020 la autoridad judicial belga a la que el Tribunal Supremo español remitió a las Órdenes Europeas de Detención y Entrega de los señores Puigdemont y Comín pospuso *sine die* su resolución hasta que el Parlamento Europeo se pronunciara sobre su inmunidad, sin que con posterioridad se haya adoptado ninguna decisión al respecto (apartado 49). Por otro, y trayendo al análisis un elemento ajeno a las vicisitudes de los encausados que, sin embargo, proyecta un efecto determinante sobre los mismos, cabe situar en primer término la negativa de un tribunal belga a ejecutar la euroorden recibida y a entregar al señor Puig (que no es diputado ni goza de prerrogativa alguna) al TS español alegando que, de hacerlo, se produciría la conculcación de determinados derechos fundamentales, según se desprende de la legislación interna. Este modo de proceder dio lugar a que nuestro Tribunal Supremo presentara una cuestión prejudicial ante el TJUE en la que se preguntaba si la Decisión Marco 2002/258 permite a la autoridad judicial receptora denegar la entrega de la persona requerida aduciendo causas de rechazo previstas en el Derecho nacional que, como tales, no están especificadas en la normativa europea (apartado 51). Enmarcado el asunto relativo a los eurodiputados en este intrincado contexto de fondo, la consecuencia que se extrae es la siguiente: dado que la cuestión prejudicial presentada por el TS en el asunto *Puig* se refiere a la ejecución de una euroorden en el marco de un procedimiento penal español, puede considerarse que los mandatos de entrega cursados contra los diputados europeos —también inmersos en causas penales que en el pasado ya generaron dudas en el ámbito jurisdiccional belga relativas al respeto de ciertos derechos fundamentales— no permite deducir que estas serán resueltas hasta tanto el TJUE se pronuncie (apartados 53 y 56). Así pues, no cabe apreciar la existencia de una situación objetiva que justifique el mantenimiento de las medidas cautelares previamente acordadas, puesto que no se ha demostrado la existencia de un riesgo real e inminente de que la libertad de desplazamiento para participar en las sesiones del Parlamento Europeo (que es la que cubre la inmunidad *in itinere*) pueda ser conculcada, impidiendo así a los afectados ejercer sus funciones representativas. Se aplica, por lo tanto, la presunción de que la ejecución por las autoridades belgas o de cualquier otro Estado miembro de las euroórdenes presentadas contra los mismos no se producirá previamente a la resolución del asunto *Puig*.

Situación diametralmente distinta es la de Oriol Junqueras, ya que, en el momento de dictarse la resolución europea que reconocía su condición de diputado una vez proclamado electo y el consiguiente disfrute de la inmunidad para desplazarse a la sesión constitutiva del Parlamento para presentar sus credenciales, ya había sido condenado por sentencia judicial firme del TS (14 de octubre de 2019) a 13 años de prisión por los delitos de sedición y malversación de fondos (no así por el de rebelión) e inhabilitado para el desempeño de cargo público. Lógicamente, una vez despojado definitivamente de su condición de euro-

diputado al haberse confirmado la suspensión judicial de sus derechos políticos, no podía invocar ninguna prerrogativa parlamentaria.

De acuerdo con la interpretación defendida por el TJUE en el asunto *Junqueras*, se constata que la inmunidad reconocida para desplazarse al Parlamento o desde el mismo (artículo 9.2 PPIUE) es la única que se aplica de modo uniforme a todos sus miembros, sin establecer diferencias en función del país en el que fueron elegidos, esto es, sin tomar en consideración la regulación vigente en los Estados miembros (Hardt, 2020: 183). Se trata de una regulación que, por lo demás, queda sometida a severas limitaciones anteriormente inexistentes (Torre, 2021: 102) y cuyo mantenimiento suscita importantes dudas.

5. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Finalizado el análisis de las prerrogativas parlamentarias en la Unión Europea, la primera conclusión que se extrae apunta a la necesidad de acometer una reforma del Protocolo que las regula. La profunda transformación experimentada por el Parlamento a partir de su afirmación como órgano dotado de legitimación popular directa no ha sido incorporada por el mismo y sigue manteniendo en términos sustanciales su regulación originaria. Como se ha visto, este *modus operandi* ha sido especialmente problemático en relación con la inmunidad procesal que asiste a los diputados. El establecimiento de referentes normativos distintos en función del *locus* espacial en el que se inician las acciones procesales contra un diputado genera una situación en la que el grado de tutela aplicable es igualmente diverso. Esta situación, justificada en sus orígenes, en la actualidad ha quedado obsoleta y amerita una modificación.

Por otra parte, tras la resolución adoptada por el TJUE en el asunto *Junqueras*, la previsión de una modalidad de inmunidad que asiste a los representantes populares en sus desplazamientos al Parlamento (*in itinere*) ha puesto en evidencia otra necesidad de amplio calado, a saber, la reforma de la normativa electoral europea. El carácter dual que la misma presenta en la actualidad —y que, como hemos tenido ocasión de ver, no deslinda con precisión los márgenes de actuación correspondientes a cada ordenamiento— deja abiertas cuestiones fundamentales (en el caso aludido, cuándo se inicia el mandato parlamentario) cuya concreción, a la postre, queda en manos de las instancias jurisdiccionales. Con el fin de reforzar la seguridad jurídica y eliminar discrepancias sobrevenidas en las que puedan incurrir las disposiciones nacionales (el caso del artículo 224.2 LOREG es una buena muestra en este sentido), debería ser una prioridad lo dispuesto en el artículo 223.1 TFUE, que encomienda al Parlamento «[...] la elaboración de un proyecto encaminado a establecer las disposiciones necesarias para hacer posible la elección de sus miembros por sufragio universal directo, de acuerdo con un procedimiento uniforme en todos los Estados miembros o de acuerdo con principios comunes a todos los Estados miembros».

Por lo que se refiere a la valoración de los suplicatorios recibidos por la Cámara, la práctica pone de manifiesto que esta se inscribe en la línea general de índole restrictiva

predominante en aquellos Estados miembros en los que dicha prerrogativa se mantiene vigente. Tanto en ellos como en el Parlamento Europeo merece una consideración preferente el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la ciudadanía, por lo que su ejercicio efectivo únicamente podrá impedirse en aquellos supuestos en los que se constate la concurrencia de intencionalidad política (*fumus persecutionis*) a cargo del juez.

Un balance de signo eminentemente positivo arroja, por su parte, la comprensión de la inviolabilidad (también denominada inmunidad absoluta en el léxico europeo). En relación con esta segunda prerrogativa, hemos tenido oportunidad de verificar la existencia de un entendimiento de la libertad de expresión por parte de los representantes populares en el ejercicio de sus funciones directamente conectado con las exigencias derivadas del contexto comunicativo actual. En este sentido, la jurisprudencia europea ha contribuido decisivamente a establecer los contornos que circunscriben los márgenes operativos de la inviolabilidad, requiriendo una conexión directa e inmediata con el ejercicio de las funciones como eurodiputado y no simplemente con la condición de político en general). Asimismo, ha fijado las respectivas esferas de competencia del Parlamento Europeo y los tribunales nacionales, atribuyéndoles un rol preponderante, si bien tamizado por la apelación al principio de leal cooperación (artículo 4.3 TUE).

Especialmente interesante resulta el tratamiento de la libertad de expresión de los diputados en sede parlamentaria. En efecto, frente a la imposibilidad absoluta de que dicha libertad pueda ser restringida o sometida a controles por parte de poderes externos (ejecutivo y judicial), el Reglamento Interno del Parlamento y el Código de Conductas que lo acompaña como Anexo establecen importantes límites. Se trata de exigencias conectadas de modo inmediato con la dignidad de la persona que deben ser respetadas en todo caso por los diputados. Orientado por esta idea, el referido Código de Conductas establece un variado elenco de supuestos cuyo común denominador no es otro que la proscripción de afirmaciones u opiniones que vulneren la dignidad, rechazando su uso en el ejercicio de las funciones parlamentarias y estableciendo sanciones al respecto. Es importante remarcar que la no aceptación del Código lleva aparejadas importantes consecuencias para el diputado que lo rechaza, puesto que queda relegado a un estatus básico como representantes popular y se le impide, por ello, acceder a determinados puestos (presidencia de comisiones, por ejemplo) y desempeñar concretas actuaciones (participación en delegaciones externas del Parlamento).

NOTAS

1. El artículo 232 TFUE establece: «El Parlamento Europeo establecerá su propio reglamento interno por mayoría de los miembros que lo componen».
2. En la actualidad, el artículo 14.3 TUE prevé que los miembros del Parlamento Europeo son elegidos «[...] por sufragio universal directo, libre y secreto, para un mandato de cinco años».
3. Para el caso de España, remitimos al artículo de Esperanza Gómez Corona publicado en este mismo número de *Teoría & Derecho*.

4. Sobre la configuración de las prerrogativas en los ordenamientos de Reino Unido, Francia, Italia y Alemania, *vid.* los artículos del presente número de *Teoría & Derecho* elaborados por Javier García Oliva, Hubert Alcáraz, Elisa Cavasino y Susana Sánchez Ferro.
5. Conclusiones del abogado general Szpunar en el asunto C-502/19, presentadas el 12 de noviembre de 2019.
6. Es el RIPE correspondiente a la IX legislatura, 2019-2024, aprobado en enero de 2021.
7. En un sentido similar al apuntado en el texto se pronunciaba la Resolución de 10 de marzo de 1987 (A 2-121/86, Informe Donnez) aprobada por el Parlamento Europeo, que recogía los principios generales derivados de la actividad de la Cámara en la relación con el entendimiento de las prerrogativas. Con respecto a la inmunidad, el citado informe afirmaba que esta «[...] no es un privilegio personal de los diputados a título individual» sino, antes bien, «una garantía de la independencia del Parlamento». En la STGUE *Gollnisch c. Parlamento Europeo* (I), de 19 de marzo de 2010, asunto T-42/06, se hace una referencia expresa a dicho informe (apartado 22).
8. Conclusiones del abogado general Poiares Maduro en los asuntos acumulados C-200/07 y C-201/07, presentadas el 26 de junio de 2008.
9. En la STGUE *Mote c. Parlamento Europeo*, de 15 de octubre de 2008, asunto T-345/05, se afirmó expresamente que el PPIUE crea «[...] un derecho subjetivo a favor de las personas a las que se aplica, cuyo respeto está garantizado por el sistema de recursos previsto por el Tratado» (apartado 28). Esta idea se retoma en la STGUE *Gollnisch c. Parlamento Europeo* (I), en la que, tras remarcar el «carácter funcional» que con carácter general presentan los privilegios e inmunidades, puesto que su finalidad es «[...] evitar que se obstaculice el funcionamiento e independencia de las Comunidades» (apartado 94), enfatiza la idea de que el PPIU «[...] crea un derecho subjetivo a favor de las personas a las que se aplican» (apartados 94 y 108).
10. Sobre el entendimiento de las prerrogativas recogidas por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, remitimos al estudio realizado por Fernando Álvarez-Ossorio.
11. STJUE de 21 de octubre de 2008, asuntos acumulados C-200/07 y C-201/07.
12. STJUE (Gran Sala) de 6 de septiembre de 2011, asunto C-163/10.
13. *Vid.*, en este sentido, las sentencias del Tribunal General de la Unión Europea en *Gollnisch c. Parlamento Europeo* (II), de 17 de enero de 2013, asuntos acumulados T-346/11 y T-347/11; y *Briois c. Parlamento Europeo*, de 20 de abril de 2019, asunto T-214/18.
14. Conclusiones del abogado general Jääskinen en el asunto C-163/10, presentadas el 9 de junio de 2011.
15. En *Gollnisch I* (2010) se planteó precisamente un caso en el que el eurodiputado fue demandado por unas afirmaciones vertidas en una rueda de prensa. Avala el Tribunal la consideración del Parlamento Europeo, al estimar que no concurría en este supuesto la prerrogativa de la inviolabilidad, puesto que las declaraciones en cuestión no resultaban susceptibles de ser incardinadas en el ejercicio de funciones como diputado, ya que las mismas estaban conectadas con sus «actividades profesionales» (apartado 93). Posteriormente, en *Gollnisch II* (2013), la causa de la imputación de un delito de incitación al odio racial al eurodiputado recurrente se encuentra en los comentarios realizados reproduciendo los términos de un comunicado de prensa emitido por el grupo parlamentario del Frente Nacional al que este pertenece.
16. A una conclusión similar llega la STGUE, en el asunto *Gollnisch II* (2013), apartado 94, donde se pone de manifiesto que las declaraciones objeto del proceso iniciado están «relacionadas directamente»

con la «condición de consejero regional» del señor Gollnisch, sin que se constate «[...] relación alguna con su condición de diputado en el Parlamento Europeo». Completa el Tribunal su razonamiento en sentido excluyente señalando que tampoco «[...] a fortiori, existe una relación directa que se imponga con carácter evidente entre las decisiones litigiosas y la función de diputado del Parlamento que hubiera podido justificar que se aplicase el artículo 8 del Protocolo tal como lo interpreta el Tribunal de Justicia».

17. Una regulación más matizada es la del actual artículo 7.1 del RIPE, en el que se contempla la posibilidad de solicitar «[...] una decisión del Parlamento respecto a si se ha producido, o es probable que se produzca, una vulneración de dichos privilegios e inmunidades».

18. La primera parte de dicho precepto dispone: «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías».

19. STJUE (Gran Sala), de 19 de diciembre de 2019, asunto C-502/19.

20. Téngase en cuenta que, en relación con la libertad de movimiento de la que gozan los miembros de la Eurocámara, el artículo 5.2 RIPE establece esta previsión específica: «La Unión Europea expedirá al diputado que lo solicite, previa autorización del presidente del Parlamento, un salvoconducto de la Unión Europea para la libre circulación de dicho diputado por los Estados miembros y por otros países que reconozcan tal salvoconducto como un documento de viaje válido».

21. Así lo confirma el artículo 5.4 RIPE: «A fin de ejercer sus funciones parlamentarias, todos los diputados tendrán derecho a participar activamente en el trabajo de las comisiones y delegaciones del Parlamento, de conformidad con el presente Reglamento interno».

22. A este enfoque responde la previsión recogida en el artículo 6.2 RIPE que exime de la necesidad solicitar suplicatorio en los supuestos de que los diputados sean requeridos para comparecer «[...] en calidad de testigos o de peritos» siempre que se cumplan las siguientes condiciones: (1) «no se vean obligados a comparecer en día u hora que impidan o dificulten la realización de sus labores parlamentarias o puedan prestar la declaración por escrito o de otra forma que no dificulte el ejercicio de sus funciones parlamentarias; y puedan prestar la declaración por escrito o de otra forma que no dificulte el ejercicio de sus funciones parlamentarias» y (2) «no se vean obligados a declarar sobre informaciones obtenidas confidencialmente en el ejercicio de sus funciones parlamentarias que no consideren procedente revelar».

23. STGUE, de 19 de marzo de 2010, asunto T-42/06.

24. Se trata de las Comunicaciones nº 11/2003, aprobada el 6 de junio y nº 11/2016, de 9 de mayo. Las mismas son aludidas en la STGUE, de 30 de abril de 2019, asunto T-214/18, apartado 54.

25. Es importante llamar la atención sobre el valor de «mera síntesis» de la práctica acumulada en el Parlamento que el Tribunal atribuye al listado de casos recogido en la ya referida Comunicación 11/2016, punto 3. Ya en el asunto *Gollnisch II* (2013), se llegó a una conclusión similar con relación a la Comunicación 11/2003, aclarándose que dicha comunicación, que no es «un acto del Parlamento», se elaboró «[...] con el fin de sensibilizar a los diputados del Parlamento respecto a esta práctica decisoria» (apartado 105). Tal documento, por lo tanto, «[...] no puede vincular al Parlamento» ni «[...] constituye una garantía concreta sobre cuya base los diputados hayan podido albergar expectativas fundadas» (apartado 107).

26. El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse sobre la legalidad de un acto adoptado por el Consejo Europeo o por el Consejo en virtud del artículo 7 del Tratado de la Unión Europea, solamente a petición del Estado miembro objeto de la constatación del Consejo Europeo o del Consejo y únicamente en lo que se refiere al respeto de las disposiciones de procedimiento establecidas en el citado artículo.

27. El ejercicio del derecho de audiencia es susceptible de renuncia por su titular, según dispone expresamente el precepto aludido. Abundando en esta línea, el siguiente apartado incorpora una previsión en la que, junto con la reiteración de lo ya establecido previamente —«Si el diputado no acude a la audiencia a la que ha sido invitado, se considerará que ha renunciado a su derecho a ser oído»— añade una cláusula de salvaguardia, a saber, «[...] salvo que haya presentado una solicitud motivada de dispensa para la fecha y hora propuestas». El presidente de la Comisión dispone de la facultad para decidir «[...] si acepta dicha solicitud de dispensa habida cuenta de la motivación» y contra su decisión no cabe recurso alguno. En caso de ser aceptada, se propone al diputado nueva fecha y hora. Ahora bien, si se constatará la incomparecencia, «[...] el procedimiento continuará sin que se le oiga» y «[...] no se aceptarán nuevas solicitudes de dispensa o audiencia».

28. Eso sí, la presencia del diputado se limita por el artículo 9.6.2 RIPE exclusivamente al momento de «la audiencia propiamente dicha» al quedar expresamente excluida «[...] durante los debates sobre el suspensorio de suspensión o la solicitud de amparo de la inmunidad».

29. El artículo 9.9.5 RIPE prevé la posibilidad de que la Comisión pida «[...] a la autoridad competente cuantas informaciones o aclaraciones estime necesarias para formarse un criterio sobre la procedencia de la suspensión de la inmunidad o de su amparo».

30. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de mayo de 1964, asunto 101/63.

31. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 10 de julio de 1986, asunto 149/85.

32. Esta regulación es la que recoge el actual artículo 229 TFUE (antiguo artículo 196 TCE) tanto por lo que se refiere a la determinación del período de sesiones («[...] celebrará uno cada año» y «[...] se reunirá sin necesidad de previa convocatoria el segundo martes de marzo») como a la posibilidad de que el Parlamento celebre reuniones en el denominado «período parcial de sesiones extraordinario». En este supuesto, se exige que la petición por parte «[...] de la mayoría de los miembros que lo componen, del Consejo o de la Comisión». También, el artículo 11 del Acta Electoral Europea.

33. Desde el punto de vista del sistema de fuentes, el Acta Electoral es considerada formalmente, desde el Tratado de Lisboa, una norma de Derecho derivado y no de Derecho internacional, como hasta entonces. Desde una perspectiva práctica, sin embargo, esta transformación no trae consigo efectos inmediatos, puesto que la exigencia de unanimidad en el Consejo para modificar el Acta Electoral que contempla el artículo 223 TFUE complica notablemente el proceso. En este sentido, el cambio más relevante que lleva aparejada la modificación de estatus jurídico del Acta es su sometimiento, como norma de Derecho derivado, al control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Alonso, 2019: 242).

34. En el caso de Puigdemont y Comín sí concurrieron a la sesión constitutiva del Parlamento, puesto que ambos se encontraban en territorio belga. Sin embargo, las credenciales presentadas fueron rechazadas en tal momento al no constar sus nombres en la lista de elegidos remitida por la Junta Electoral Central.

35. Esta competencia es atribuida al Parlamento Europeo por el artículo 12 del Acta Electoral Europea, a cuyo efecto dispone que «[...] tomará nota de los resultados oficialmente proclamados por los Estados miembros y decidirá acerca de las controversias que pudieren eventualmente suscitarse en relación con las disposiciones de la presente Acta, con exclusión de las disposiciones nacionales a que dicha Acta remita».

36. STJUE, de 7 de julio de 2005, asunto C-208/03.

37. Lugar de residencia de la diputada Clara Ponsatí.

38. ATGUE, de 2 de junio de 2021, asunto T-272/21 R.

39. ATGUE, de 30 de julio de 2021, asunto T-272/21 R.

40. Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI). Recuérdese que el artículo 3 recoge los motivos para la no ejecución obligatoria de la orden de detención europea. Por su parte, el artículo 4 prevé los motivos de no ejecución facultativa de dicha orden.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO DE LEÓN, Sergio (2019): «Crónica de la reforma electoral europea», *Revista de las Cortes Generales*, 106, 229-267.

ARANDA ÁLVAREZ, Elviro (2020): «El caso Junqueras. Comentario a la Sentencia C-502/19 de diciembre de 2019, sobre la inmunidad de los diputados al Parlamento Europeo», *Revista de las Cortes Generales*, 108, 457-467.

CLINCHAMPS, Nicolas (2006): *Parlement Européen et Droit parlementaire: Essais sur la naissance du Droit Parlementaire de l'Union Européenne*, París: LGDJ.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso (1986): «Origen histórico de la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1-42.

FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, Plácido (1990): *La inviolabilidad e inmunidad de los diputados y senadores: La crisis de los «privilegios» parlamentarios*, Madrid: Civitas.

GUERRERO VÁZQUEZ, Pablo (2021): «La doble dimensión del sistema previsto para la elección del Parlamento Europeo», en F. Palacios Romeo E. y Cebrián Zazurca (coords.), *Elección y representación: una conjunción compleja. Perspectivas y problemas de los regímenes electorales en España*, Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad, 1-18.

HARDT, Sacha (2020): «Fault Lines of the European Parliamentary Mandate: The Immunity of Oriol Junqueras Vies», *European Constitutional Law Review*, 16, 170-185.

PINGEL, Isabelle (2014): «Les immunités de l'Union européenne», en A. Peters, E. Lagrange, S. Oeter y C. Tomuschat (eds.), *Immunities in the age of global constitutionalism*, Leiden: Brill, 301-315.

TORRE DE SILVA, Víctor (2021): «Enlarging the Immunities of European Parliament's members: The Junqueras Judgment», *German Law Review*, 22, 86-100.

Fecha de recepción: 1 de agosto de 2021.

Fecha de aceptación: 29 de octubre de 2021.

LA CONSTITUCIÓN DEL REINO UNIDO: PRIVILEGIO
PARLAMENTARIO Y EJERCICIO DEL PODER*
*THE BRITISH CONSTITUTION: PARLIAMENTARY
PRIVILEGE AND EXERCISE OF POWER*

Javier García Oliva
Professor of Law
University of Manchester

RESUMEN

El principal objeto de este artículo es el análisis del privilegio parlamentario en el contexto actual británico, incluyendo un estudio de su naturaleza, función y posible desarrollo futuro. Se analizan los dos aspectos del privilegio parlamentario: *i)* la libertad de expresión dentro del Parlamento reconocida por el artículo IX de la Declaración de Derechos de 1688/9, y *ii)* la doctrina de *exclusive cognisance*, que forma parte del *Common Law* y que no posee naturaleza legislativa. Este trabajo se pregunta qué aspectos de estos antiguos mecanismos constitucionales siguen siendo esenciales en el siglo XXI y cuáles necesitan reforma. También destaca el impacto que han tenido los debates constitucionales recientes, por ejemplo, el Brexit, sobre esta materia, y cómo éstos han evidenciado la compleja relación entre el Parlamento, el Gobierno y el pueblo británico.

PALABRAS CLAVE

Privilegio parlamentario, libertad de expresión, derechos humanos, imperio de la ley, constitución.

ABSTRACT

This article explores Parliamentary Privilege in the current UK context, its nature, purpose and possible future developments. It discusses the two distinct forms of Parliamentary Privilege: *i)* Freedom of Expression within Parliament derived from Article IX of the Bill of Rights 1688/9, and *ii)* the doctrine of «Exclusive Cognisance», which forms part of the Common Law, and does not have a statutory source. It considers which aspects of these ancient constitutional mechanisms remain key in the XXIth century, and which are in need of reform. It also asks what impact recent constitutional debates, for example, Brexit, have had on this subject, and what these have revealed about the complex relationship between Parliament, the Government and the British People.

KEYWORDS

Parliamentary privilege, freedom of expression, human rights, rule of law, constitution.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2021.028>

* Quisiera expresar mi agradecimiento a la Dra. Helen Hall, Associate Professor at Nottingham Trent University, por sus sugerencias y comentarios al primer borrador de este artículo. Asimismo, agradezco a la Dra. Ana Carmona, catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla, la oportunidad que me ha brindado de contribuir a este interesante monográfico, y a Agustín Andrades, de la Universidad de Sevilla, por su valiosa ayuda en la edición de este trabajo.

LA CONSTITUCIÓN DEL REINO UNIDO: PRIVILEGIO PARLAMENTARIO Y EJERCICIO DEL PODER

Javier García Oliva

Professor of Law
University of Manchester

Sumario: 1. Introducción. 2. Contexto constitucional general. 2.1. Conflictos históricos no resueltos. 2.2. Parlamento y el proceso del *brexit*. 2.3. Reflexiones finales sobre el contexto constitucional general. 3. La naturaleza y los objetivos del privilegio parlamentario. 3.1. Los dos elementos del privilegio parlamentario. 3.2. Orígenes y justificación del privilegio parlamentario. 4. Libertad de expresión dentro del parlamento. 5. *Exclusive cognisance*. 6. privilegio parlamentario y debates constitucionales actuales. 7. conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Es ampliamente reconocido, no solo en círculos jurídicos, que el preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos contiene una de las frases más icónicas de la historia del constitucionalismo:

«We the people of the United States, in order to form a more perfect union, establish justice, insure domestic tranquility, provide for the common defense, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America»¹.

Es indiscutible que este documento debe parcialmente su origen a la Constitución británica, y que aquel conflicto —que llegaría a convertirse en una guerra por la independencia— fue, sin duda, una guerra civil². Ahora bien, el nacimiento de la Constitución de los Estados Unidos también fue el resultado de una reacción *contra* el sistema británico provocada, en buena medida, por el descontento por la distribución y el ejercicio del poder

en el territorio que llegaría, con el transcurso de los siglos, a ser el Reino Unido³. El terremoto constitucional que Inglaterra y Escocia experimentaron en el siglo XVII sigue siendo relevante tanto para entender el contexto contemporáneo como para analizar el objeto de este artículo, aunque no por las razones que a menudo se asumen.

Es cierto que Estados Unidos produjo —y ha mantenido— uno de los documentos constitucionales escritos más célebres de la historia moderna, mientras que el Reino Unido se caracteriza por el hecho de que carece de una constitución codificada. Con frecuencia, sin embargo, las diferencias prácticas entre ambos tipos de constituciones se exageran, y no se toma en consideración que la existencia de un consenso social en torno a los valores que aglutinan a la sociedad es mucho más importante que aquella distinción. David Feldman, eminente jurista británico, sostiene que en realidad todos los sistemas constitucionales contienen elementos decisivos más allá del propio documento escrito (fórmula existente en la mayoría de los Estados)⁴. Se trata de una observación acertada que puede verificarse, por ejemplo, en el debate respecto al uso de armas en los Estados Unidos⁵, derecho que solo puede comprenderse cabalmente si se tiene en cuenta la realidad social estadounidense⁶. Asimismo, las constituciones no codificadas como la británica son deudoras de documentos escritos de carácter trascendental como la Carta Magna, y la Human Rights Act de 1998, por citar únicamente dos ejemplos clave.

Por ello, la diferencia jurídica esencial entre los Estados Unidos y el Reino Unido no radica en la existencia de un documento constitucional codificado en el primer país, sino en la fuente de legitimidad constitucional. Tras las guerras civiles y las revoluciones del siglo XVII, finalmente llegó la paz a Gran Bretaña, pero el precio que hubo de pagar fue un acuerdo tácito destinado a no volver a abrir heridas de generaciones anteriores, razón por la cual la relación entre el Parlamento, el pueblo y el monarca, que en principio parecía solucionada en términos pragmáticos, no quedó completamente resuelta.

Desde el siglo XIX hasta el siglo XXI, este enfoque pragmático pareció ser exitoso, pues el país experimentó una prolongada prosperidad económica y evolucionó gradualmente hacia la democracia liberal sin sufrir las violentas revoluciones de la era industrial. No obstante, el trauma del referéndum del *brexít* en 2016 y la posterior saga política evidenciaron las fortísimas dudas latentes sobre la fuente de la legitimidad constitucional. La ausencia de una respuesta clara a preguntas referidas a la relación entre el legislativo y el ejecutivo, el Parlamento y la ciudadanía, y sobre la legitimidad del poder legislativo se convirtió, de pronto, en un grave problema.

Aun cuando el objeto de este trabajo no es un análisis del proceso del *brexít*, sino del principio del privilegio parlamentario⁷, un estudio pormenorizado del mismo aconseja abordar también las cuestiones constitucionales de índole general suscitadas por nuestra salida de la Unión Europea. Si bien los juristas británicos decidieron ignorar estos interrogantes durante más de tres siglos, nuestra generación ya no tiene esa opción; por ello, y a fin de entender el privilegio parlamentario, resulta fundamental analizar la función del Parlamento y la justificación de su poder.

En consecuencia, comenzaré este estudio con unas breves referencias al contexto constitucional general antes de examinar la doctrina del privilegio parlamentario y, finalmente, evaluaré la manera en que este mecanismo encaja en el sistema jurídico británico. ¿Cómo afectan los importantes debates constitucionales que han cobrado tanta importancia en el último lustro a la doctrina del privilegio parlamentario, y qué nos enseña este sobre la naturaleza de la Constitución británica?

2. CONTEXTO CONSTITUCIONAL GENERAL

2.1. CONFLICTOS HISTÓRICOS NO RESUELTOS

En la primera mitad del siglo XVII, el rey Charles I disolvió el Parlamento e instituyó un período de gobierno autocrático. El legislativo, ya en este periodo, contaba con dos Cámaras, la de los Lores y la de los Comunes⁸. Ahora bien, el Parlamento no era una institución elegida democráticamente⁹ —sistema que, de hecho, habría parecido una temeridad a la mayoría de sus miembros¹⁰—. Estaba compuesto por hombres que poseían tierras y ejercían el poder; se trataba de un órgano asesor del monarca que esperaba ser consultado. Por consiguiente, cuando las políticas autocráticas de Charles I provocaron una serie de guerras civiles con el Parlamento, este se propuso como objetivo facilitar el gobierno del rey, pero sin que este pudiese ignorar sus criterios.

A pesar de que fue derrotado muchas veces en el campo de batalla, Charles se negó a aceptar cualquier limitación de su poder personal y rompió en reiteradas ocasiones las promesas de no reiniciar la guerra. Al final, los miembros del Parlamento llegaron a la conclusión de que no tenían otra alternativa que acusar a Charles de alta traición contra el reino de Inglaterra, lo que motivó su condena y posterior ejecución. A partir de ese momento, Inglaterra se convirtió en una república¹¹.

Si la falta de un mecanismo eficaz para gobernar en ausencia de un monarca constituyó un problema significativo, otro elemento importante fue el New Model Army (Ejército del Nuevo Modelo) constituido por el Parlamento. Los soldados eran voluntarios que luchaban por una causa religiosa y política en la que creían firmemente. Estos hombres esperaban que se produjera un cambio auténtico y no estaban dispuestos a asumir que, a su regreso a casa, el mundo volvería al *statu quo* anterior a la guerra. Los acontecimientos históricos son complejos, pero, en resumidas cuentas, Oliver Cromwell afrontó el caos y el vacío de poder y, con el apoyo del New Model Army, asumió el poder e inició un período de gobierno personal que solo terminaría con su muerte por una enfermedad repentina en 1658. Este breve paréntesis republicano podría interpretarse como una derrota de la élite parlamentaria tradicional infligida por el pueblo a través del New Model Army¹². La muerte de Oliver Cromwell (Lord Protector) provocó una crisis, y su hijo Richard (Tumble Down Dick), le sucedió durante un periodo breve, si bien no contaba con las habilidades militares o políticas para permanecer en el poder¹³.

En un periodo extremadamente tumultuoso, la monarquía fue restaurada y Charles II accedió al trono, por lo que a partir de ese momento quedó claro que la élite parlamentaria sería la fuerza dominante en la Constitución británica. El hermano menor y sucesor de Charles II, James II de Inglaterra y VII de Escocia, no ocultó su catolicismo y, cuando su esposa concibió un heredero varón, el Parlamento indujo a William —príncipe protestante y yerno de James— a invadir el país y ocupar el trono¹⁴.

En realidad, a partir de este momento, los monarcas solo podrían gobernar con el apoyo del Parlamento y a lo largo del siglo XVIII el poder real continuó disminuyendo gradualmente. En muchos aspectos, este paulatino modelo de reforma funcionó y, en consecuencia, Gran Bretaña evitaría los procesos revolucionarios sangrientos que tuvieron lugar en muchos países europeos durante el siglo XIX. Lo cierto es que el conflicto entre el Parlamento y el ejército popular o New Model Army fue deliberadamente minimizado en la historia y la cultura popular, pues era mucho más útil asumir y difundir la tesis de que la sociedad británica había seguido un camino gradual hacia la democracia. El monarca se mantuvo como símbolo, pero el poder residía en el Parlamento soberano, y no sería hasta mucho más tarde, en la década de los treinta del siglo pasado, cuando todos los adultos británicos, hombres y mujeres, adquirieron el derecho a votar en igualdad de condiciones, independientemente de su situación económica, y pudo finalmente afirmarse que el país contaba con una democracia verdaderamente representativa¹⁵.

Sin embargo, dos problemas ocultos permanecían en estado de latencia: *i*) la posición constitucional nominal no se correspondía con la realidad. Así, teóricamente, había un monarca todopoderoso reinando por Derecho divino, mientras que en la práctica el legislador ejercía el poder supremo y controlaba la elección del primer ministro; *ii*) por otra parte, la fuente de la autoridad parlamentaria, en lo que concierne a la relación con el pueblo, no estaba claramente definida: ¿qué sucedería en el caso de que se produjera un conflicto directo entre la voluntad del pueblo y la del Parlamento?

Como ya se ha apuntado, durante todo el siglo XX y hasta bien entrado el XXI, los constitucionalistas estuvieron dispuestos a eludir estos problemas teóricos. Al entenderse la posición *de facto* del Parlamento frente al ejecutivo, no importaba que las disposiciones legislativas contuvieran palabras que reflejaban el cuento de hadas de un monarca gobernando el país. El legislativo designaba al primer ministro y, por consiguiente, determinaba el ejercicio del poder ejecutivo en el mundo real. Un conflicto entre el Parlamento y el Gobierno resultaba impensable, ya que, si el primer ministro no contase con el apoyo de aquel, el ejecutivo se desplomaría y se celebrarían elecciones generales inmediatamente. Igualmente, se asumió que no podrían producirse disonancias entre el Parlamento y la ciudadanía, dado que, en el supuesto de que los miembros de la Cámara de los Comunes ignorasen la voluntad del país, perderían el apoyo del electorado.

Por ello, aun cuando había una desconexión entre la teoría y la realidad, esto no se consideraba, en principio, problemático, y la realidad parecía regirse por el clásico refrán británico «If unbroken, don't fix it» («Si no está roto, no necesita arreglo»). Sin embargo, nadie previó antes de 2016 que el referéndum sobre el *brex*it iba a «romper» el sistema¹⁶.

2.2. PARLAMENTO Y EL PROCESO DEL BREXIT

Como es por todos conocido, en 2016 la población del Reino Unido votó a favor de abandonar la Unión Europea por un margen estrecho, pero en cualquier caso decisivo¹⁷. El resultado causó consternación entre un gran número de miembros del Parlamento, mayoritariamente partidarios de permanecer en la Unión. No obstante, una minoría apoyó el proceso del *brexít* y consideró la votación como una victoria¹⁸.

Un análisis detallado de estos eventos queda claramente fuera del objeto de este trabajo, por lo que nos limitamos a destacar las cuestiones decisivas de nuestro estudio: *i*) el referéndum evidenció la discrepancia entre la voluntad de la población del Reino Unido y la de su Parlamento; y *ii*) al declarar su deseo de implementar el resultado del referéndum, el Gobierno colisionó con el poder legislativo.

Por razones políticas, la mayoría de los diputados no se mostraron a favor de permitir nuevas elecciones y sucedió lo algo imposible en términos teóricos: un Gobierno permanecería en el cargo sin el apoyo *de facto* del Parlamento. Además, el Tribunal Supremo dictaminó que el ejecutivo no podía iniciar el procedimiento formal del *brexít*¹⁹ a menos que obtuviera la autorización del legislador²⁰. Es importante destacar que esta decisión fue controvertida tanto en el mundo legal como en el político. Aunque el Tribunal Supremo llegó a la misma conclusión que la High Court, la justificación anteriormente invocada por este órgano judicial no había sido idéntica²¹. En el Tribunal Supremo, dos cuestiones resultaron clave: *i*) si era necesario recabar el consentimiento de Escocia, Gales e Irlanda del Norte como entidades subestatales; y *ii*) si la salida de la Unión Europea privaría a los ciudadanos del Reino Unido de sus derechos, pues tal privación únicamente podría ser autorizada por legislación parlamentaria. Hubo consenso en el Tribunal Supremo respecto al hecho de que estas cuestiones constitucionales no debían contar necesariamente con el marchamo de Escocia, Gales e Irlanda del Norte. Sin embargo, se produjo una importante división entre los miembros de este órgano judicial sobre la cuestión de si la salida de la Unión privaría a los ciudadanos de sus derechos. Esta pregunta era fundamental, ya que, si la respuesta era negativa, podría recurrirse a la activación de prerrogativas ministeriales (poderes en la actualidad ostentados por el Gobierno que históricamente habían estado en manos de los monarcas) para iniciar la escisión del Reino Unido respecto a la Unión Europea.

Si bien la posición del Gobierno no contó con la aprobación de la mayoría de los jueces del Tribunal Supremo, fue considerada una tesis seria y, de hecho, obtuvo el respaldo de dos miembros de aquel. Podríamos incluso especular con la hipótesis de que, si otros jueces hubieran sido integrantes del Tribunal Supremo en el momento de la sentencia, la decisión podría haber sido diferente. En cualquier caso, todos los jueces coincidieron en señalar que, si el Parlamento había tenido la intención de restringir las prerrogativas ministeriales u otorgar derechos a la ciudadanía más allá de la voluntad del Gobierno, este simplemente no podía eliminarlos. Dicho de otra forma, el principio de supremacía parlamentaria nunca fue cuestionado.

De hecho, el Parlamento votó a favor de iniciar el proceso, pero también dejó claro que controlaría las acciones del ejecutivo. Esto motivó que el acuerdo negociado entre Theresa May y la Unión Europea fuese rechazado por el legislativo cuando los miembros opuestos al *brexít* formaron una extraña alianza con aquellos que defendían la forma más radical de *brexít*.

Finalmente, Theresa May renunció a su cargo, y Boris Johnson fue nombrado primer ministro. El nuevo líder del Gobierno intentó usar la prerrogativa para limitar la intervención legislativa, evitando así que los parlamentarios obstaculizaran su estrategia del *brexít*. Como era de esperar, el Tribunal Supremo dictaminó que esta acción era inconstitucional y que las prerrogativas reales no podían utilizarse para eludir la doctrina fundamental de la soberanía parlamentaria²².

Sin embargo, y aun cuando podríamos caer en la tentación de imaginar que esta conclusión era inevitable, es esencial no perder de vista que fue una materia controvertida, máxime si se toma en consideración que los órganos judiciales inferiores no habían llegado a la misma conclusión que el Tribunal Supremo. Tanto la High Court de Inglaterra y Gales como la de Irlanda del Norte resolvieron que el pronunciamiento sobre el uso de la prerrogativa a fin de prorrogar el Parlamento no competía al poder judicial o, en otras palabras, que dicho poder era *non justiciable*²³. En Escocia, en primera instancia, el órgano judicial estuvo de acuerdo con los tribunales de las otras naciones británicas, pero la Court of Session anticipó el fallo del Tribunal Supremo y consideró que la prórroga era ilegal. Naturalmente, teniendo en cuenta la naturaleza controvertida de estas cuestiones, hubo amplio margen para que los expertos en Derecho discreparan entre sí²⁴, pero nadie cuestionó la soberanía del Parlamento. La restricción de la actividad parlamentaria por parte del primer ministro nunca habría podido llegar a ser una posición defendible. En el mejor de los casos, se habría convertido en una táctica dilatoria, pero ni siquiera fue así, dado que la respuesta de los tribunales fue ágil y rápida.

Por un lado, este episodio simplemente confirmó principios constitucionales básicos, conocidos por cualquier estudiante de Derecho, es decir: *i*) el ejercicio del poder ejecutivo está controlado por el Parlamento soberano; *ii*) los miembros de este pueden actuar libremente, pero en última instancia serán responsables ante el electorado. No obstante, estos eventos han cambiado drásticamente la *percepción* de la ciudadanía sobre la Constitución británica y, por primera vez desde principios del siglo XX, la sociedad ha debatido apasionadamente sobre la función y los objetivos del Parlamento. Para muchos ciudadanos, incluyendo muchos constitucionalistas, las acciones de los diputados al tratar de prevenir, o al menos controlar, el proceso del *brexít* demostraron que el Parlamento constituye una valiosa defensa contra el populismo y que, por tanto, opera en interés de la nación. Russell, por ejemplo, sostuvo que la retórica del legislador contra el pueblo conducía a la división y era engañosa²⁵. Sin embargo, muchas otras voces apoyaron la perspectiva opuesta, acusando al poder legislativo de elitismo antidemocrático²⁶. Estas poderosas discrepancias demuestran que el consenso sobre el papel constitucional del Parlamento —sin analizar y, eventualmente, cuestionar su legitimidad— ha quedado fracturado. Corresponde ahora

ocuparse de las consecuencias de este fenómeno en el denominado privilegio parlamentario, principal objeto de este artículo.

2.3. REFLEXIONES FINALES SOBRE EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL GENERAL

Como acabamos de ver, durante siglos la sociedad británica se contentó con dejar sin respuesta preguntas espinosas sobre la relación entre el Parlamento y el pueblo, y sobre la fuente última de su legitimidad constitucional. No obstante, tras el fenómeno *bretxit*, en adelante este silencio no será una opción viable, y es probable que los debates constitucionales que han comenzado se prolonguen mucho más allá de la crisis que los provocó.

Estas transformaciones son de vital importancia para el privilegio parlamentario porque, como veremos, la doctrina confiere una autonomía considerable al Parlamento, y la justificación teórica de su existencia radica en el rechazo a la tiranía de la dinastía Stuart del siglo XVII. Ahora bien, esta protección no persigue exclusivamente prevenir la interferencia o la coerción del monarca / ejecutivo, sino que también confiere un escudo a los parlamentarios frente a las demandas presentadas por los ciudadanos. Que este modelo se considere o no apropiado en nuestra sociedad contemporánea depende de cómo se conciba la función del Parlamento y su legitimidad.

3. LA NATURALEZA Y LOS OBJETIVOS DEL PRIVILEGIO PARLAMENTARIO

3.3. LOS DOS ELEMENTOS DEL PRIVILEGIO PARLAMENTARIO

Resulta más sencillo enunciar los principios básicos del privilegio parlamentario que determinar sus límites, pues estos dependen de su justificación —que como vamos a ver, es un tema controvertido—. Hay dos dimensiones igualmente importantes del privilegio parlamentario: *i*) libertad de expresión dentro del Parlamento²⁷; y *ii*) libertad del Parlamento para organizar sus actividades sin injerencias externas. Este segundo vector se conoce como *exclusive cognisance*²⁸.

Como destacan Elliott y Thomas, la justificación tradicional de ambas dimensiones es que su existencia se orienta a proteger la independencia del legislador y permitirle cumplir su función constitucional sin temor a que sus miembros sean castigados o acosados²⁹. No obstante, debemos preguntarnos si tal explicación se puede sostener en el siglo XXI.

Se trata de una doctrina extremadamente poderosa, porque efectivamente *outs the jurisdiction* (excluye la jurisdicción) de los tribunales. Como es de sobra conocido, con carácter general no está permitido que ni los ciudadanos ni los órganos del Estado mermen la importantísima contribución del poder judicial. El privilegio parlamentario es una notable excepción a esta regla, al priorizar el constitucionalismo político sobre el jurídico.

Elliott y Thomas aciertan al afirmar que la doctrina opera en conexión con el principio constitucional de *comity* (cortesía) entre los tribunales y el Parlamento, pues cada órgano del engranaje constitucional respeta el papel del otro y evita invadir sus funciones³⁰. Sin embargo, no puede negarse que existe, así sea potencialmente, la posibilidad real de que se produzca auténtica tensión, ya que la doctrina permite en la práctica que los derechos de los ciudadanos puedan ser ignorados. ¿Es necesaria una medida tan drástica para proteger a los miembros del legislativo? ¿Por qué se ha convertido el privilegio parlamentario en una parte tan profunda de la cultura constitucional británica?

3.4. ORÍGENES Y JUSTIFICACIÓN DEL PRIVILEGIO PARLAMENTARIO

El «mito» constitucional es que el privilegio parlamentario nació en respuesta a los abusos de la dinastía Stuart. Utilizamos el término mito como un término antropológico para denotar una historia que se cree y se considera importante o sagrada: su uso no implica que sea una fantasía o una ficción, y en modo alguno es peyorativo³¹. Conocer el origen de la doctrina es importante porque explica la percepción de juristas en el siglo XXI, al tiempo que muestra, con claridad, por qué tal fundamentación teórica no ha recibido mucha atención académica aunque se trata de un concepto axiomático en el paradigma británico. Magyar demuestra que el alcance y conocimiento del privilegio parlamentario han evolucionado gradualmente³², mientras que Parpworth afirma sucintamente que la relevancia de la doctrina no necesita justificación en la sociedad contemporánea³³. Estas reflexiones nos conducen a preguntarnos cómo hemos llegado a la situación actual.

Las raíces del privilegio se remontan a un contexto de incuestionable conflicto y opresión, dado que Charles I, Charles II y James II y VII —monarcas que creían sinceramente que la legitimidad de su reinado derivaba del Derecho divino— no dudaron en utilizar cualquier táctica que tuvieran a su disposición para combatir a sus oponentes políticos. En esta concepción del mundo, la oposición política no constituía una crítica legítima, y era considerada un acto de rebelión contra Dios y la Corona.

The Bill of Rights (Declaración de Derechos) de 1688/9 fue una respuesta a esta manera de concebir el mundo. El Parlamento puso fin al reinado de James VII y II, e invitó a William y Mary a ocupar el trono, pero con la condición de que aceptasen tal Declaración de Derechos y el «nuevo» acuerdo constitucional, que en opinión del legislativo reflejaba sus derechos históricos. A efectos de nuestro trabajo, el elemento esencial de la Declaración fue el privilegio del Parlamento, reconocido por el artículo IX³⁴.

Este reconocimiento es crucial para comprender los actuales debates constitucionales porque la Declaración de Derechos de 1688/9 se ha convertido en un talismán y disfruta de un estatus cultural y constitucional especial. No fue una casualidad que cuando David Cameron propuso derogar la Human Rights Act 1998 argumentando que no era auténticamente británica y atacaba libertades tradicionales, propuso reemplazarla por un British Bill of Rights³⁵. La apuesta por insistir en la identidad británica, si bien es en principio completamente razonable y evidencia un legítimo orgullo nacional, en realidad estuvo lamentablemente asociada a la idea populista de que la Convención Europea era una mera

imposición extranjera. Asimismo, este clima xenófobo se intensificó mediante el recurso a la táctica política común de incitar al resentimiento de la ciudadanía ante presuntos abusos en la aplicación de la doctrina de derechos humanos, como destacó el juez Lord Dyson en una conferencia en 2011³⁶. Según este magistrado, el antieuropeísmo latente en la crítica a la Convención Europea es solo uno de los elementos que explican el extendido rechazo social a la Human Rights Act de 1998, la norma británica que incorpora la Convención al ordenamiento interno. La oposición a esta disposición se basa también en otros motivos, entre ellos el pretendido elitismo, la promoción de una agenda liberal y secular en su interpretación por parte del poder judicial, así como la ansiedad que provoca el otorgamiento de demasiado poder a los jueces y abogados en lugar de conferirlo a los representantes elegidos democráticamente. Todas estas acusaciones no están respaldadas por prueba alguna, pero incuestionablemente forman parte del debate político. Sería injusto no señalar que el plan para derogar la Human Rights Act, así como el sentimiento antieuropeo que inspiró la propuesta, fueron objeto de muchas críticas, pero esto no reduce un ápice el estatus icónico que posee la Declaración de Derechos, un respeto social que, motivó que Cameron usara esta terminología, como hemos apuntado arriba³⁷.

Además, el proceso del *brexít* que hemos analizado anteriormente también tuvo un impacto significativo entre los expertos constitucionalistas y la población en general. Muchos ciudadanos vieron los esfuerzos de Boris Johnson por suspender el Parlamento como un intento del ejecutivo por ostentar el poder injustificadamente, y consideraron muy apropiada la respuesta decisiva del Parlamento contra ese tipo de abusos.

Sin lugar a dudas, la función del poder legislativo ocupa el centro de los debates constitucionales contemporáneos; en opinión de muchos, el hecho de que el privilegio parlamentario esté reconocido en la Declaración de Derechos lo convierte en un símbolo contra la tiranía. En términos políticos, en este periodo *pos-brexít* sería extremadamente problemática la eliminación de elementos de estas instituciones constitucionales icónicas y, por ello, la pervivencia del privilegio parlamentario está asegurada. Ahora bien, se mantienen grandes interrogantes sobre su propósito e interpretación, entre los que destacan los siguientes: quiénes son los beneficiarios de la doctrina y de qué y contra quién están protegidos.

El mito constitucional anteriormente expuesto se centra en los abusos del poder ejecutivo contra parlamentarios individuales, pero igualmente en cualquier intento por menoscabar la efectividad del Parlamento en su totalidad. Por ello, la *freedom of the person*³⁸ y la libertad de expresión en el Parlamento, en la concepción popular, están tan íntimamente vinculadas entre sí y, en ocasiones, deberán tratarse de manera conjunta a efectos de llevar a cabo un análisis congruente. Ambas tienen su origen en los conflictos del siglo XVII y en el modo en que la sociedad posterior llegó a considerarlas. Asimismo, la protección de la *freedom of the person* y de la libertad de expresión de los parlamentarios están estrechamente relacionadas, tanto en la teoría como en la práctica, con dicha salvaguarda para todos los ciudadanos. De hecho, desde ese periodo histórico los abusos o amenazas dirigidos a los representantes han sido también considerados abusos y amenazas contra los representados.

Sin embargo, como ya hemos señalado, el privilegio parlamentario protege igualmente a los parlamentarios de las demandas presentadas por ciudadanos particulares, de modo que el reconocimiento del vínculo incuestionable entre representantes y representados no significa que los intereses de ambos colectivos sean idénticos. La salvaguarda del legislador frente a particulares quizás no figura de manera tan prominente en el mito cultural, pero en cualquier caso cuenta con profundas raíces históricas y continúa generando litigios en la era contemporánea.

Gibson describe la trascendencia de la sentencia motivada por la actuación de Sir Richard Strode, que aun siendo anterior a los conflictos del siglo XVII, fue mencionada en la respuesta al testimonio de Dominic Cummings frente a un Parliamentary Select Committee (Comité Parlamentario de Investigación) en 2021³⁹. Aunque la tecnología y las normas sociales han cambiado sustancialmente desde la Edad Moderna, el sistema jurídico debe seguir encontrando respuestas a problemas similares.

Strode, diputado de un pueblo minero de Cornualles, instó al Parlamento a prohibir a los mineros de estaño que arrojaran piedras y otros desechos a los ríos, comportamiento que había causado serios problemas a la población local. Para los mineros —muy contrariados con la ley propuesta—, encontrar alguna forma alternativa de deshacerse de las rocas y la basura iba a representar un auténtico quebradero de cabeza. Uno de los mineros agraviados presentó una demanda en un tribunal local de Cornualles, con jurisdicción especial sobre la extracción de estaño, afirmando que Strode había vulnerado sus derechos.

El órgano judicial dio la razón a los mineros y multó a Strode, que se negó a pagar y fue, por ello, encarcelado. Dado que Strode era un hombre influyente, fue puesto en libertad después de tres semanas gracias a la ayuda de algunos de sus amigos. Inmediatamente volvió a presentar una propuesta de ley prohibiendo la contaminación de los ríos, pero también solicitó, y logró, la aprobación de una ley que protegería sus palabras y acciones en el Parlamento⁴⁰.

La norma originaria únicamente otorgaba protección al Sr. Strode, pero en el transcurso del siglo XVII se amplió para cubrir a todos los parlamentarios y, finalmente se incorporó a la Declaración de Derechos, antes destacada⁴¹. Por lo tanto, desde su primera enunciación, la doctrina del privilegio incluyó la defensa de parlamentarios frente a otros ciudadanos, siendo la tiranía del ejecutivo únicamente una de las posibles amenazas frente a las que los parlamentarios podrían necesitar amparo.

Sin duda, los tribunales del siglo XXI son menos corruptos, los abusos judiciales son menos probables y los errores se corrigen más fácilmente. No obstante, es posible imaginar situaciones en las que, de no existir la prerrogativa, los litigios o el riesgo de litigios podrían disuadir a los diputados de intervenir en un debate libre y abierto en el Parlamento.

Aquellos remedios que están al alcance de las personas que son víctimas de *vexatious litigation* (*v. gr.* Civil Restraint Orders)⁴² no constituirían una solución para los parlamentarios atacados por su intervención en un tema o un debate particular, dado que requieren un proceso previo muy farragoso antes de que un tribunal conceda una orden. Además,

para que un órgano judicial otorgue una orden de protección, las demandas deben adolecer completamente de justificación o carecer de cualquier posibilidad de éxito alguno, condiciones muy difíciles de cumplir⁴³. Si el privilegio parlamentario no existiera, un Sr. Storde contemporáneo se enfrentaría a la ansiedad y al gasto que comportan la defensa frente a de demandas de personas potencialmente agraviadas y podría optar, en consecuencia, por no plantear cuestiones controvertidas en la Cámara.

Por ello, la justificación del privilegio parlamentario sigue siendo racional, y la necesidad de escudar al legislativo se ha convertido en una cuestión más real que teórica en los últimos tiempos. Además, si los parlamentarios no estuvieran protegidos, tendrían que trabajar en un ambiente abiertamente hostil que impactaría negativamente en su actividad, individual y colectiva.

Ahora bien, obviamente, existe la cuestión completamente distinta y legítima de *quis custodiet ipsos custodes* (quién custodia a los guardias). Como veremos más adelante, un aspecto importante del privilegio parlamentario es la idea de que el poder legislativo debe poseer un margen de libertad para regular sus propios asuntos —dado que es el órgano preponderante en el sistema británico— y rendir cuentas internamente, en lugar de externamente. Una muestra de esta autonomía interna es la adopción de sus propios procedimientos, reflejados en normas, algunas de ellas de considerable importancia —como por ejemplo, la práctica denominada Erskine May— que, sin embargo, no gozan de fuerza jurídica⁴⁴. Huelga decir que un análisis de la naturaleza de estos procedimientos, aun cuando sería fascinante, excede el alcance de este artículo.

No obstante, aunque las reflexiones anteriores son ciertas, no zanján la cuestión de si el funcionamiento actual del privilegio parlamentario es el adecuado. En las próximas secciones analizaremos este importante aspecto, así como el encaje de las dos dimensiones del privilegio en la Constitución británica.

4. LIBERTAD DE EXPRESIÓN DENTRO DEL PARLAMENTO

Actualmente, el privilegio parlamentario brinda protección completa e incondicional a las expresiones utilizadas en los debates parlamentarios. Obviamente, esta previsión refleja la decisión política de priorizar la eficiencia de la vida parlamentaria sobre los derechos de otros ciudadanos.

En *A. vs. UK*⁴⁵ un diputado describió a una persona de su circunscripción electoral como una «vecina del infierno». Evidentemente, este comentario era insultante y, por tanto, perjudicial para la reputación de la mujer en cuestión, pero el privilegio parlamentario supuso en la práctica que ella no tuviera la posibilidad de presentar una demanda por difamación⁴⁶. Al no poder contar con la protección de los tribunales ingleses, la demandante acudió a Estrasburgo, aduciendo que se habían violado los derechos contenidos en los artículos 6 y 8 de la Convención. Su petición no tuvo éxito, y la Corte dictaminó que la injerencia en los derechos de la demandante estaba justificada, teniendo en cuenta la razón

de ser del privilegio parlamentario y su importancia para la democracia. No obstante, el presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos expresó cierta preocupación por la naturaleza absoluta e inflexible del mismo.

En teoría, una persona que fuera insultada por un miembro del Parlamento podría solicitar, a través de otro parlamentario (el Comisionado Parlamentario de Normas no puede examinar las denuncias sobre lo que ocurre en la Cámara, por lo que una persona agraviada no podría plantear el asunto directamente)⁴⁷, que la Cámara de los Comunes o la Cámara de los Lores disciplinara a quien ha proferido el insulto. Sin embargo, este sería un proceso incierto y sin garantía de éxito. Además, en una acción por difamación general, el demandante puede recuperar los costes por el daño causado, pero si una persona perdiera su trabajo o su reputación profesional como resultado de rumores o mentiras vertidos por un diputado no dispondría de ningún mecanismo para obtener una compensación.

Sería importante no subestimar que este modelo puede perjudicar tanto a los parlamentarios como a los que no lo son. En el pasado, los diputados podían renunciar a su propio privilegio parlamentario para que las declaraciones hechas en la Cámara de los Comunes fueran examinadas en procedimientos judiciales, en virtud de una disposición legislativa ahora derogada⁴⁸. En *Hamilton vs. Fayed*⁴⁹, un diputado fue acusado durante un programa de televisión de hacer preguntas en la Cámara de los Comunes a cambio de dinero. Con el fin de entablar una acción por difamación, renunció a su privilegio para que sus declaraciones en el Parlamento pudieran ser examinadas en relación con la denuncia.

Ahora bien, como se ha dicho, los miembros del legislativo ya no tienen la capacidad de renunciar a privilegios, incluso en supuestos de difamación, por lo que un parlamentario o exparlamentario hoy no tendría ningún recurso fuera del ámbito legislativo⁵⁰.

Por supuesto, como otros ciudadanos, los parlamentarios son libres de iniciar acciones por difamación en aquellas circunstancias en las que el privilegio no sea un obstáculo, como han afirmado los tribunales⁵¹. Asimismo, la situación de los diputados que son difamados durante los debates en la Cámara de los Comunes es la misma que la de otros ciudadanos, pero obviamente tienen acceso preferencial a los procedimientos internos de la Cámara de los Comunes para responder a agravios y faltas de conducta.

En el siglo XXI los debates en la Cámara de los Comunes se transmiten por televisión e Internet y las declaraciones pueden aparecer instantáneamente en la prensa y en Twitter. Por ello, el potencial para dañar la reputación de otros es enorme. Incluso si la ley actual cumple con la Convención Europea, no está nada claro que sea la estrategia óptima. Dado que el privilegio parlamentario absoluto, debemos preguntarnos si un modelo más flexible quizás sería socialmente más efectivo.

Igualmente problemáticas son aquellas situaciones en las que un parlamentario utiliza el privilegio como escudo para vulnerar un orden judicial contra la divulgación de información confidencial.

En *CTB vs. Newsgroup Newspapers*⁵², el diputado liberal demócrata John Hemming utilizó el privilegio parlamentario para socavar deliberadamente una decisión de los tribunales que protegía la privacidad de un futbolista, al que señaló como la persona que,

se rumoreaba, había tenido un romance con una estrella de la televisión. Lo cierto es que no había razones políticas o sociales lo suficientemente contundentes que justificaran la revelación el nombre del futbolista en la Cámara de los Comunes. Su comportamiento le hizo acreedor de la condena de personas de todo el espectro político y fue acusado por otros parlamentarios de ser un autopublicista, y de interferir en la relación constitucional entre los tribunales y el Parlamento⁵³. En su defensa, afirmó que tenía una objeción moral al tipo de decisión ordenada por el tribunal, una defensa realmente poco convincente. En nuestros sistemas democráticos, la función de los jueces es interpretar y aplicar las leyes promulgadas por el Parlamento, y no es permisible ni deseable que un miembro del legislativo sustituya la voluntad de un juez por la suya propia simplemente porque desaprueba el razonamiento judicial o la aplicación de la ley.

Además, aunque la historia de un futbolista famoso y sus indiscreciones románticas atrajeron más la atención de la prensa, Hemming había revelado previamente información confidencial de los procedimientos de custodia de menores, pues en aquella ocasión se consideraba mejor cualificado que los jueces y los trabajadores sociales a la hora de determinar qué era mejor para los intereses de una familia vulnerable. Su comportamiento puso en peligro el bienestar de un niño que ya se encontraba en una situación difícil, y la cobertura absoluta concedida por el privilegio parlamentario facilitó que su acción peligrosa, egoísta e irresponsable no recibiera castigo alguno. Si un periodista hubiera publicado la misma revelación, se habría enfrentado, con razón, a una multa y posiblemente incluso a una pena de prisión.

Tampoco fue este un caso aislado, ya que otros parlamentarios han incurrido en conductas similares. En 2018, un miembro de la Cámara de los Lores, Lord Hain, decidió desvelar el nombre de un empresario acusado de maltratar a sus empleados⁵⁴. Además, resultó que Lord Hain tenía vínculos con el bufete de abogados que trabajaba con el periódico *Daily Telegraph* para desvelar el nombre del empresario⁵⁵. Una investigación de la Cámara de los Lores finalmente concluyó que Lord Hain no conocía dicha conexión, pero no contenía comentario alguno sobre la idoneidad de su uso del privilegio parlamentario.

Aunque es obvio que un hombre de negocios millonario acusado de intimidar y acosar sexualmente a su personal no es una figura que despierte mucha simpatía en la ciudadanía, el imperio de la ley debe aplicarse igualmente a todos los ciudadanos. Habiendo decidido un juez que la identidad de una persona ha de permanecer en la confidencialidad, esta decisión no debe ser revocada por un solo parlamentario basándose en sentimientos o convicciones morales personales y no en el imperio de la ley.

El privilegio que analizamos persigue proteger a los parlamentarios en el desempeño de su función legislativa, no a los miembros inconformistas del legislativo que deciden privar a los tribunales del ejercicio de su función sin contar para ello con mandato constitucional alguno. Tal realidad es preocupante porque en el sistema contemporáneo los parlamentarios son únicamente responsables ante el poder legislativo.

Una vez analizada esta primera dimensión del privilegio parlamentario, es el momento de detenernos en la segunda: el principio de *exclusive cognisance*.

5. EXCLUSIVE COGNISANCE

Como indicamos anteriormente, la capacidad del Parlamento para organizar sus actividades sin injerencias externas es otro aspecto clave de su independencia, y ha sido reconocido durante siglos como un factor esencial orientado a preservar la seguridad del legislador y de sus miembros frente a amenazas de intimidación u otras intromisiones. Sir William Blackstone lo analizó con aprobación y respeto en su célebre *Commentaries on the Laws of England*⁵⁶. Es importante enfatizar que *exclusive cognisance* es independiente del privilegio legal referente a la libertad de expresión, que depende del artículo IX de la Declaración de Derechos, como hemos destacado en la anterior sección de este artículo.

Exclusive cognisance forma parte de lo que se conoce desde tiempo inmemorial como *Common Law*, y aun cuando habitualmente este se define como el ordenamiento creado por los jueces y constituye uno de los elementos más característicos del modelo británico, la realidad es algo más sutil y compleja. La supremacía del Parlamento, o dicho de otro modo, la capacidad del poder legislativo para aprobar cualquier decisión o norma, es parte esencial del *Common Law* y los jueces han abrazado tal principio a lo largo de los siglos. De hecho, tal capacidad fue reconocida en la Revolución Gloriosa de 1688/1689 y, en la práctica, ha supuesto que el poder judicial haya priorizado siempre las normas del Parlamento, incluso en el supuesto de que sean contrarias a los valores y principios morales reconocidos por aquel⁵⁷.

Sin embargo, en los últimos años se ha abierto un debate sobre si hay ciertos aspectos de la Constitución británica que son tan fundamentales que incluso el poder legislativo no podría desafiarlos. El Tribunal Supremo (en aquellos momentos el Judicial Committee of the House of Lords) solo ha analizado la cuestión como una pregunta hipotética y se mostró dividido en su decisión (en cualquier caso no vinculante, pues era *obiter dicta*)⁵⁸. Como hemos afirmado, la respuesta tradicional ha sido siempre negativa, pues el poder del legislador era ilimitado, pero si esta ortodoxia férrea admite potencialmente excepciones, puede que sea apropiado designar a estos nuevos elementos constitucionales como algo diferente al *Common Law*. Teniendo esto en cuenta, cabría preguntarse si *exclusive cognisance* forma parte de ese conjunto de normas extremadamente importantes que quedarían fuera del poder omnipotente del legislativo.

En cualquier caso, dado que el principio de *exclusive cognisance* no está reconocido en una ley del Parlamento, su naturaleza y parámetros son menos claros que los aplicables al privilegio del artículo IX. Munro lo describe como «[...] una rama del privilegio parlamentario muy antigua, objeto de pocos litigios frente a los tribunales, y por consiguiente, en cierta manera oscura»⁵⁹ y, a nuestro entender, tanto la descripción que lleva a cabo este autor como su observación de que la falta de jurisprudencia hace más compleja la búsqueda de claridad en esta área son correctas.

Por un lado, es evidente que el poder legislativo normalmente debe tener jurisdicción exclusiva para gestionar sus propios asuntos, pero ¿qué sucedería en el supuesto de que se cometiese un delito durante los procedimientos parlamentarios? Se trata, por ahora, de un supuesto teórico, pero ¿cuál sería la posición si, por ejemplo, un parlamentario golpeará a

otro en el transcurso de un debate? Como afirma correctamente Barber, los miembros del legislativo siempre estuvieron sujetos a la ley, incluso dentro de la Cámara, pero surge la pregunta de quién puede hacerla cumplir⁶⁰. En términos históricos, esta hipotética persona habría sido claramente responsable frente al Parlamento, pero la solución contemporánea es incierta.

La última ocasión en que hubo violencia física entre parlamentarios (en contraste con la violencia verbal, que lamentablemente es más frecuente) fue en 1931⁶¹. John McGovern, diputado de Glasgow, se negó a volver a su asiento al no estar satisfecho con las respuestas ofrecidas por el secretario de Estado a las preguntas sobre el arresto de algunos ministros de culto escoceses. Tras ignorar la petición del portavoz, su acceso a la Cámara fue suspendido, pero McGovern rechazó marcharse. Cuando el *sergeant-at-Arms* acudió a expulsarlo por la fuerza, McGovern se defendió y otros diputados participaron en la trifulca.

En la década de 1930, la Cámara de los Comunes se regía por las normas de comportamiento de los varones de clase alta y, a pesar de que McGovern tenía un origen social muy diferente, se consideraba que una lucha entre hombres podría ser resuelta por la comunidad en la que acaeció; por ello, la falta de recursos externos al sistema de justicia penal no se consideró problemática.

Obviamente, si acaeciera un incidente similar en 2021, la respuesta sería muy diferente. Si un parlamentario agrediese física o sexualmente a otro en la Cámara, ¿sería suficiente, o incluso posible, una respuesta meramente interna, considerando los derechos fundamentales del acusador y del acusado? La cuestión ha sido más debatida en relación con los Select Committees (Comités parlamentarios de investigación) y los poderes concretos respecto a las personas que se niegan a asistir a sus convocatorias o que han mentido deliberadamente. En este contexto, la Cámara de los Comunes goza del poder para ordenar el encarcelamiento de estos individuos y los tribunales así lo han reconocido⁶².

Sin embargo, mucho antes de que se promulgara la Human Rights Act de 1998, la Cámara de los Comunes reconoció que necesitaba usar sus poderes coercitivos con extrema moderación⁶³. En teoría, los comportamientos anómalos que se producen en el seno del poder legislativo pertenecen al ámbito del principio (o la doctrina) de *exclusive cognisance* y su gestión corresponde al Parlamento, no a los tribunales o a la policía. Claramente, esta no es una respuesta satisfactoria, dado que el poder legislativo tiene jurisdicción exclusiva, pero no posee los mecanismos para investigar un incidente o imponer sanciones a fin de que se respeten los artículos 6 y 8 y los demás derechos de las personas involucradas. Además, recientemente hemos presenciado polémicas en torno al trato del personal de la Cámara de los Comunes y la idoneidad de un proceso exclusivamente interno para dar respuesta a dichas quejas ha suscitado serias dudas⁶⁴.

Teniendo todo esto en cuenta, no podemos descartar que en un futuro se produzcan conductas delictivas a las que sería aplicable el privilegio parlamentario, por lo que resulta pertinente preguntarnos qué han sostenido los tribunales al respecto.

Una sentencia muy relevante del Tribunal Supremo ha afirmado que el Parlamento no tiene jurisdicción exclusiva sobre asuntos penales⁶⁵. Esta fue la opinión de Lord Phillips en

R. vs. Chaytor, que sugirió que el legislador podría renunciar al privilegio en los supuestos en los que su fuente fuese el principio de *exclusive cognisance* en lugar del artículo IX de la Declaración de Derechos. Una renuncia voluntaria del Parlamento a sus privilegios constituiría una solución apropiada, ya que si por su propia iniciativa transfiriera el citado asunto a los tribunales, no se produciría un menoscabo de su posición ni del equilibrio entre el poder legislativo y el judicial.

Sin embargo, esta propuesta presenta dos problemas fundamentales. En primer lugar, es posible que no refleje, estrictamente, la situación legal contemporánea. De hecho, Lord Clarke o Lord Rodger no parecen apoyar la tesis de su compañero, e incluso los comentarios de Lord Phillips son simplemente *obiter dicta*. Recordemos que, en el Derecho británico, declaraciones *obiter* no crean precedentes y no son vinculantes. Suelen ser comentarios hipotéticos y especulativos, y es muy posible que surjan con posterioridad importantes factores que, naturalmente, no pudieron ser anticipados por el juez que realizó dicho comentario.

En segundo lugar, si el Parlamento tiene, presuntamente, la responsabilidad de renunciar a los privilegios, ¿qué sucede si se niega a hacerlo? Aunque no tuvo éxito, el líder de la Cámara de los Comunes intentó que se celebrara un debate sobre las acusaciones de intimidación y acoso sexual al personal de la Cámara de los Comunes⁶⁶. No cabe duda de que influyentes figuras, como el líder de la Cámara en este caso, creen que los parlamentarios deben asumir la responsabilidad por estas cuestiones y no solicitar un panel independiente que los investigue, y es más que probable que los miembros del legislativo se resistirán a renunciar al privilegio. Los intereses políticos de los partidos políticos, en conjunción con los prejuicios sociales sobre las mujeres, los homosexuales, las minorías étnicas y otros grupos vulnerables, podrían llevarles a aferrarse al privilegio, privando, en consecuencia, de un remedio a las víctimas de los delitos.

Por supuesto, todas estas consideraciones solo son aplicables cuando el principio de *exclusive cognisance* entra en juego, por lo que es fundamental determinar los parámetros de esta doctrina. Un tribunal del siglo XIX dictaminó que, una vez que un asunto queda cubierto por el privilegio parlamentario, ningún tribunal tendrá jurisdicción, pero cuando hay ambigüedad, el poder judicial deberá resolver la cuestión⁶⁷.

Esto significa que el Parlamento no podrá ampliar los límites de su privilegio, principio confirmado solo hace unos años en *R. vs. Chaytor*⁶⁸, decisión que acabamos de destacar. Esta sentencia fue la respuesta a un escándalo provocado por los gastos fraudulentos (falsedad en las dietas) de tres miembros de la Cámara de los Comunes y dos de la Cámara de los Lores, que intentaron argumentar que el privilegio parlamentario los protegía del enjuiciamiento penal y que solo podían estar sujetos a la disciplina del Parlamento. El Tribunal Supremo rechazó esta justificación y mantuvo que sus actividades no quedaban resguardadas por el tantas veces aludido privilegio.

Sin duda, esta decisión es correcta, puesto que los parlamentarios participan en muchas actividades en el cumplimiento de sus funciones, y los tribunales deben tener jurisdicción para la mayoría de las acciones que lleven a cabo fuera de Westminster. Por ejemplo, sería

absurdo que un diputado pudiera escapar a un proceso penal por conducir bajo los efectos del alcohol habiendo cometido el delito cuando regresaba a casa tras una reunión con sus electores.

En este caso, la posición jurídica era clara, y el Tribunal Supremo también era consciente de la indignación ciudadana ante estos deplorables hechos. Otros servidores públicos se enfrentan a muy severas sanciones penales por fraude o uso indebido del dinero público. Es comprensible que el hecho de que un diputado o un miembro de la Cámara de los Lores pudiese escapar del castigo causara ira social. Algunos de los parlamentarios involucrados llegaron a ir a prisión por sus acciones, decisión que fue ampliamente celebrada⁶⁹.

Ahora bien, en *Chaytor* el privilegio parlamentario no se aplicó. ¿Cuál habría sido la respuesta social a la aparente injusticia si un miembro del legislativo hubiese podido escapar de una sanción penal por la aplicación del privilegio? Como hemos visto, no está claro cuál sería la respuesta jurídica o política si un diputado delinquiese en el transcurso de un debate en la Cámara de los Comunes. Por ejemplo, si una parlamentaria fue víctima de un *upskirting* (acoso sexual) cometido por un compañero sentado a su lado durante un debate, ¿sería aceptable que no pudiese acudir a los tribunales? Esto sería simplemente absurdo. Desde 2019, las mujeres que trabajan en sectores distintos a la política están protegidas de esta forma de acoso por la ley penal⁷⁰, por lo que nadie entendería que los miembros del legislativo necesitasen una excepción.

Todas estas reflexiones siguen suscitando interrogantes sobre el modo en que funciona el privilegio parlamentario en el siglo XXI y si el mismo es adecuado para satisfacer las demandas de la ciudadanía británica.

6. PRIVILEGIO PARLAMENTARIO Y DEBATES CONSTITUCIONALES ACTUALES

Hasta ahora hemos identificado una serie de ventajas, pero también algunos aspectos extremadamente problemáticos del privilegio parlamentario. Nos corresponde ahora preguntarnos cómo se relacionan tales ventajas e inconvenientes con los debates constitucionales más generales.

Puede resultar útil resumir nuestras conclusiones a las que hemos llegado hasta este momento, comenzando con las facetas positivas:

i) El privilegio parlamentario es necesario para proteger al legislador de interferencias externas perjudiciales, en particular del uso indebido del poder ejecutivo. Después de *Miller I* y *Miller II*, la necesidad de proteger al Parlamento de los abusos del Gobierno es evidente, mucho más que un problema hipotético. Adicionalmente, su reconocimiento por la Declaración de Derechos significa que se concibe como un instituto fundamental de la Constitución británica y una garantía de libertad valorada por miembros de la doctrina y del espectro político. Constituye, como hemos visto, un elemento decisivo del mito constitucional.

ii) Además de los abusos del poder ejecutivo, los parlamentarios necesitan protección frente a ciertas reclamaciones de individuos particulares. Estas interpelaciones pueden ser tanto ataques deliberados para disuadir a parlamentarios de hablar abiertamente en la Cámara como auténticas demandas judiciales. En ambos supuestos, la desprotección de los miembros del poder legislativo sería perjudicial para el proceso democrático.

Sin embargo, además de estos atributos positivos, también encontramos una serie de aspectos negativos:

i) Las víctimas de difamación por parte de miembros del legislador no tienen posibilidad de reparación, independientemente de las circunstancias o del daño causado.

ii) Los parlamentarios son libres de interferir en el trabajo de los tribunales, ignorando las órdenes judiciales sin que se produzcan consecuencias. Desafortunadamente, algunos individuos irresponsables se aprovechan de estas circunstancias y a veces llegan a poner en peligro a ciudadanos vulnerables.

iii) La extensión del privilegio parlamentario puede resultar confusa en situaciones en las que no existe un precedente judicial.

iv) No está clara la relación entre el tantas veces citado privilegio y el Derecho penal, por lo que existe la posibilidad real de que las víctimas de delitos se queden sin ningún tipo de resarcimiento.

En resumen, aun cuando el mantenimiento del privilegio parlamentario es fundamental, algunos de sus aspectos requieren una urgente modificación. ¿Cuáles son las propuestas de reforma que se están barajando?

Saunders propone que la codificación resolvería el problema de la incertidumbre y contribuiría a garantizar el respaldo de la ciudadanía, especialmente en lo concerniente a la aplicación del Derecho penal⁷¹. Ciertamente, la advertencia de este autor de que existe un riesgo real de causar ofensas al público está justificada, pues existen demasiadas dudas sobre el posible sometimiento de un parlamentario al ordenamiento penal, mientras que los demás ciudadanos no podrían escapar nunca al imperio de la ley.

Sin embargo, en mi opinión, centrarse en la codificación nos conduce inevitablemente a ignorar el verdadero problema. Al principio de este artículo rechazamos que se sobrestimara la importancia de la codificación cuando analizamos las diferencias entre diversas Constituciones, y esas reflexiones resultan igualmente aplicables a las propuestas de Saunders. Un texto escrito requeriría aún una posterior interpretación y se leería de conformidad con la jurisprudencia. Además, si el documento escrito propuesto no respetase los valores y las expectativas de la sociedad en general, generaría disputas, litigios y frustración. Comunicar a la ciudadanía que la inmunidad de los parlamentarios procede de su reconocimiento expreso en un documento codificado no reduciría la indignación de la sociedad si esta la considerase una injusticia flagrante.

Tampoco debería subestimarse el hecho de que el Parlamento ha rechazado sistemáticamente la codificación por temor a que la misma debilite la eficacia del privilegio parlamentario y aumente el control de los tribunales, provocando la merma de la flexibilidad del sistema actual⁷². En términos puramente pragmáticos, si la codificación no es la panacea y el poder legislativo es hostil a su introducción, probablemente no deberíamos librar esta batalla, máxime porque nos impide responder las verdaderas preguntas que han guiado esta investigación: la función del Parlamento y las necesidades de sus miembros para desempeñar su labor.

En cualquier caso, comprender la actual realidad política y social del Reino Unido es clave para nuestro futuro desarrollo jurídico. Algunos miembros de la doctrina, por ejemplo Gearty, argumentan que el trauma del proceso del *brexít* ha cambiado el *statu quo* constitucional y que, en consecuencia, determinadas transformaciones radicales son inevitables⁷³. La interacción entre el Parlamento, el ejecutivo y la ciudadanía continuará siendo un tema de debate en los próximos años, y también la división de poderes seguirá siendo una cuestión espinosa⁷⁴.

Respecto al privilegio parlamentario, el legislador ha expresado la importancia de que se respete su autonomía, y los tribunales han aceptado ese reclamo⁷⁵. Por lo que concierne a doctrina de *exclusive cognisance*, el poder legislativo ha mostrado su preocupación por mantener límites claros, pero también ha dado muestras de flexibilidad. Por ejemplo, el principio judicial de que los tribunales pueden analizar los informes de los procedimientos parlamentarios si existe ambigüedad sobre el significado de la ley y la intención del legislador ha sido respetado por este, si bien ha mostrado siempre un grado considerable de cautela⁷⁶. El Parlamento acepta que la práctica actual de que los jueces utilicen informes para comprender y hacer efectiva la intención del legislador no constituye una infracción de su privilegio, pero ha indicado su voluntad de legislar sobre el tema si aquella práctica invade su ámbito competencial⁷⁷.

Igualmente, sería ingenuo imaginar que es posible analizar las relaciones entre el Parlamento y el poder judicial en lo concerniente al privilegio parlamentario sin tener en cuenta las tensiones políticas y la interpretación de la Human Rights Act⁷⁸. La retórica de los gobiernos conservadores sobre la necesidad de rechazar la ampliación del papel judicial ha resultado persuasiva para muchos ciudadanos. Este sector de la sociedad británica argumentaría que el equilibrio entre intereses en conflicto es una decisión política, y que debería quedar fuera del ámbito judicial. Otros ciudadanos se oponen firmemente a esta perspectiva y sostienen que el poder judicial ejerce un rol vital en la salvaguarda de los derechos humanos y otros valores constitucionales.

Este debate es, obviamente, distinto del que atañe a la cuestión específica del futuro del privilegio del Parlamento, pero la manera en que se perciba el poder judicial y su función constitucional determinará la respuesta a la pregunta de si debe reformarse la relación entre el legislador y los tribunales en aquel ámbito: por ejemplo, ¿debería prohibirse a los jueces examinar los procedimientos parlamentarios incluso con fines interpretativos? Alternativa-

mente, ¿debería reemplazarse el privilegio absoluto por otro limitado en algunos contextos y atribuir a los tribunales más responsabilidad para determinar su alcance y aplicación?

En cualquier caso, huelga decir que la relación entre el poder judicial y parlamentario en el contexto británico es obvia e inevitablemente muy diferente a la dinámica que se observa en un país con una constitución codificada, y hay dos razones para ello: *i)* no existe un texto acordado y universalmente aceptado como la encarnación definitiva de las normas colectivas; y *ii)* el mecanismo para la designación de jueces no está diseñado para autorizarles a cuestionar las decisiones de los representantes electos.

Si bien en otros sistemas de *Common Law* con una Constitución codificada, fundamentalmente los Estados Unidos, se producen frecuentes e intensos debates sobre el funcionamiento del sistema de nombramientos judiciales, como Hartmann reconoce, se asume que el poder judicial existe para mantener bajo control tanto al poder ejecutivo como al legislativo⁷⁹. Sin embargo, el sistema británico es muy diferente, y ha evolucionado para otorgar a los jueces el poder de regular las actuaciones del poder ejecutivo, pero no del legislativo. De hecho, no existe un mandato constitucional para que esto suceda en el marco de la ley, y claramente la opinión pública no es partidaria de seguir esta vía, lo que conduce a que la soberanía parlamentaria siga sin ser cuestionada en la actualidad⁸⁰.

Teniendo todas estas reflexiones en cuenta, y considerando que la dirección de viaje de la Constitución británica aún es incierta, ¿podemos llegar a alguna conclusión útil sobre el posible futuro del privilegio parlamentario? Por las razones que expondré a continuación, mi respuesta es que sí resulta posible.

7. CONCLUSIONES

Comenzamos este trabajo destacando que el Reino Unido no ha experimentado un «momento» revolucionario (al menos en las islas de Gran Bretaña) desde el siglo XVII. No ha habido una gran declaración de la Constitución, equivalente a «Nosotros, el pueblo», y ello ha propiciado una posición constitucional teórica divorciada de la realidad. Los orígenes del Parlamento en su forma moderna representaron un mecanismo para permitir que un sector particular de la élite social influyera y controlara a los otros, pero paulatinamente se convirtió en un vehículo de la democracia representativa, aun cuando la teoría aún debe converger con la realidad. Hay diferentes modelos posibles para reformar el privilegio parlamentario, de modo que, al elegir uno de ellos, sería útil que nos guiemos por el papel fundamental del Parlamento, dado que, independientemente de los debates constitucionales actuales, seguirá siendo el órgano principal en la Constitución británica.

Como hemos destacado, la importancia de la protección contra la presión externa o el acoso, ya sea por parte del ejecutivo o de individuos privados, es innegable. Debe preservarse la libertad de expresión en el Parlamento, pero esto no exige una protección absoluta

de todas las palabras y acciones que se vierten o se realizan en sus procedimientos internos. Este tipo de salvaguarda tenía sentido cuando el objetivo era promover los intereses de un grupo elitista de finales del siglo XVII, pero en 2021 no es justificable.

El factor dirimente para determinar si conservamos o reformamos ciertos aspectos del privilegio parlamentario es si estos protegen la independencia y la seguridad del Parlamento. Por ello, es difícil aceptar las razones por las que los diputados necesitan una inmunidad general por los delitos cometidos en la sede del legislativo. Si bien podría ser inapropiado permitir el enjuiciamiento de algunos delitos —por ejemplo, el *hate speech*, ya que interferiría con la libertad de expresión y, por lo tanto, con el desempeño del papel fundamental del legislador—, sería muy complicado justificar el argumento de acuerdo con el cual eximir a un diputado del enjuiciamiento después de golpear a un colega sería perjudicial para la preservación del debate libre en el corazón de la democracia.

Igualmente, si un tribunal ya ha dictado una orden respecto a una situación concreta, ese asunto está dentro del ámbito judicial, y el hecho de que un parlamentario se apropie de la función de juez no contribuye a la labor constitucional del Parlamento, sino que obstaculiza la legítima labor del poder judicial. Una vez más, en esta situación no es lógico permitir que se aplique el privilegio parlamentario, pues ello no favorece en modo alguno el desempeño de la función legislativa.

Sin duda, habrá algunos casos más difíciles en los que podría adoptarse más de una solución de manera justificada. Por ejemplo, mantener la prohibición completa de las acciones de difamación proporciona una protección fuerte y clara. Si se permitieran acciones de difamación en algunas circunstancias, los parlamentarios podrían adoptar una actitud de autocensura y, en consecuencia, el debate podría volverse menos honesto y abierto. Los individuos y grupos con verdadera capacidad de demandar podrían ejercer una presión real o amenazante sobre los diputados, dañando el interés público al restringir el debate, tan necesario en la vida democrática. Por otro lado, sería injusto que una persona sufriera daños en su reputación y sus finanzas como resultado de palabras imprudentes, o incluso maliciosas, expresadas en el Parlamento. Como vemos, este es un claro ejemplo de que tanto mantener el privilegio absoluto como reemplazarlo por una forma de privilegio limitado tendrían ventajas, y una muestra clara de la naturaleza manifiestamente compleja de este privilegio.

Por ello, reconocemos que, aunque no hay soluciones fáciles en todos los supuestos, al centrarnos en la finalidad del privilegio parlamentario en el siglo XXI para decidir cuál debería ser su ámbito, sí resulta posible discernir rutas racionales y justificables. Si las decisiones se toman con el objetivo de proteger el papel del legislativo —su funcionamiento para el bien colectivo, en contraposición a los intereses específicos de sus miembros—, es probable que logremos el modelo adecuado y que también contemos con el apoyo y la comprensión de la ciudadanía, imprescindibles en todo sistema democrático.

NOTAS

1. «Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una unión más perfecta, establecer la justicia, asegurar la tranquilidad doméstica, proveer la defensa común, promover el bienestar general y asegurarnos las bendiciones de la libertad para nosotros y para nuestra posteridad, ordenamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América».
2. Bicheno (2003).
3. La unión entre Inglaterra y Escocia tuvo lugar en 1707, momento que se considera el nacimiento de Gran Bretaña. La unión con Irlanda, y, con ella, la creación del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda se produciría en 1800. No sería hasta el siglo XX cuando lo que hoy día es la República de Irlanda conseguiría su independencia del Reino Unido.
4. Feldman (2005).
5. Constitución de los Estados Unidos, Segunda Enmienda.
6. Cornell (2008).
7. A lo largo de este trabajo utilizaremos este término, que es la traducción literal de la expresión inglesa *parliamentary privilege*.
8. Purkiss (2008: 267-287).
9. Es interesante destacar que en el actual modelo bicameral, únicamente the House of Commons es elegida por la ciudadanía, mientras que los miembros de the House of Lords son nombrados, en su mayoría, por el Gobierno.
10. Bennett (2014: 1-50).
11. Robertson (2010).
12. Robinson (2016).
13. Hammer (1997).
14. Vallance (2006).
15. Equal Franchise Act, 1928.
16. Zappettini y Krzyżanowski (2021: 5-20).
17. BBC News (2016). EU Referendum Results.
18. Stafford (2020).
19. Craig (2017).
20. *R (Miller) vs. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5.
21. *R (Miller) vs. The Secretary of State for Exiting the European Union* [2016] EWHC 2768 (Admin); *Re McCord, Judicial Review* [2016] NIQB 85; *For the Miller and Dos Santos application only*. Disponible en: <Divisional Court (Queen's Bench Division) of the High Court (England and Wales) (EWHC (QBD))>.
22. *R (Miller) vs. The Prime Minister* [2019] UKSC 41.

23. *R (Miller) vs. The Prime Minister* [2019] EWHC 2381 (QB); *R (McCord) vs. The Prime Minister* [2019] NIQB 78.
24. *Cherry vs. Advocate General* [2019] CSIH 49.
25. Russell (2019).
26. Heath (2019).
27. *Vid.* Nota a pie de página 30, art. IX Declaración de Derechos 1688/89, y *TB vs. News Group Newspapers Ltd and another* [2011] All ER (D) 227 (May).
28. Vamos a utilizar la expresión inglesa a lo largo de este trabajo, refiriéndonos en todo momento a la supuesta libertad parlamentaria para organizar sus actividades sin injerencias externas, como hemos apuntado en el texto principal. Por su trascendencia, la siguiente sentencia es de gran interés: *R. vs. Chaytor* [2010] UKSC 52.
29. Elliott y Thomas (2017: 200-203).
30. *Ibidem.*
31. Winzeler (2008: 120-122).
32. Magyar (2021).
33. Parpworth (2014).
34. «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». A pesar de la importancia de la Declaración de Derechos, sería conveniente destacar que la mayor parte de las fuentes que utilizaremos en el análisis del privilegio parlamentario serán decisiones judiciales, y no legislativas, lo cual es una característica esencial del modelo británico que lo diferencia, indiscutiblemente, de los sistemas europeos continentales.
35. BBC (2015).
36. Lord Dyson (2011).
37. Elliott (2014).
38. Incluiría *freedom from assault, freedom from inappropriate arrest and detention*. Hemos decidido utilizar el término inglés, pues no encontramos un equivalente en castellano que reflejase los contenidos del mismo.
39. Gibson (2021).
40. Privilege of Parliament Act, 1512 (Strode's Act).
41. *R. vs. Eliot, Hollis and Valentine* (1629) 3 St Tr 294.
42. Taylor-Bryne y Escott, (2020).
43. HM Government, Civil Restraint Orders. Civil restraint orders - GOV.UK. Disponible en: <www.gov.uk>.
44. UK Parliament, Erskine May. Disponible en: <https://erskinemay.parliament.uk>./
45. *A. vs. UK* (2002) EHRR 517.

46. El concepto de *defamation*, tal y como es utilizado en Inglaterra y Gales, difiere de los mecanismos previstos en el Derecho español para proteger la reputación de los ciudadanos. Por tanto, utilizaremos este término, que traduciremos como difamación a lo largo de todo este artículo para referirnos a falsas expresiones que causan daño a la reputación del demandante y que pueden ser bien orales y transitorias (*slander*), bien permanentes (*libel*). Si tal declaración puede llegar a producir tal daño, es al demandado a quien le compete justificar frente al tribunal que no incurrió en falsedad alguna y que, por ello, sus afirmaciones no fueron difamatorias. El sistema que acabamos de explicar no resulta aplicable a los miembros del Parlamento debido a la existencia del privilegio parlamentario.

47. UK Parliament, «Allegations and Complaints Against MPs».

48. Defamation Act, 1996 s13.

49. *Hamilton vs. Fayed* [2001] AC 395.

50. Deregulation Act, 2015 Sch 23, para 44.

51. *Yeo vs. Times Newspapers Ltd* [2015] EWHC 2132.

52. *CTB vs. News Group Newspapers Ltd and another* [2011] All ER (D) 227 (May).

53. Watt (2011).

54. *ABC and others vs. Telegraph Media Group Ltd* [2018] EWCA Civ 2329.

55. Elgot (2019).

56. Blackstone (1765),

57. *Somerset vs. Stewart* (1772) 98 ER 499. El tribunal dictaminó que la esclavitud era moralmente incompatible con los valores de justicia y libertad dentro del sistema de *Common Law*. El juez reconoció que si la ley del Parlamento lo autorizara, los tribunales tendrían que respetar esa norma. Sin embargo, no existía tal ley del Parlamento, por lo que los tribunales no estaban dispuestos ni eran capaces de considerar a un ser humano como esclavo.

58. *R (Jackson) vs. AG* [2005] UKHL 56. *Vid.*, en esta misma sección, la reflexión sobre *obiter dicta* en *Chaytor*.

59. Munro (2011).

60. Barber (2000).

61. *Hansard* 1803-2005, 2 July 1931, Commons Sitting.

62. *Stockdale vs. Hansard* (1839) 9 Ad & El, 1.

63. Resolution of the House of Commons, 6 February 1978.

64. Young y Bailey (2021).

65. *R vs. Chaytor* [2011] 1 Cr App R 22, 274, para 83.

66. Topping (2020).

67. *Stockdale vs. Hansard* (1839) 9 Ad & El, 1.

68. *R vs. Chaytor* [2011] 1 Cr App R 22, 274.

69. BBC (2011).

70. Sexual Offences Act, 2013, as amended.
71. Saunders (2017: 521).
72. House of Lords and House of Commons Joint Committee on Parliamentary Privilege (2013). Disponible en: <<https://publications.parliament.uk/pa/jt201314/jtselect/jtprivi/30/30.pdf>>.
73. Gearty (2019).
74. Masterman (2010).
75. *R. vs. Chaytor* [2011] 1 Cr App R 22.
76. *Pepper vs. Hart* [1992] UKHL 3.
77. House of Lords and House of Commons Joint Committee on Parliamentary Privilege (2013). Disponible en: <<https://publications.parliament.uk/pa/jt201314/jtselect/jtprivi/30/30.pdf>>.
78. García Oliva y Hall (2021).
79. Hartmann (2019).
80. García Oliva y Hall (2019).

BIBLIOGRAFÍA

- BARBER, Neil (2000): «Sovereignty re-examined, the courts, parliament and statute», *Oxford Journal of Legal Studies*, 131.
- BBC Newsroom (2015): «David Cameron: I'll fix the human rights mess» *BBC News* [en línea] <David Cameron: I'll fix human rights 'mess' - BBC News>.
- BBC Newsroom (2011): «MPs expenses: David Chaytor jailed over false claims» *BBC News* [en línea] <MPs' expenses: David Chaytor jailed over false claims - BBC News>.
- BENNETT, Martyn (2014): *The English Civil War: 1640-1649*, Londres: Routledge.
- BICHENO, Hugh, (2003): *Rebels and Redcoats: The American Revolutionary War*, Londres: Harper.
- BLACKSTONE, William (1765): *Commentaries on the Law of England*, Oxford: Clarendon Press.
- CORNELL, Saul (2008): *The Founding Fathers and the Origins of Gun Control in America*, Oxford: OUP.
- CRAIG, Robert (2017): *Miller: Supreme Court: Case Summary*, UK Constitutional Law Association Blog [en línea] <Robert Craig: Miller Supreme Court Case Summary – UK Constitutional Law Association>.
- DYSON, John Anthny (2011): «What is wrong with human rights», Supreme Court [en línea] <https://www.supremecourt.uk/docs/speech_111103.pdf>.
- ELGOT, Jessica (2019): «Watchdog dismisses Sir Philip Green complaint against Peter Hain» *The Guardian* [en línea] <Watchdog dismisses Sir Philip Green complaint against Peter Hain | Philip Green | The Guardian>.
- ELLIOTT, Mark (2014): «My analysis of the Conservative Party's proposals for a British Bill of Rights», *Public Law for Everyone*, [en línea] <My analysis of the Conservative Party's proposals for a British Bill of Rights – Public Law for Everyone>.
- ELLIOTT, Mark y Robert THOMAS (2017): *Public Law*, Oxford: OUP.
- FELDMAN, David (2005): «None, One or Several: Perspective on the UK's Constitution(s)» *Cambridge Law Journal*, 64(2), 329-351.
- GARCÍA OLIVA, Javier y Hellen HALL (2019): *Law, Religion and the Constitution: Balancing Beliefs in Britain*, Londres: Routledge.

- GARCÍA OLIVA, Javier y Helen HALL (2021): «The Shamima Begum Ruling: The Right to a Fair Hearing» *Balancing Beliefs Blog* [en línea] <The Shamima Begum Ruling: the Right to a Fair Hearing - Religion, law and the constitution (manchester.ac.uk)>.
- GEARTY, Conor (2019): «She's dead of course: The British Constitution, Brexit and Human Rights», *LSE Thinks Blog* [en línea] <'She's dead of course!' The British constitution, Brexit and human rights | LSE BREXIT>.
- GIBSON, William (2021): «From the Dungeons of Dartmoor» *New Law Journal*, 02 July.
- HAMMER, Jane (1997): *A Life History of Richard Cromwell: Protector of the United Kingdom 1658-1659/60 the English Sovereign who Served According to the Constitution Written by the People of England, Scotland and Ireland*, Erith: Vantage Press.
- HARTMANN, Thom (2019): *The Hidden History of the Supreme Court and the Betrayal of America*, Oakland: Berrett Koehler.
- HEATH, Alistair (2019): «Remainers have turned Parliament into an anti-democratic monstrosity», *The Telegraph* [en línea] <Remainers have turned Parliament into an anti-democratic monstrosity (telegraph.co.uk)>.
- House of Lords and House of Commons Joint Committee on Parliamentary Privilege (2013) [en línea] <<https://publications.parliament.uk/pa/jt201314/jtselect/jtprivi/30/30.pdf>>.
- MASTERMAN, Roger (2010): *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution: Judicial Competence and Independence in the United Kingdom*, Cambridge: CUP.
- MAGYAR, John (2021): «The slow death of a dogma: The prohibition of legislative history in the XX century» *Common Law World Review*, 50(2-3), 120-154.
- MUNRO, Colin (2011): «Parliamentarians, privilege and prosecutions», *Scots Law Times*, 10 November.
- PURKISS, Diane (2008): *The English Civil War*, Londres: Harper.
- PARPWORTH, Neil (2014): «Extended Reach?», *New Law Journal*, 06 June.
- ROBERTSON, Geoffrey (2010): *The Tyrannicide Brief: The Story of the Man who sent Charles I to the Scaffold*, Londres: Random House.
- ROBINSON, Gavin (2016): *Horses, People and Parliament: Extracting Resources and Constructing Allegiance*, Londres: Ashgate.
- RUSSELL, Meg (2019): «What a Rhetoric of Parliament versus the people is both dishonest and dangerous», *The Constitution Unit Blog* [en línea] <Why a rhetoric of 'parliament versus people' is both dishonest and dangerous | The Constitution Unit Blog (constitution-unit.com)>.
- SAUNDERS, John (2017): «Parliamentary Privilege and Criminal Law» *Criminal Law Review*, 7, 521-536.
- STAFFORD, Chris, (2020): «Brexit: How MPs struggled to reflect their voters», *Political Studies Association* [en línea] <Brexit: How MPs struggled to reflect their voters | The Political Studies Association (PSA)>.
- TAYLOR-BRYNNE, Vanessa y Jenny ESCOTT (2020): «Dealing with a vexacious litigant: a time to show restraint», *DAC Beachcroft* [en línea] <Dealing with a vexatious litigant — a time to show restraint (dacbeachcroft.com)>.
- TOPPING, Alexandra, (2020): «Rees-Mogg loses vote to let MPs debate bullying claims», *The Guardian* [en línea] <Rees-Mogg loses vote to let MPs debate bullying claims | Politics | The Guardian>.
- VALLANCE, Edward (2006): *The Glorious Revolution: England's Fight for Liberty*, Londres: Hachette.
- WATT, Nicholas (2011): «John Hemming, the MP who outed Ryan Giggs in Superinjunction row», *The Guardian* [en línea] <John Hemming: the MP who outed Ryan Giggs in superinjunctions row | Superinjunctions | The Guardian>.
- WINZELER, Robert (2008): *Anthropology and Religion: What we know, think and question*, Nueva York: Bowman and Littlefield.

YOUNG, Vicki y Ben BAILEY (2021): «I had my political career taken away from me» *BBC News* [en línea] <I had my political career taken away from me' – BBC News>.

ZAPPETTINI, Franco y Michal KRZYŻANOWSKI (2021): *Brexit As A Social and Political Crisis*, Abingdon: Routledge.

Fecha de recepción: 1 de agosto de 2021.

Fecha de aceptación: 29 de octubre de 2021.

EL CONTORNO DE LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS EN ALEMANIA* THE DELIMITATION OF PARLIAMENTARY PRIVILEGES IN GERMANY

Susana Sánchez Ferro

Profesora Titular de Derecho constitucional
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El artículo analiza la situación actual de las prerrogativas parlamentarias en Alemania y pone el foco en el caso *Pofalla II*, resuelto por el Tribunal Constitucional alemán en el año 2001, que supuso un antes y un después en este campo, sobre todo en relación con la inmunidad. Además de reafirmar la actualidad de las prerrogativas parlamentarias y la necesidad de seguir contando con ellas como garantía de la representación y del buen funcionamiento del trabajo parlamentario, el Tribunal Constitucional alemán acotó el margen de decisión del *Bundestag* y reconoció al diputado individual una pretensión, fundada en su estatus constitucional —y, en concreto, en la libertad de mandato—, para que la decisión sobre su inmunidad no fuera arbitraria. Esa conexión con la libertad de mandato del diputado es extrapolable a la inviolabilidad.

PALABRAS CLAVE

Prerrogativas parlamentarias, inmunidad, inviolabilidad, Derecho constitucional alemán.

ABSTRACT

The article reviews the situation of parliamentary privileges in Germany, focusing on the *Pofalla II* case. This case was decided in 2001 by the German Constitutional Court and marked a milestone. The Constitutional Court, reaffirming the usefulness of parliamentary privileges as a way to preserve the representativeness and functioning of Parliament, limited the margin of appreciation of Parliament as to the decision to lift the immunity of members of Parliament (MPs) and recognised them an entitlement to get a non-arbitrary decision by the German Constitutional Court about their immunity, thus based on their constitutional status and, specifically, on their freedom of mandate. This MP status can also be linked to freedom of speech of MPs in Parliament.

KEYWORDS

Parliamentary privileges, immunity, freedom of speech of MPs, German Constitutional Law.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2021.029>

* Este artículo se ha realizado en el marco del proyecto DER2015-69217-C2-1-R, «Reforma constitucional: problemas filosóficos y jurídicos», codirigido por los profesores Juan Carlos Bayón y José María Sauca y financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

EL CONTORNO DE LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS EN ALEMANIA

Susana Sánchez Ferro

Profesora Titular de Derecho constitucional
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario: 1. La inmunidad y la inviolabilidad en Alemania: el Derecho positivo. 1.1. La regulación constitucional de la inviolabilidad a nivel federal y estatal. 1.2. La regulación constitucional de la inmunidad a nivel federal y estatal. 2. La naturaleza jurídica de la inmunidad y de la inviolabilidad. 3. Aspectos relativos a la inviolabilidad. 4. La inmunidad al detalle. 4.1. El desarrollo reglamentario de la inmunidad, su duración y otras cuestiones de procedimiento. 4.2. Límites a la decisión del *Bundestag* sobre la inmunidad. 4.3. La discusión sobre la propia necesidad de la existencia de la inmunidad. Notas. Bibliografía.

1. LA INMUNIDAD Y LA INVOLABILIDAD EN ALEMANIA: EL DERECHO POSITIVO

1.1. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INVOLABILIDAD A NIVEL FEDERAL Y ESTATAL

Al igual que en otros países, en Alemania se distingue entre la inviolabilidad (*Indemnität*) y la inmunidad en sentido estricto (*Immunität*) (Klein, 2016: § 7). Ambas prerrogativas hunden sus raíces en la tradición del parlamentarismo inglés; en el Continente, las constituciones de la Revolución francesa fueron las primeras en regular dichas instituciones. En territorio alemán, la recepción de ambas figuras tuvo lugar a través de Francia y Bélgica; algunas constituciones del sur y de la mitad del territorio siguieron el modelo de la Carta francesa de 1814, y otras, como la de Prusia o la de la Confederación —*gesamtstaatliche Verfassung*—, el de la Constitución belga de 1831. Sobre esta evolución histórica, *vid.* Magiera (2011: §§ 1-3, §§ 26-31); y Klein (2016: § 8).

El artículo 46 de la Constitución alemana (*Grundgesetz*) regula en su apartado primero la inviolabilidad de los diputados. Dicho artículo establece que los diputados —los miembros del *Bundestag*— no podrán ser perseguidos en ningún momento, ni administrativa ni

judicialmente, por los votos emitidos o por las declaraciones (*Äußerungen*) vertidas en el *Bundestag* o en cualquiera de sus comisiones ni se les podrá exigir responsabilidad alguna por las mismas, salvo en el propio *Bundestag*. Durante los debates de la asamblea constituyente, un diputado solicitó expresamente que se incluyera en la Constitución la protección por las expresiones realizadas fuera del ámbito parlamentario, pero tal posibilidad fue excluida cuando se votó la propuesta (Magiera, 2011: § 58).

A diferencia de la Constitución de Weimar de 1919, la Constitución alemana vigente no incluye en su ámbito de protección a los parlamentarios de los *Länder* (Magiera, 2011: § 46).

En fin, el artículo 46 (1) de la Constitución alemana —*Grundgesetz*, en adelante GG— excluye las difamaciones injuriosas de la protección que brinda la inviolabilidad.

Las constituciones de los estados federados (*Länder*) también regulan la inviolabilidad de sus parlamentarios. En la mayor parte de las constituciones de los *Länder*, la inviolabilidad se extiende a todas las expresiones de los parlamentarios realizadas en el ejercicio de su mandato (Klein, 2016: § 20). Bien es verdad que algún tribunal como el Tribunal Supremo del Estado de Bremen (*Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen*), por ejemplo, en su sentencia de 12 de julio de 1967 (BremStGH, Entscheidung vom 12.07.1967 (St 2/1966)), aclara que deben entenderse como declaraciones realizadas en ejercicio del mandato solo las vertidas en el pleno de la Cámara, en las comisiones, así como en los grupos parlamentarios. La Constitución de Baviera es la más restrictiva de todas las constituciones de los *Länder* en este punto, ya que solo libera al parlamentario de responsabilidad por su conducta en las votaciones, mientras que las Constituciones de Hamburgo, Baja Sajonia, Sajonia-Anhalt y de Schleswig-Holstein siguen la línea del artículo 46 GG, con el único matiz de que la Constitución de Baja Sajonia incluye expresamente la protección por las expresiones manifestadas en los grupos parlamentarios (*Fraktionen*).

Por otro lado, si bien la mayoría de las constituciones de los *Länder* excepcionan de la inviolabilidad las expresiones que supongan difamaciones injuriosas, en la línea de lo establecido en el art. 46 GG, las Constituciones de Baden-Wurtemberg, Bremen, Hessen (que además protege expresamente a los miembros de otros parlamentos de los estados federados) y Renania Palatinado no prevén dicha excepción (Klein, 2016: § 20). Hamburgo sigue un camino intermedio, pues en el artículo 14 (2) de su Constitución establece que los insultos difamatorios realizados por los parlamentarios pueden ser perseguidos si lo autoriza la Cámara (*Bürgerschaft*).

En Alemania se plantea el problema de la articulación de la regulación de la inviolabilidad que establecen las constituciones de los *Länder* con el artículo 36 del Código Penal —*Strafgesetzbuch*— (art. 36 StGB), que es una norma federal y que también regula la inviolabilidad. Su tenor literal es el siguiente: «Los miembros del *Bundestag*, de la Asamblea Federal o de un cuerpo legislativo de un *Land* no podrán ser considerados responsables fuera del propio parlamento en ningún momento por su voto o por cualquier declaración que hayan hecho en el Cámara o en una de sus comisiones». De nuevo, se excluyen de la protección las declaraciones que sean difamaciones injuriosas. Como

puede observarse, este artículo establece una regulación única para todos los estados de la Federación; el problema es que, como ya hemos visto, la regulación de las constituciones de los *Länder* no siempre coincide con la del precepto del Código Penal. Sobre esta articulación hay diversidad de opiniones: los Tribunales Supremos de los estados de Bremen y Baviera y el Tribunal Supremo federal (*Bundesgerichtshof*) interpretaron que el § 36 StGB rige también para los parlamentarios de los *Länder*, puesto que es materia penal (Klein, 2016: § 24; y Klein, 1989: 557). Existe también un sector doctrinal que opina que el artículo 36 del Código Penal alemán prevalece sobre las constituciones de los *Länder* basándose en el artículo 31 GG, que señala que el Derecho federal prevalece sobre el estatal, lo que dejaría a salvo otras formas de responsabilidad, como la civil; así, por ejemplo, esta corriente sostiene que no podría exigirse a los parlamentarios de Baviera responsabilidad penal por las declaraciones o manifestaciones hechas en el Pleno o las Comisiones a pesar de que la Constitución de Baviera solo proteja a los parlamentarios por su voto, mientras que a un parlamentario de Renania-Palatinado se le podría exigir responsabilidad por las manifestaciones realizadas fuera del Parlamento y sus comisiones a pesar de que la Constitución de dicho *Land* garantice la inviolabilidad por las declaraciones vertidas en el ejercicio de su mandato (Magiera, 2011: § 49, quien se apoya también en el art. 74 (1) núm. 1 GG, que regula las competencias concurrentes). Algunos autores consideran que el artículo 36 StGB es nulo en relación con el Derecho de los *Länder* porque estamos ante una materia de Derecho parlamentario, perteneciente, por tanto, al ámbito competencial de los *Länder*, por lo no es posible llevar a cabo una interpretación conforme del artículo 36 StGB (su ámbito de aplicación quedaría, pues, circunscrito a los diputados del *Bundestag*) (Röper, 1998: 74). Otros, en fin, sostienen que el ámbito de aplicación del artículo 36 StGB se limita a los casos en los que los parlamentarios de los *Länder* cometen un delito fuera de su propio *Land* (*vid.* una síntesis de estas posiciones en Klein (2016: § 24) y una discusión en profundidad en Schröder (1982: 42-50)). Klein considera que el legislador federal no es competente para regular la inviolabilidad de los parlamentarios estatales en la medida en que se trata de una materia de Derecho parlamentario —y, por ello, de Derecho Constitucional— del *Land* tanto en sentido material como formal (el autor se apoya en el artículo 28 (1) GG, que establece que debe existir cierta homogeneidad en las constituciones de los *Länder*, pero que garantiza a estos su autonomía sin interferencias de la Federación), pero que el precepto del Código Penal no es nulo, sino que simplemente establece la obligación de respetar la inviolabilidad de los parlamentarios de cada estado federado en todo el país con una extensión variable, dependiente de lo que los mismos establezcan en su propio ordenamiento (Klein, 2016: § 25). En fin, el artículo 152a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (StPO), que sí entra dentro del marco de las competencias del legislador federal, dispone que los preceptos normativos de los *Länder* sobre las condiciones en las que se puede iniciar o continuar un proceso penal contra un parlamentario del *Land* son también eficaces frente a los demás estados de la República Federal de Alemania y ante la propia Federación.

1.2. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INMUNIDAD A NIVEL FEDERAL Y ESTATAL

El artículo 46 (2) GG dispone que el diputado solo podrá verse privado de libertad o exigírsele responsabilidad a causa de un hecho punible con la autorización del *Bundestag*, salvo que sea detenido *in fraganti* o en el transcurso del día siguiente a la comisión del delito. Además, conforme al artículo 46 (3) GG se requerirá la autorización del *Bundestag* cada vez que quiera limitarse adicionalmente la libertad personal del diputado o cuando se pretenda iniciar un proceso contra el mismo de acuerdo con el artículo 18 de la Constitución. El artículo 18 de la Constitución alemana regula el abuso del Derecho y establece lo siguiente: quien con el fin de luchar contra el orden libre democrático abusa de la libertad de expresión en general, y en concreto de la libertad de prensa (artículo 5 (1) GG), de la libertad de enseñanza (artículo 5 (3) GG), de la libertad de reunión (artículo 8 GG), de la libertad de asociación (artículo 9 GG), de la confidencialidad de las cartas, correos y telecomunicaciones (artículo 10 GG), de la propiedad (artículo 14 GG) o del derecho de asilo (artículo 16 bis) pierde estos derechos fundamentales. La pérdida de estos derechos y la extensión de la misma debe ser declarada por el Tribunal Constitucional. Finalmente, de acuerdo con el art. 46 (4) GG, a requerimiento del *Bundestag* deberá interrumpirse cualquier proceso penal en curso y cualquier proceso del artículo 18 GG, así como cualquier detención o cualquier otra restricción de la libertad del diputado.

Las constituciones de los estados federados contienen también preceptos relativos a la inmunidad de los parlamentarios, algunas de ellos con especificidades frente a la norma federal (Klein, 2016: § 21). El tratamiento que la Constitución de Baviera hace de la inmunidad es similar al de la Ley Fundamental de Bonn; contempla la posibilidad de que el Parlamento exija la paralización de un proceso o de una detención o de cualquier otra conducta que suponga una restricción de la libertad del parlamentario, con efectos durante el período de sesiones, según establece expresamente el artículo 24 (3) apartado 2 de la mencionada Constitución; ahora bien, el requerimiento de paralización no podrá realizarse si el parlamentario ha sido acusado de un crimen apolítico. De acuerdo con el art. 24 (3) apartado 3 Constitución de Baviera, el parlamento del *Land* decidirá si el crimen es o no apolítico.

Por otro lado, las Constituciones de Bremen y Hessen —esta última extiende también su aplicación a los parlamentarios de otros *Länder*— excluyen de la protección de la inmunidad los casos en los que el parlamentario es procesado por un presunto acto delictivo que traiga causa de que el parlamentario sea el editor responsable de una revista o de un periódico (arts. 95 (4) de la Constitución de Bremen y 96 (4) de la Constitución de Hesse). La Constitución del Sarre prevé la imposibilidad de recurrir a la inmunidad por actos cometidos en el ejercicio profesional cuando las leyes determinan la posibilidad de enjuiciamiento de dichos actos sin limitaciones (art. 82 (4) de la Constitución del Sarre). En fin, la Constitución de Renania del Norte-Westfalia dispone que no gozará de inmunidad el que de forma dolosa (*shuldigt*) cometa una ofensa injuriosa en el ejercicio de su mandato.

Las constituciones de los estados federados también regulan de forma distinta la duración de la inmunidad. Algunas Constituciones (Baviera, Bremen y Hesse) la extienden únicamente al período de sesiones, mientras que el resto la contemplan para toda la legislatura; ahora bien, esta diferenciación no tiene efectos prácticos porque los parlamentos se reúnen en sesión permanente (Klein, 2016: § 21 b)).

Por otro lado, existen diferencias en relación con la extensión de la protección concedida en cada caso. Así, por ejemplo, la Constitución de Brandemburgo no impide de forma inmediata las medidas de enjuiciamiento penal contra un miembro del parlamento, su detención y cualquier otra restricción de su libertad personal, sino que dispone simplemente que tales medidas deberán suspenderse a petición del parlamento si perjudican la labor parlamentaria del propio parlamento (art. 58 Constitución de Brandemburgo), mientras que la Constitución de Hamburgo sí establece en su artículo 15.1 que los parlamentarios no pueden ser detenidos ni sometidos a ninguna otra medida que restrinja su libertad y el ejercicio de su mandato sin el consentimiento de la Cámara (*Bürgerschaft* —literalmente traducido como ciudadanía—) a menos que sean detenidos mientras cometen un delito (flagrancia) o durante el día siguiente a su comisión (Klein, 2016: § 22).

Finalmente, en algunas Constituciones como la de Renania-Palatinado (art. 94 (4)), puede atribuirse a una comisión la competencia para decidir sobre el levantamiento de la inmunidad o, como en el caso de la Constitución de Turingia (art. 55 (4)), tanto dicha decisión como la potestad de requerir la paralización de una detención o la suspensión de cualquier medida de restricción de la libertad del parlamentario.

2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA INMUNIDAD Y DE LA INVIOLABILIDAD

Ambas prerrogativas, inviolabilidad e inmunidad, sirven para proteger tanto la representatividad del Parlamento como el ejercicio de las funciones parlamentarias (Klein, 2016: §§ 3, 50). La libertad de palabra (*Redefreiheit*), que era la denominación de la inviolabilidad en las constituciones anteriores a la Ley Fundamental de Bonn, es una condición necesaria para que la representación en el Parlamento se desarrolle libremente y sin cortapisas (Klein, 2016: § 31). La finalidad de la inmunidad, por su parte, es que la representatividad del Parlamento no sea vea mermada por restricciones de la libertad de sus componentes o por la preocupación que les supondría a estos el hecho de verse inmersos en un proceso. Al igual que en España, la prerrogativa protege tanto la composición como las funciones del Parlamento.

El Tribunal Constitucional alemán (*BVerfG*) se pronunció sobre la naturaleza jurídica de la inmunidad en el caso *Pofalla II* del año 2001 (BVerfGE 104, 310), el más relevante a estos efectos. La Sala Segunda del *BVerfG* hubo de decidir en dicho caso un conflicto entre órganos (*Organstreitverfahren*) planteado por el diputado Pofalla frente al propio *Bundestag* y al presidente del *Bundestag*. Según el recurrente, tanto 1. a) el levantamiento de su inmu-

nidad decretado por el *Bundestag* (la autorización para proceder otorgada por el *Bundestag* que hizo posible que se iniciase la instrucción de un procedimiento penal contra él ante las sospechas de que había incurrido en fraude fiscal) como *b*) la autorización del *Bundestag* para que se procediese a ejecutar registros y órdenes de embargo de los bienes del diputado eran contrarios al artículo 46 (2) GG, en relación con el artículo 38 (1) segunda frase GG, que dispone que los miembros del *Bundestag* son representantes de todo el pueblo y que no están sometidos a mandato imperativo y solo están sujetos a los dictados de su conciencia. Además, el diputado alegó que *c*) el hecho de que el Parlamento no hubiera exigido la interrupción del proceso penal contra él implicaba una vulneración del artículo 46 (4) GG como también lo era 2. el hecho de que el presidente del *Bundestag* no hubiera impulsado una resolución del Parlamento para que se suspendiera su procesamiento. El *BVerfG* declaró que el recurso era inadmisibile en lo que atañía a las alegaciones 1.*a*) y 2. por haberse presentado fuera de plazo, y respecto a las alegaciones 1.*b*) y *c*) concluyó que, aunque era admisible, el recurso no tenía fundamento.

En los fundamentos jurídicos de la sentencia, el *BVerfG* declaró que el artículo 46 GG por sí solo no permite al diputado recurrir frente al Parlamento en la medida en que la inmunidad es una garantía que protege al Parlamento en su conjunto y no al diputado individual (BVerfGE 104, 310 (325)). Para llegar a esta conclusión, el Tribunal se valió de los diferentes métodos de interpretación jurídica. El tenor literal del artículo 46 (2) GG no permite deducir, en opinión del *BVerfG*, un derecho subjetivo del diputado a la inmunidad o al levantamiento de la misma, aunque la reserva de autorización para proceder que posee el *Bundestag* se establezca a favor del diputado (BVerfGE 104, 310 (326)). Tampoco la interpretación histórica permite afirmar un derecho del diputado a que se mantenga o a que se levante su inmunidad. A comienzos del constitucionalismo —afirma el *BVerfG*—, la inmunidad se introdujo para proteger en el ejercicio de sus funciones a los diputados frente a la iniciación arbitraria por parte del ejecutivo de cualquier investigación penal que pudiera obstaculizar su trabajo. La protección del parlamentario individual tenía como finalidad preservar la capacidad de trabajo y de funcionamiento del Parlamento. La inmunidad no se consideraba un privilegio del parlamentario, sino una prerrogativa del Parlamento (*Schutzrecht des Hauses*), opinión también dominante en la asamblea constituyente que tuvo lugar en 1948 en Alemania. El diputado no puede disponer de la inmunidad y no puede renunciar a ella en tanto que es una prerrogativa de la Cámara, opinión, por otro lado, unánime en la doctrina. (BVerfGE 104, 310 (326-327)). La interpretación teleológica, por su parte, confirmaría también que la inmunidad persigue proteger al Parlamento (BVerfGE 104, 310 (328)). La inmunidad, sostiene el *BVerfG*, encuentra su justificación, actualmente, en el principio de representación (en el mismo sentido, Klein (2016: § 3); y Magiera (2011: § 35)). Así, aunque la Constitución disponga que es el representante de todo el pueblo alemán, el diputado verdaderamente solo puede ser tal en conjunción con el resto de la Cámara y actuando en común con los demás representantes. El pueblo se ve representado a través de las decisiones adoptadas en el Parlamento de forma conjunta; por ello, en la medida de lo posible, debe garantizarse la participación de todos los diputados en la toma de aquellas decisiones, en el marco de lo razonable en un sistema democrático parlamentario como el que establece la Constitución. En fin, cuando se obstaculiza la

labor del parlamentario individual —afirma el *BVerfG*— no solo se alteran las mayorías establecidas en el Parlamento por los electores, sino que también se impide que el diputado contribuya con sus conocimientos, experiencias, convicciones o los intereses de sus electores a la formación de la voluntad parlamentaria, lo que perjudica asimismo la formación de dicha voluntad, que se nutre del equilibrio entre los antagonistas sociales (BVerfGE 104, 310 (329); en el mismo sentido se había pronunciado ya Würbs (1987: 25)). En definitiva, la inmunidad debería servir para garantizar que el diputado no se vea obstaculizado en el ejercicio de sus funciones por la intromisión de los demás poderes del Estado (BVerfGE 104, 310 (329)); el fin de esta prerrogativa no es otro que permitir el trabajo del Parlamento y el desarrollo de sus funciones sin interferencias (BVerfGE 104, 310 (332)). Estamos, pues, ante una prerrogativa que trata de preservar la autonomía parlamentaria. Por ello, la decisión sobre el levantamiento o no de la inmunidad debe ser responsabilidad del *Bundestag* (Klein, 2016: § 50). Más adelante veremos que el *BVerfG* ha conectado la prerrogativa parlamentaria de la inmunidad con el artículo 38 (1) de la Constitución, esto es, con el estatus del Parlamentario y la libertad de mandato, y ha extraído de ahí un límite al margen de decisión del *Bundestag* sobre el otorgamiento o levantamiento de la inmunidad del diputado.

En fin, la necesidad de proteger a los parlamentarios impopulares frente a las interferencias de los demás poderes para preservar el principio de representación se da también, *mutatis mutandis*, en el caso de la inviolabilidad; es imprescindible que los parlamentarios puedan participar en la construcción de la voluntad parlamentaria a través de la libertad de palabra, la réplica y la contrarréplica sin estar sometidos a presiones externas, incluso aunque recurran a un lenguaje acerado cuando la pasión del debate les lleve a ello (Klein, 2016: § 31). Será el propio *Bundestag* el que deberá adoptar las medidas de moderación que considere oportunas. Por supuesto, la responsabilidad política del diputado frente al pueblo, elemento esencial del parlamentarismo, se mantiene también incólume (Klein, 2016: § 3).

3. ASPECTOS RELATIVOS A LA INVOLABILIDAD

La inviolabilidad excluye la responsabilidad jurídica del diputado por los votos emitidos y manifestaciones vertidas en el *Bundestag* y en sus comisiones (art. 46 (1) GG); no protege a los miembros del *Bundesrat*, esto es, a los miembros de la Cámara Alta en la que se encuentran representados los gobiernos de los estados (Klein, 2016: § 35; y Wiefelspütz, 2016: § 3). La finalidad de la inviolabilidad es que los parlamentarios puedan debatir libremente en el Parlamento sin presiones externas para que la voluntad de la Cámara se forme sin perturbaciones (se protege, por tanto, la función orgánica del *Bundestag*); de ahí que solo se tutelen las manifestaciones y los votos vertidos dentro del *Bundestag* o de alguna de sus comisiones, pero no las declaraciones realizadas a la prensa —salvo que sean una repetición exacta de lo dicho en sesión pública en el *Bundestag*— o a terceros (por ejemplo, en las reuniones de los partidos políticos o los encuentros con los electores) (Klein, 2016:

§§ 39-44; y Magiera, 2011: § 66). A diferencia de la inmunidad, la inviolabilidad funciona de manera inmediata, sin necesidad de que el Parlamento actúe de forma alguna. Es más, el Parlamento no puede disponer de dicha prerrogativa, como tampoco puede hacerlo el diputado (Magiera, 2011: § 79; y Klein, 2016: §§ 4 y 33). Cuando se desconoce la inviolabilidad del diputado, este debe recurrir a las acciones que le ofrece el ordenamiento jurídico y, una vez agotados todos los recursos, podrá interponer recurso de amparo ante el *BVerfG* por vulneración del art. 38 (1), segunda frase, GG en relación con el art. 46 (1) GG (art. 93 (1) núm. 4a GG en relación con el § 90 de la Ley que regula el Tribunal Constitucional —*BverfGG*—). Si es el propio Parlamento el que daña la inviolabilidad —por ejemplo, al levantar la inmunidad del parlamentario por un delito de expresión que no constituya ofensas injuriosas—, el diputado podría acudir al conflicto entre órganos regulado en el art. 93 (1) núm. 1 GG y en los artículos 63 ss. *BVerfGG* (Klein, 2016: § 34; y Magiera, 2011: § 134). La protección otorgada por la inviolabilidad comienza con la legislatura y cubre las expresiones emitidas durante el mandato; además, la protección se conserva tras la expiración del mandato para las expresiones vertidas durante el mismo (Magiera, 2011: § 73).

La inviolabilidad cubre tanto las votaciones como las manifestaciones / declaraciones (*Äußerungen*) hechas en la Cámara o en sus comisiones (vid. art. 46 (1) GG). Según la opinión doctrinal mayoritaria, la expresión *Äußerungen* incluye tanto opiniones (*Meinungsäußerungen*) como información o descripción de hechos (*Tatsachenbehauptungen*) (Klein, 2016: § 38; Wiefelspütz, 2016: § 5). De hecho, se optó por elegir este concepto —*Äußerungen*— frente al de *Meinungen* (opiniones), más restringido y plasmado tanto en la Constitución belga de 1831 como en la prusiana la prusiana (art. 83 (1) Constitución de 5.12.1848 y art. 84 (1) Constitución de 31.1.1850) (Magiera, 2011: § 30). En cuanto a la forma, se protegen las manifestaciones orales o escritas e incluso los comportamientos —por ejemplo, permanecer sentado mientras tiene lugar una ovación en pie en la Cámara—; cabría incluso entender incluidas las votaciones, pero desde hace tiempo estas se incluyen ya expresamente en el texto constitucional debido a su relevancia (Magiera, 2011: §§ 55-56; Klein, 1989: §27. *Vid.* un análisis en profundidad sobre el comienzo de la protección del parlamentario en el caso de las preguntas parlamentarias en Röper, 1998: 56-59).

La inviolabilidad protege al diputado frente a cualquier tipo de responsabilidad: penal, contencioso-administrativa o civil (no cabe siquiera responsabilidad por daños o por omisión); también se protege al diputado frente a la adopción de medidas de ejecución, frente a medidas administrativas disciplinarias o frente a otras medidas de Derecho público (como medidas policiales o medidas tomadas por los servicios secretos), dado que el art. 46 GG dispone que no solo se protegerá al diputado penal o disciplinariamente, sino también frente a cualquier otro tipo de responsabilidad (Magiera, 2011: §§ 67-69; Klein, 2016: §§ 37, 45-46). Evidentemente, ello no excluye que dentro del propio Parlamento sí puedan adoptarse medidas disciplinarias contra el parlamentario (Klein, 2016: § 47, quien hace referencia a la sentencia del *BVerfG BVerfGE* 94, 351 [354 ss.]). La inviolabilidad no

protege frente a medidas adoptadas en la esfera privada, como por ejemplo la expulsión del partido (Magiera, 2011: *ibidem*).

Por otro lado, aunque la Constitución solo hace referencia las declaraciones realizadas en la Cámara o en sus comisiones, la doctrina mayoritaria entiende que la inviolabilidad se garantiza también en aquellos casos en los que dichas manifestaciones se llevan a cabo en el seno de los grupos parlamentarios (*Fraktionen*) —recordemos que algunas de las constituciones de los *Länder* incluyen expresamente la garantía de la inviolabilidad para las declaraciones realizadas en el seno de los grupos parlamentarios y sus divisiones— porque, en definitiva, lo que se persigue es proteger la función orgánica del Parlamento, procurando que el debate dentro del mismo sea libre para formar la voluntad política de la Cámara (Klein, 2016: §§ 41-43; Klein, 1989: 575-576 (§33); *vid.*, también, Magiera, 2011: § 62). En su jurisprudencia, el *BVerfG* considera a los grupos parlamentarios como una parte —una división— del Parlamento (Klein, 2016: § 43; sobre la importancia de la presencia del diputado en los grupos parlamentarios para la vida de la Cámara, *vid.* Butzer, 1991: 164-165). En fin, como luego veremos, los autores también conectan la inviolabilidad con la libertad del mandato del diputado (art. 38 (1), segunda frase, GG) (Klein, 2016: § 31).

Como ya dijimos, el artículo 46 (1) GG excluye la inviolabilidad en el caso de que se cometa un delito de difamaciones injuriosas (*verleumnderischen Beleidigung*). Este delito está regulado en el artículo 187 del Código Penal (*StGB*); solo podrá perseguirse al diputado por dicho delito si antes el *Bundestag* ha levantado su inmunidad (Klein, 2016: § 40). Según la doctrina, la inviolabilidad tampoco cubre el delito de corrupción de los diputados del artículo 108e *StGB* porque el tipo penal no penaliza el comportamiento en el voto u otra expresión parlamentaria, sino la compraventa del voto (Klein, 2016: § 47).

4. LA INMUNIDAD AL DETALLE

4.1. EL DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LA INMUNIDAD, SU DURACIÓN Y OTRAS CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO

La inmunidad no deja de ser una condición de procedibilidad en beneficio del diputado, no así de otros participantes en el hecho ilícito (Klein, 2016: §§ 52-53; Magiera, 2011: § 137), que protege al diputado frente a cualquier comportamiento punible. El concepto de «pena» utilizado por el artículo 46 (2) GG es más amplio que el del ámbito estrictamente penal e incluye cualquier medida de seguridad o disciplinaria administrativa y las sanciones profesionales (excluye, eso sí, la protección frente a medidas preventivas con efectos pro futuro, como por ejemplo contra testigos que no quieren testificar o contra deudores morosos, e incluso aquellas medidas que no requieran investigación, como por ejemplo medidas por desacato a un tribunal, pues no se entiende como ejecución de condena, que sí estaría cubierta por la inmunidad (Magiera, 2011: §§ 85-88).

Además, según el artículo 46 (2) GG la inmunidad cubre también la exigencia de responsabilidad (*Zur Verantwortung ziehen*), entendida como cualquier medida de investigación o persecutoria que afecte al diputado, concepto que comprende las medidas judiciales, pero también las que adopte la Abogacía del Estado o la policía. Finalmente, la inmunidad protege al diputado frente a cualquier decisión tomada durante el proceso y al final del proceso (Magiera, 2011: § 89), así como frente a cualquier privación o limitación de la libertad, salvo que el diputado sea detenido *in fraganti* o en el transcurso del día siguiente —los registros de viviendas o de cosas, así como la interceptación de comunicaciones, no se consideran restricciones de la libertad—. La inmunidad no se extiende a procesos civiles y a las medidas de ejecución no penales (Magiera, 2011: § 95-109).

A diferencia de la inviolabilidad, la inmunidad solo se garantiza de forma temporal, durante la duración del mandato (cuando se pierde la condición de parlamentario, el proceso puede seguir su curso). En el caso de que el diputado fuera nuevamente elegido, debería autorizarse de nuevo el procesamiento o las medidas limitativas de su libertad de acuerdo con el llamado principio de discontinuidad. Mientras opera el impedimento procesal por la inmunidad, la prescripción se paraliza (artículo 78 b (2) *StGB*).

El procedimiento para otorgar la autorización para proceder contra un diputado o pedir la suspensión de un procedimiento o medida contra el mismo no está regulado en la Constitución, sino en el Reglamento del *Bundestag* (*GOBT*), si bien de forma incompleta. Normalmente, es el pleno de la Cámara el que decide sobre la inmunidad del diputado, aunque en algunos casos dicha decisión se delega en la Comisión de escrutinio electoral, inmunidad y reglamento —*Ausschuß für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung*—. Según el artículo 107 *GOBT*, cualquier asunto relativo a la inmunidad de los diputados debe ser remitido por el presidente de la Cámara a la Comisión de escrutinio electoral, inmunidad y reglamento (§ 107 (1) *GOBT*). De acuerdo con el Reglamento de la Cámara, la Comisión debe establecer unos principios en relación con la tramitación de las solicitudes de levantamiento de la inmunidad de los miembros del *Bundestag*. Estos principios deben servir como punto de partida de las recomendaciones de resolución que la Comisión formule en cada caso concreto al *Bundestag* (§ 107 (2) *GOBT*), que será el órgano que finalmente decida sobre la inmunidad del diputado. El *Bundestag* ha hecho suyos los principios aprobados por la Comisión, vinculándose a los mismos mediante su publicación como Anexo 6 del Reglamento del *Bundestag*, titulado «Resolución del *Bundestag* alemán sobre el levantamiento de la inmunidad de los miembros del *Bundestag*» («*Beschluß des Deutschen Bundestages betr. Aufhebung der Immunität von Mitgliedern des Bundestages*»). Al comienzo de cada legislatura, la nueva Cámara es libre de asumir estos principios y la mencionada Resolución —como no podía ser de otra forma, dada la su autonomía— o de introducir las modificaciones que considere oportunas (Wurbs, 1987: 98; Klein, 2016: § 89). Los principios sirven, en definitiva, para permitir un tratamiento unitario de los casos relativos a la inmunidad por el *Bundestag* (Klein, 2016: § 6). La Comisión de escrutinio electoral, inmunidad y reglamento no tiene la obligación de oír al diputado afectado, si bien puede darle audiencia a petición de un grupo parlamentario (Principio 3). Por otro lado, el dipu-

tado afectado no tiene derecho a votar en los casos en los que se decide su inmunidad tanto en el Pleno como en comisión (Magiera, 2011: § 121).

El Anexo 6 *BTGO* comienza con una declaración según la cual el *Bundestag* autoriza de forma anticipada y hasta el fin de la legislatura la realización de investigaciones sobre los diputados por hechos penalmente punibles, salvo que se trate de ofensas que tengan carácter político (reguladas en los artículos 185, 186, 187 a (1) y 188 (1) del Código Penal). Para Trute, este sería un medio de evitar al diputado la atención mediática que existiría en ausencia de tal previsión (Trute, 2003: 151). A Wiefelspütz este argumento no le convence porque entiende que los medios suelen airear igual el procesamiento o la investigación que recae sobre el diputado; el Parlamento sigue siendo dueño de la situación en cuanto que en cualquier momento puede hacer uso de lo dispuesto en el art. 46 (4) GG (Wiefelspütz, 2016: §§ 46-47). Wiefelspütz observa críticamente que, al dar anticipadamente la autorización, la Cámara no realiza la necesaria ponderación de intereses que requiere la decisión (Wiefelspütz, 2016: § 45).

Antes de comenzar la investigación, esta debe ponerse en conocimiento del presidente de la Cámara y del diputado, salvo —en el caso del diputado— que ello entorpezca la averiguación de la verdad; la investigación puede empezar al menos 48 horas después de la comunicación al presidente del *Bundestag* de que se pretende llevar a cabo la misma (sin contar días festivos), plazo que puede prolongarse con el acuerdo de la Comisión de escrutinio electoral, inmunidad y reglamento; el derecho del *Bundestag* a exigir la interrupción de la investigación se mantiene incólume (art. 1 Anexo 6 *GOBT*).

La autorización anticipada del *Bundestag* no cubre la interposición de la querrela ni la solicitud de que se dicte una orden penal (art. 2 a) An. 6 *GOBT*) ni la posibilidad de dar continuidad a un proceso que ya quedó interrumpido en la legislatura precedente cuando el Parlamento exigió la interrupción del mismo (art. 2 d) An. 6 *GOBT*); tampoco afecta a las medidas restrictivas o privativas de la libertad (art. 2 c) An. 6 *GOBT*) ni a los procesos de la Ley sobre infracciones administrativas que puedan ser decididos conforme a las leyes penales (art. 2 b An. 6 *GOBT*). La ejecución de penas privativas de libertad o de medidas coactivas de arresto conforme a la Ley de infracciones administrativas (*OWiG*) conlleva la necesidad de pedir la autorización a la Cámara. Además, el *Bundestag* ha dispuesto también la autorización anticipada para adoptar medidas que impliquen limitación de la libertad conforme a la Ley para la protección contra infecciones (*Infektionsschutzgesetz*), si bien posteriormente la Comisión del escrutinio electoral, inmunidad y Reglamento está obligada a estudiar la cuestión (todos los detalles sobre esta cuestión figuran en el artículo 6a del Anexo 6 *GOBT* y en el principio 15).

Los principios establecen quiénes están legitimados para solicitar el levantamiento de la inmunidad, así como cuestiones relativas al procedimiento para solicitar la misma en cada caso. Los principios añaden, por ejemplo, que si bien no se precisa la autorización de la Cámara para detener al diputado cuando se le atrapa *in fraganti* o al día siguiente de haber cometido el hecho (art. 46 (2) GG), sí es necesario pedirla cuando el diputado deba comparecer de nuevo ante el juez o ser detenido de nuevo al haber sido ya puesto

en libertad (principio 6); con respecto a la prisión, el séptimo principio aclara que, cuando el artículo 46 (2) habla de detención (*Verhaftung*), se refiere únicamente a la prisión preventiva, que es diferente a la prisión por ejecución de la pena: son necesarias una autorización para la prisión preventiva y una autorización diferente para la privación de la libertad por ejecución de la pena. Además, la autorización para la prisión preventiva incluye la comparecencia forzosa ante el juez, pero si se autoriza solo la comparecencia forzosa ante el juez, se precisa otra autorización para la prisión preventiva (principio número 7).

4.2. LÍMITES A LA DECISIÓN DEL BUNDESTAG SOBRE LA INMUNIDAD

En su sentencia sobre el caso *Pofalla 2*, el *BVerfG* estableció que, si bien del artículo 46 (2) y (4) GG no se deriva un derecho subjetivo del diputado frente al *Bundestag* a que se mantenga su inmunidad o a que se levante la misma ni a que se pida la interrupción del proceso (BVerfGE 104, 310 (325)), de dichos preceptos en conjunción con el artículo 38 (1), segunda frase, sí se deriva un derecho del diputado a que la decisión sobre el levantamiento de la inmunidad no sea arbitraria (art. 46 (2) en conjunción con el art. 38 (1), segunda frase, GG) y a que la decisión sobre la petición de que se interrumpa un proceso ya iniciado contra el diputado esté también libre de arbitrariedad (art. 46 (4) GG en conjunción con el art. 38 (1), segunda, frase GG); ello hace necesario que el *Bundestag* examine de manera integral las razones alegadas para el enjuiciamiento penal (Trute, 2003: 149). En el caso *Pofalla II*, el *BVerfG* declaró admisible el conflicto entre órganos (entre el diputado y el *Bundestag*) por este motivo, si bien luego declaró que en el caso no se había producido una vulneración del estatus del diputado a la que hace referencia el artículo 38 (1) GG (BVerfGE 104, 310 (325)). ¿Cuál fue el razonamiento del *BVerfG* para derivar dicha pretensión a favor del diputado frente al *Bundestag*?

El *BVerfG* comienza su razonamiento conectando la inmunidad con el principio de representación. Aunque el parlamentario individual solo representa al pueblo cuando lo hace conjuntamente con el resto de los miembros de la Cámara, el estatus constitucional representativo del diputado es también la base de la posición representativa del *Bundestag*. Este no desarrolla sus competencias y tareas de forma separada a los demás diputados, sino que todos forman una unidad. Cada parlamentario cuenta y es relevante para el conjunto, incluso los parlamentarios que son impopulares. Además, prosigue el *BVerfG*, los intereses del *Bundestag* no siempre coinciden con los del diputado individual; hoy en día el Parlamento y el Gobierno no se encuentran tajantemente separados; el Gobierno y la mayoría parlamentaria forman normalmente un frente unido frente a la oposición, por lo que no se puede descartar de antemano que la mayoría parlamentaria haga suyas consideraciones superfluas o irrelevantes de los órganos de instrucción. Para proteger al diputado frente a ello, se le reconoce una pretensión conforme al artículo 46 (2) GG en conjunción con el artículo 38 (1), segunda frase, GG para que el *Bundestag* tome su decisión de forma no arbitraria y conforme a los artículos recién citados para que la decisión de exigir o no la interrupción del proceso penal, cuando esté en juego la continuación de un proceso ya iniciado, también

se tome de forma no arbitraria (BVerfGE 104, 310 (329-331)). Actualmente, el principio número 4 (An. 6 *BTGO- Grundsätze*) dispone ya que la decisión del *Bundestag* no puede ser arbitraria (puede verse un resumen de la práctica previa del *Bundestag* en relación con la inmunidad en Wiefelspütz, 2002: 1235). En todo caso, el *BVerfG* apunta que la decisión es producto de la autonomía de la Cámara, que es la que debe decidir si autoriza o no el levantamiento de la inmunidad, o si permite que continúe el proceso o solicita su interrupción cuando este ya se ha iniciado. Dicha decisión queda reservada a la Cámara con el fin de lograr que aquel mantenga sus actividades y funciones incólumes (BVerfGE 104, 310 (332); *vid.*, también, Magiera, 2011: § 139). Durante mucho tiempo, la doctrina defendió que la inmunidad era una prerrogativa únicamente de la Cámara y que el derecho a no ser perseguido o procesado del parlamentario era únicamente un derecho reflejo de la decisión del Parlamento sobre la inmunidad, decisión que correspondería a su esfera de autonomía y que debía tomar en cuenta únicamente las necesidades del propio Parlamento (Butzer, 1991: 93-94; y Wiefelspütz, 2016: § 23), pero, como puede observarse, en el caso *Pofalla II* el *BVerfG* va más allá en su jurisprudencia.

El Tribunal Constitucional afirma que, a la hora de adoptar su decisión, el *Bundestag* debe ponderar los intereses del Parlamento con los de los demás poderes del Estado. La versión precedente de los principios disponía que la decisión del *Bundestag* era una decisión política (Trute, 2003: 149). Sin embargo, en el caso *Pofalla II* el *BVerfG* advierte que dicha decisión está sometida a ciertos límites. Ciertamente, en la ponderación de los diversos intereses el *Bundestag* dispone de un amplio margen de apreciación, pero dicho margen no es ilimitado. Primero, el propio Reglamento de la Cámara —que es, al fin y al cabo, producto del ejercicio de la autonomía parlamentaria— introduce límites a la decisión, y segundo, el *Bundestag* no puede actuar de forma arbitraria, como ya vimos. Cuando lleve a cabo la ponderación, y al objeto de evitar la arbitrariedad, el *Bundestag* debe tomar en consideración el estatus constitucional del parlamentario y, en concreto, sus derechos y obligaciones como parlamentario (aunque no se exige que el Parlamento tenga que ir más allá y tomar en consideración otras posibles consecuencias que pudiera tener la decisión para el parlamentario —en el caso *Pofalla II* el diputado se presentaba a las elecciones en un *Land* y la decisión de levantar la inmunidad podía perjudicarlo en la campaña electoral— ni que lleve a cabo ninguna prueba concreta). El parlamento tampoco está obligado a examinar la seriedad de las acusaciones contra el diputado, aunque puede realizar dicho examen si así lo desea. La inconsistencia de la acusación penal o de la proporcionalidad de las medidas podría, junto a otros indicios, apuntar a una motivación política de la persecución penal, por lo que no se excluye que, si el *Bundestag* así lo desea, pueda proceder a examinar el carácter concluyente o no del reproche penal (BVerfGE 104, 310 (333)). El *Bundestag* tampoco tiene por qué realizar una ponderación equivalente a la que realizarían los órganos de instrucción; el control de la legitimidad de las medidas de instrucción corre a cargo de los órganos jurisdiccionales (BVerfGE 104, 310 (333)). Hay ocasiones, sostiene el *BVerfG*, en las que no puede excluirse concluyentemente la motivación política del proceso penal y en tales situaciones podría ser de interés para el diputado y para el *Bundestag* esperar a la instrucción penal y dejar al juez actuar y tomar medidas de investigación penal, pues el *Bundestag* siempre tiene la posibilidad de ordenar

la interrupción del proceso conforme al artículo 46 (4) GG. El *BVerfG* añade que incluso aquellas medidas correctas no motivadas por propósitos políticos pueden producir perjuicios al Parlamento (por ejemplo, investigaciones iniciadas por medio de denuncia, por la arrogancia de particulares, o por sospechas de los medios de comunicación (BVerfGE 104, 310 (328-329)). La decisión que tome el *Bundestag* no contiene una determinación sobre la justicia de las medidas o sobre la culpabilidad o la falta de culpabilidad del diputado ([Principio 4, que recoge la jurisprudencia del *BVerfG* en relación con la decisión que deba tomar el *Bundestag* en casos relativos a la inmunidad).

El principio de representación obliga al *Bundestag* a examinar si existen indicios de injerencias ajenas deliberadas con el fin de modificar la composición de la Cámara. En el caso de que ello sea claro y patente, el *Bundestag* no debe otorgar la autorización; si no hay duda de que el proceso penal contra el diputado se ha iniciado por motivos irrelevantes, especialmente políticos, el *Bundestag* no puede otorgar su permiso para que se tomen medidas procesales porque en tal caso haría suyas las consideraciones del órgano de persecución penal y estaría comportándose arbitrariamente (BVerfGE 104, 310 (332-333)). En el conflicto entre órganos, el Tribunal Constitucional alemán controlará que la decisión no se ha tomado de forma arbitraria siguiendo estos criterios (Wiefelspütz, 2016: 30-32).

4.3. LA DISCUSIÓN SOBRE LA PROPIA NECESIDAD DE LA EXISTENCIA DE LA INMUNIDAD

Desde el surgimiento de la inmunidad, se han producido grandes cambios, sobre todo en relación con la consolidación del Estado de Derecho, la independencia judicial y los controles a los que se ve sometido el poder público (Trute, 2003: 148). Algunos autores consideran que la inmunidad debería desaparecer porque se trata de una institución anticuada y obsoleta (*vid.*, por todos, Witte-Wegmann, 1974: 867; y Witt, 2001: 588) que colisiona con el principio de división de poderes y con el principio de igualdad.

Frente a esta posición, Magiera argumenta que el principio de división de poderes, al menos en la Constitución alemana, presenta excepciones y que el principio de igualdad no rige indistintamente (Magiera, 2011: §§ 33-40). También Butzer sostiene que no existe una frontera nítida entre poderes y que existen limitaciones entre ellos. En su opinión, para que se produjera tal choque el ataque tendría que producirse en el corazón de las funciones del poder implicado, cosa que no se da en este caso (Butzer, 1991: 95-97). En relación con el principio de separación de poderes, Magiera observa que la inmunidad no es algo anticuado, en la medida en que de las actuaciones del ejecutivo siguen derivándose algunos peligros, a pesar de que ahora el ejecutivo dependa del Parlamento. Concluye este autor que no es cierto que estemos ante un privilegio que escape al ordenamiento jurídico, sino más bien ante una institución dirigida a proteger al Parlamento en el ejercicio de sus funciones para que no se obstaculice su trabajo, institución, además, sometida a controles por parte del *BVerfG* y del electorado en los comicios periódicos. En este sentido, no es necesario hacer una interpretación restrictiva de la inmunidad, ya que basta ponderar el

interés del Parlamento con el de la Administración de Justicia (Magiera, 2011: §§ 33-40). Wurbs añade que no estamos ante un derecho del parlamentario, sino ante una prerrogativa que pretende proteger al Parlamento, a la representación de la soberanía, y que, en este sentido, existe una razón objetiva para la aparente desigualdad de trato en la medida en que dicha protección sirve indirectamente a los intereses de los ciudadanos (que conformarían el grupo de comparación) (Wurbs, 1987: 17-18). El constituyente, en definitiva, ha tenido en cuenta los intereses públicos en juego —la persecución penal y la protección de la capacidad de funcionamiento del Parlamento— inclinándose por la protección del segundo (Butzer, 1991: 100). Ciertamente, dice Wurbs, muchas veces, cuando existen mayorías estables, no se percibe demasiado ese perjuicio para el Parlamento, pero lo importante no es tanto el punto de vista cualitativo, sino el cuantitativo —mediante la injerencia externa, se priva al Parlamento de una voz singular que debe formar parte del todo— (Wurbs, 1987: 25-29). Para este autor tampoco existiría una vulneración del principio de separación de poderes, dado que, entre otras consideraciones, el obstáculo procesal que supone la inmunidad es solo temporal (Wurbs, 1987: 20).

En el caso concreto de la inviolabilidad, más que de una posible contradicción con el principio de separación de poderes podría hablarse de una tensión con el principio del Estado de Derecho (Wurbs, 1987: 90-92) que, sin embargo, encuentra su justificación en la preservación del sentido y de los objetivos del sistema de democracia representativa inmanente a la Constitución (Wurbs, 1987: 92-94).

En síntesis, para el *BVerfG* aquel sector de de la doctrina que considera anticuada y superflua la inmunidad en un Estado democrático de Derecho parte de la existencia de un comportamiento ideal del Derecho escrito y de la realidad constitucional. Ciertamente, afirma el *BVerfG*, en un Estado de Derecho que funciona bien es difícil que se dé una persecución arbitraria de los parlamentarios, pero esa posibilidad no puede excluirse del todo (*vid.* también Trute, 2003: 148, quien afirma que, a veces, la justicia puede ser usada como instrumento para facilitar campañas difamatorias). La historia nos enseña, prosigue el *BVerfG*, que en tiempos de tensión política no existe una garantía segura de que el Parlamento pueda desempeñar sus funciones sin ataques. La garantía de la inmunidad debe, por tanto, contribuir a que el Parlamento conserve la capacidad de actuar en situaciones críticas (BVerfGE 104, 310 (328)).

NOTAS

1. Así, art. 37 de la Constitución de Baden-Wurtemberg, art. 27 de la Constitución de Baviera, artículo 51 (1) de la Constitución de Berlín, art. 57 de la Constitución de Brandeburgo, artículo 94 de la Constitución de Bremen, art. 14 de la Constitución de Hamburgo, art. 95 de la Constitución de Hessen, art. 24 (1) de la Constitución de Mecklemburgo-Pomerania Occidental, art. 14 de la Constitución de Baja Sajonia, art. 47 de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia, art. 93 de Renania-Palatinado, art. 81 de la Constitución del Sarre, art. 55 (1) de la Constitución de Sajonia, art. 57 de la Constitución de Sajonia-Anhalt, art. 31 (1) de la Constitución de Schleswig-Holstein y art. 55 (1) de la Constitución de

Turingia. Indica Magiera que pueden hacerlo en la medida en que la Constitución alemana no contiene una reserva de la regulación de la inviolabilidad a favor de la Federación (Magiera, 2011: § 47).

2. Se trata de los casos de Baden-Wurtemberg (cuya Constitución añade además que se protegerá a los diputados por su voto o por las declaraciones hechas en el parlamento del *Land*, en las comisiones parlamentarias, pero también en los grupos parlamentarios (*Fraktionen*) o en el ejercicio de su mandato —art. 37—), Berlín, Brandenburgo (cuya Constitución también hace mención a los grupos parlamentarios en su artículo 37), Bremen (cuya Constitución, en su art. 94, extiende la protección a cualquier declaración hecha en el ejercicio de sus funciones), Hessen (cuya Constitución, en vez de mencionar al parlamento, comisiones, grupos parlamentarios etc., prefiere decir que el parlamentario quedará protegido por sus votos y por cualquier declaración hecha en el ejercicio de su trabajo como parlamentario), Renania del Norte-Westfalia (cuya Constitución, en su artículo 93, habla también de las expresiones realizadas en el ejercicio de su mandato como parlamentario) y art. 55 (1) de Turingia (que, si bien comienza de la misma forma que el artículo 46 GG, añade una coletilla para excluir la responsabilidad del parlamentario por cualquier declaración realizada en el ejercicio de su mandato).

3. Art. 27 de la Constitución de Baviera. No están protegidas ni las expresiones orales ni las escritas de los parlamentarios y se ha dicho que el claro tenor literal del precepto impide una interpretación analógica del precepto que amplíe su ámbito de protección (Schröder, 1982: 26).

4. *Vid.* Arts. 14 de la Constitución de Hamburgo, 14 de la Constitución de Baja Sajonia, 57 de la Constitución de Sajonia-Anhalt, 24 de la Constitución de Mecklemburgo-Pomerania Occidental, 93 de Renania-Palatinado y 31 (1) de Schleswig-Holstein.

5. Art. 46 (2) GG: «(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».

6. *Vid.* Art. 38 de la Constitución de Baden-Wurtemberg, art. 28 de la Constitución de Baviera, artículo 51 (3) y (4) de la Constitución de Berlín, art. 58 de la Constitución de Brandenburgo, artículo 95 de la Constitución de Bremen, art. 15 de la Constitución de Hamburgo, art. 96 de la Constitución de Hessen, art. 24 (2) de la Constitución de Mecklemburgo-Pomerania Occidental, art. 15 de la Constitución de Baja Sajonia, art. 48 de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia, art. 94 de Renania-Palatinado, art. 82 de la Constitución del Sarre, art. 55 (2) y (3) de la Constitución de Sajonia, art. 58 de la Constitución de Sajonia-Anhalt, art. 31 (2) de la Constitución de Schleswig-Holstein y art. 55 (2), (3) y (4) de la Constitución de Turingia.

7. Ya el artículo 60 suavizaba la inmunidad cuando el delito era calificado como no político (Magiera, 2011: §§ 1-3).

8. Para algunos autores, estas prerrogativas protegerían también el prestigio y la soberanía del Parlamento (*vid.* Butzer, 1991: 82-84; y Wiefelspütz, 2016: § 9, quienes se muestran críticos con esta última posición).

9. El artículo 18 del Reglamento del *Bundestag* (*Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages*) indica que las normas de comportamiento —disciplina— de los miembros del *Bundestag* aprobadas conforme al art. 44 b de Ley de los miembros del *Bundestag* alemán (*Abgeordnetengesetz*) forman parte del Reglamento de la Cámara y están contenidas en el Anexo 1 de dicho Reglamento. La versión actual de dichas normas —«Verhaltensregeln für Mitglieder des Deutschen Bundestages (Anlage 1 der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages)» - *GO-BT Anl1*— ha sido aprobada en el año 2020 (Bekanntmachung zur Änderung der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages vom 07.10.2020 BGBl. I S. 2563).

10. Desde el punto de vista penal, se ha discutido si estamos ante una causa de justificación, o una exención de la culpa. Para Klein y Magiera, la inviolabilidad no excluye ni la tipicidad ni la antijuridicidad ni la culpabilidad, sino que nos encontraríamos simplemente ante una exención personal de la pena que impide procesar al diputado (Klein, 2016: § 32; y Magiera, 2011: § 77).

11. El tipo del artículo 103 *StGB* también se incluía entre los excluidos de la protección de la inviolabilidad, pero fue derogado en el año 2018. Este artículo protegía a los órganos y representantes de países extranjeros frente a las injurias. Por su parte, el artículo 187 del Código Penal establece que cualquiera que, en contra de su mejor juicio, afirme o difunda un hecho falso en relación con otro para menospreciarlo o para desprestigiarlo ante la opinión pública o poner en peligro su crédito, será sancionado con prisión de hasta dos años o con multa y, si el acto se comete públicamente, en reunión o mediante la difusión del contenido (artículo 11, párrafo 3), será punible con una pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa.

12. El artículo 108 e (1) *StGB* establece que será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa aquel diputado o parlamentario de un *Land* que exija, acepte o se deje prometer una ventaja injustificada para sí mismo o para un tercero a cambio de emprender u omitir una acción o seguir instrucciones en el desempeño de su mandato.

13. Art. (46 (2) GG: «(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» (Magiera, 2011: §§ 85-88).

14. Existe un procedimiento simplificado para levantar la inmunidad que se aplica en algunos casos: delitos de tráfico, otros delitos como los regulados en los artículos 90 y 194 (4) *StGB*, cuestiones consideradas nimias por la Comisión de escrutinio electoral, inmunidad y reglamento (*Bagatelleangelegenheiten*), o decisiones al principio de legislatura sobre un proceso sobre el que ya se hubiera pronunciado la Cámara en la legislatura anterior dando su autorización para proceder, o en casos de autorización de la ejecución de una pena de prisión cuando la pena o las penas a imponer no sumen más de tres años (An. 6, arts. 3 y 4 *GOBT*). La Comisión también puede recurrir a dicho procedimiento cuando se trata de exigir que se interrumpa un proceso conforme al artículo 46 (4) GG (An. 6, art. 6 *GOBT*). De acuerdo con tal procedimiento simplificado la Comisión comunicará su decisión al *Bundestag* a través del presidente de la Cámara (sin necesidad de que se incluya en el orden del día) y si pasan siete días desde la comunicación sin que el presidente se oponga por escrito a la decisión se entiende que el *Bundestag* ha tomado tal decisión (An. 6, art. 6 *GOBT*). La Comisión no tiene la obligación de oír al diputado afectado, si bien la Comisión de escrutinio electoral, inmunidad y reglamento puede darle audiencia a petición de un grupo parlamentario (Principio 3 de los principios aprobados por la Comisión de escrutinio electoral, inmunidad y Reglamento (An. 6 *BTGO- Grundsätze in Immunitätsangelegenheiten und in Fällen der Genehmigung gemäß § 50 Abs 3 StPO und § 382 Abs. 3 ZPO sowie bei Ermächtigung gemäß § 90b Abs 2, § 194 Abs. 4 StGB* (a partir de ahora *Grundsätze*)). Por otro lado, el diputado afectado no tiene derecho a votar en los casos en los que se decide su inmunidad tanto si la decisión se toma en el Pleno como si se decide en Comisión y él pertenece a la Comisión (Magiera, 2011: § 121).

15. Antes de que se constituya la Comisión, el presidente puede presentar una recomendación de resolución sobre la inmunidad de un diputado directamente al *Bundestag* (§ 107 (4) *GOBT*). Por otro lado, el artículo 107 (3) *GOBT* señala que la discusión sobre una posible recomendación de resolución por parte de la Comisión no está sujeta a plazos, y que no puede empezar la misma antes del tercer día desde que se haya distribuido la proposición y que en el caso de que la misma no se haya distribuido se leerá.

16. An. 6 *BTGO- Grundsätze in Immunitätsangelegenheiten und in Fällen der Genehmigung gemäß § 50 Abs 3 StPO und § 382 Abs. 3 ZPO sowie bei Ermächtigung gemäß § 90b Abs 2, § 194 Abs. 4 StGB*

17. A ellos se refiere el artículo 81 (1) de la Ley de infracciones administrativas (§ 81 Abs. 1 Satz 2 *OWiG*).

18. Según el primero de los principios, están legitimados para solicitar el levantamiento de la inmunidad: *a*) abogados del Estado, juzgados y tribunales, tribunales de honor y tribunales profesionales con un carácter de Derecho público y corporaciones profesionales que ejercen la inspección por fuerza de la ley («*die Staatsanwaltschaften, Gerichte, Ehren- und Berufsgerichte öffentlich-rechtlichen Charakters sowie berufsständische Einrichtungen, die kraft Gesetzes Standesaufsicht ausüben*»); *b*) en el caso de litigios privados, el tribunal ante el que tiene lugar el litigio; *c*) el acreedor, en procesos de ejecución, salvo que el propio Tribunal tenga legitimación para iniciar la solicitud y *d*) la propia Comisión de escrutinio electoral, inmunidad y reglamento (este último puede dirigir su solicitud directamente al *Bundestag* según el principio número 2, mientras que los demás deben dirigir su solicitud al presidente del *Bundestag* por medio del Ministro de Justicia de acuerdo con el mismo principio).

19. No solo la ejecución de la pena privativa de libertad requiere de consentimiento por no ser suficiente el consentimiento anticipado dado por el *Bundestag* al inicio de la legislatura, de acuerdo con el principio 8 también necesita dicha autorización el llamado arresto coactivo impuesto conforme a la Ley de infracciones administrativas (§§ 96, 97 *OWiG*), así como los procesos ante tribunales de honor y profesionales requieren de esa autorización por no aplicárseles la autorización anticipada aprobada por el *Bundestag* al inicio de la legislatura (principio 10). En fin, el principio 14 regula la necesidad de autorización en casos particulares relativos a insolvencia, falta de comparecencia como testigo, etc.

20. Trute es crítico con la decisión del *BVerfG* en el caso *Pofalla II* pues el *BVerfG* no estimó que se hubiera producido una decisión arbitraria e irrelevante en el caso concreto. Para Trute, había razones suficientes para apreciarlo así. Si se interpreta como en dicho caso, la determinación de lo que es arbitrario quedaría muy restringida; en el futuro el *Bundestag* tendría un margen muy amplio para no apreciar que existe dicha arbitrariedad o irrelevancia en los motivos de la persecución. El fallo, para él, sería un paso en la dirección correcta pero el *BVerfG* no habría llegado hasta el final (Trute, 2003: 150).

21. Butzer insinuaba ya en su monografía de 1991 que un conflicto entre órganos planteado por el parlamentario contra el *Bundestag* por vulneración del mandato representativo del art. 38 (1) frase 2 GG podría resultar admisible, aunque entonces le auguraba poco éxito, pues la posición dominante era que la decisión del *Bundestag* era política (Butzer, 1991: 114-115).

BIBLIOGRAFÍA

- BUTZER, Hermann (1991): *Immunität im demokratischen Rechtsstaat*, Berlín: Dunckler & Humboldt.
- KLEIN, Hans H. (1989): «§ 17. Indemnität und Immunität», en H.P. Schneider y W. Zeh (coords.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlín: De Gruyter, 555-592.
- (2016): «Art. 46», en T. Maunz, G. Dürig, R. Herzog, R. Scholz, M. Herdegen y H.M. Klein (coords.), *Grundgesetzkommentar*, 79 Ergänzungslieferung, Munich: ed. C.H. Beck.
- MAGIERA, Siedfried (2011): «Art. 46», en W. Kahl, C. Walhoff y C. Walter (dirs.), *Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Ordner 9 (Art. 45a-61)*, Karlsruhe: C.F. Müller.
- RÖPER, Erich (1998): *Parlamentarier und Parlament*, Berlín: Dunckler & Humboldt.
- SCHRÖDER, Meinhard (1982): «Rechtsfragen des Indemnitätsschutzes», *Der Staat*, 21(1), 25-52.
- TRUTE, Hans-Heinrich (2003): «Entscheidungen | Verfassungsrecht. Parlamentsrecht | BVerfG, Urteil v. 17.12.2001 - 2 BvE 2/00», *Juristenzeitung (JZ)* 58(3), 148-151.
- WIEFELSPÜTZ, Dieter (2002): «Die Immunität des Abgeordneten», *DVBl*, 18, 1229-1238.
- (2016): «Indemnität und Immunität», en M. Morlok y U. Schliesky (coords.), *Parlamentsrecht (Praxishandbuch)*, Baden Baden: Nomos, 463- 480.

WITT, Olaf (2001): «Das Immunitätsrecht im Grundgesetz», *Jura* 2001, 585-588.
WITTE-WEGMANN, Gertrud (1974): «Parlamentarische Redefreiheit auch für Regierungsmitglieder?» *DVBl*, 6(22), 866-870.
WURBS, Richard (1987): *Regelungsprobleme der Immunität und der Indemnität in der parlamentarischen Praxis*, Berlin: Dunckler & Humboldt.

Fecha de recepción: 1 de agosto de 2021.

Fecha de aceptación: 29 de octubre de 2021.

LAS INMUNIDADES DE LOS MIEMBROS DE LOS PODERES EJECUTIVO
Y LEGISLATIVO FRANCÉS: ¿UN EQUILIBRIO IMPOSIBLE?

*THE IMMUNITIES OF THE MEMBERS OF THE FRENCH LEGISLATIVE
AND EXECUTIVE BRANCHES: AN IMPOSSIBLE BALANCE?*

Hubert Alcaraz

*Catedrático de Derecho público
Universidad de Pau y de los Países del Adour*

RESUMEN

Al igual que muchos otros textos constitucionales, la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958 otorga inmunidades a los miembros del poder ejecutivo y del poder legislativo. Estas inmunidades son de dos tipos —irresponsabilidad e inviolabilidad—, protegen una función y son reguladas por la Constitución. No obstante, tanto una como la otra han sido objeto de debate, llegando a originar incluso revisiones constitucionales con miras a lograr un mejor equilibrio entre la preocupación por otorgar a los gobernantes privilegios indebidos y la preocupación por garantizarles una protección que se adapte al ejercicio de sus funciones, sin olvidar por ello las dificultades vinculadas con la moralización de la vida política.

PALABRAS CLAVE

Francia, inmunidad, irresponsabilidad, inviolabilidad, constitución, revisión, presidente de la República, ministro, parlamentario.

ABSTRACT

Like many constitutional texts, the French Constitution of October 4, 1958 establishes immunities for the benefit of members of the executive power and the legislative power. Of two types —irresponsibility and inviolability— these immunities protect a function and are framed by the Constitution. However, both have sometimes sparked debate, sometimes even provoking constitutional revisions in an attempt to strike a better balance between the concern not to confer undue privileges on the rulers and the concern to ensure them a protection adapted to the exercise of their functions, without neglecting the difficulties linked to the moralization of political life.

KEYWORDS

France, immunity, irresponsibility, inviolability, constitution, revision, president of the Republic, minister, parliamentarian.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2021.030>

LAS INMUNIDADES DE LOS MIEMBROS DE LOS PODERES EJECUTIVO Y LEGISLATIVO FRANCÉS. ¿UN EQUILIBRIO IMPOSIBLE?

Hubert Alcaraz

Catedrático de Derecho público
Universidad de Pau y de los Países del Adour

Sumario: 1. Unas irresponsabilidades siempre bienvenidas. 1.1. La irresponsabilidad general del presidente de la República. 1.2. La irresponsabilidad limitada de los miembros del Gobierno y los parlamentarios. 2. Unas inviolabilidades cuestionadas. 2.1. La preservación de una inviolabilidad problemática del presidente de la República. 2.2. La reducción de la inviolabilidad de los miembros del Gobierno y los parlamentarios. Notas. Bibliografía

«*Princeps legibus solutus est*». Todos conocemos el adagio de Ulpiano. Es simple. Simple en la formulación de un principio. Simple, también, el rechazo unánime del mismo en la actualidad. Porque, ¿cómo puede defenderse que el príncipe esté desvinculado de las leyes? Dicho de otro modo, ¿cómo puede justificarse que quien ostenta el poder político quede, por principio, al margen de las normas a las que se someten el resto de los ciudadanos? En resumen, el Siglo de las Luces y las reflexiones que más tarde se desarrollaron después del siglo XVIII se opusieron claramente a este concepto. Con todo, la Revolución francesa todavía en su etapa enardecida y, más tarde, la experiencia que aportaron los regímenes políticos sucesivos —a veces opresivos— mostraron a partir de esta época que —para parafrasear y parodiar la fórmula de Montesquieu— es preciso que el poder detenga al poder. A este respecto, la historia de la responsabilidad de los gobernantes en Francia se explica por la tensión entre dos tendencias contrapuestas: de un parte, la voluntad de no otorgar a los gobernantes más privilegios que a los ciudadanos y, de otra, la preocupación por garantizarles

una protección que les permita ejercer sus funciones con cierta serenidad. La conciliación es delicada y nunca ha sido plenamente satisfactoria. ¿Lo es acaso en la actualidad?

Partiendo de este punto de vista, la Constitución francesa del 4 de octubre de 1958 instauró el régimen de la V República y fue poco novedosa en lo que respecta a la responsabilidad jurídica de los gobernantes, si bien delimitó su responsabilidad política, previsión inédita en la historia constitucional francesa. Seamos todavía más claros: la Constitución de 1958, ante todo preocupada por la estabilidad gubernamental, descuida incluso la moralidad de la vida política hasta el punto de que a menudo, desde esta perspectiva, necesita adaptaciones continuas que, evidentemente, no siempre se han llevado a cabo. Pero antes de profundizar en ello, y para comprender mejor la cuestión que nos ocupa, es importante realizar algunas precisiones metodológicas referidas tanto al objeto de la reflexión como a su ámbito de aplicación.

Por lo que respecta a las aclaraciones metodológicas, empecemos por tratar la noción del objeto de nuestro debate: las inmunidades. Si bien cabe señalar que «[...] en Derecho constitucional, una inmunidad es una protección, el objeto de la cual es permitir a un representante de la nación ejercer con libertad y con total independencia su mandato» (Le Divillec y De Villiers, 2020: 195), la investigación también arroja luz sobre el origen latino del término *immunitas*, que en francés aparece en torno al siglo XIII (Guerin-Bargues, 2011: 10). El uso del término se expandió en el siglo XIX tanto en Derecho constitucional como en Derecho internacional (Grandaubert, 2021: 4-8) junto con las nociones de irresponsabilidad e inviolabilidad, que designan «[...] un tratamiento desorbitado del Derecho común en nombre de una diferencia considerada lo suficientemente importante por el orden jurídico para justificar una derogación del principio de legalidad y de igualdad ante la ley» (Guerin-Bargues, 2011: 10-11).

A partir de aquí, es necesario distinguir dos tipos de inmunidad. Por una parte, la irresponsabilidad, es decir, la «inmunidad de fondo» (Gicquel y Gicquel, 2020: 667) o «inmunidad sustancial» (Guerin-Bargues, 2011: 11), que al suprimir la sanción legal de la infracción simplemente la hace desaparecer (Isar, 1984: 685), y, por otra, la inviolabilidad, es decir, la «inmunidad de forma» (Gicquel y Gicquel, 2020: 667) o «inmunidad jurisdiccional de ejecución» (Guerin-Bargues, 2011: 11), que protege temporalmente a su beneficiario de acciones de ejecución o de orden procesal sometiéndolas a un régimen jurídico de excepción. La irresponsabilidad y la inviolabilidad son dos tipos distintos de inmunidad cuyo común denominador es el carácter derogatorio y desorbitante del Derecho común, si bien se diferencian claramente tanto por sus efectos como por su ámbito de aplicación. Surge entonces la necesidad de realizar aclaraciones metodológicas relativas al ámbito de aplicación de los mecanismos, puesto que ambas inmunidades no cubren el mismo campo: la inmunidad que otorga la irresponsabilidad es absoluta y perpetua, mientras que la de la inviolabilidad es solo temporal y relativa. Pero una y otra comparten la misma base: la necesidad de proteger a su beneficiario para que pueda ejercer libremente sus funciones (Collot, 2012: 264; Carcassone y Guillaume,¹³2016: 157; y Guerin-Bargues, 2011: 12). Dicho de otro modo, las inmunidades, sean cuales fueren, no están vinculadas a la persona

de su beneficiario, sino a la función o cargo que este desempeña; por ello, no es extraño leer que se trata de protecciones funcionales (Gicquel y Gicquel, 2020: 666 y 784). De esa tesis se desprende que no confieren un derecho subjetivo y que, por el contrario, tienen una naturaleza objetiva (Guerin-Bargues, 2011: 12)¹. Por otro lado, es de suma importancia precisar que, cuando asistimos a un debilitamiento —por no decir, a veces, una desaparición— de la responsabilidad política en beneficio de la responsabilidad jurídica y de la penalización de la vida política (Portelli, 2009: 113), tanto la irresponsabilidad como la inviolabilidad, ambas situadas fuera del ámbito de la responsabilidad política, solo dependen de las modalidades de aplicación de la responsabilidad jurídica —civil o penal— de los gobernantes (Ardant, 2002: 464).

Todavía queda por determinar de qué gobernantes se trata, es decir, los beneficiarios de las protecciones que confieren las susodichas inmunidades. Si el objetivo de las inmunidades es garantizar la autonomía funcional necesaria para la realización de una acción pública, estaríamos hablando solo de las funciones políticas de ámbito nacional; es decir, en la práctica, de las inmunidades reconocidas tanto a los miembros de las asambleas legislativas como a los titulares del poder ejecutivo, es decir, en el marco de la V República, al presidente de la República, de un lado, y a los miembros del Gobierno, del otro. Por supuesto, no debe pasarse por alto que otras funciones justifican formas específicas de inmunidad, principalmente en los ámbitos infraestatal o supraestatal. Aun así, las dimensiones sobre las que reflexionaremos aquí —como la importancia y, para determinadas funciones, la supremacía que se les reconoce en el sistema político por parte del régimen de la V República— consideran únicamente estos tres «mandatos»² de ámbito nacional. Máxime si se tiene en cuenta que, para cada uno de ellos —presidente de la República, miembros del Gobierno y parlamentarios—, la existencia y el alcance de las inmunidades ponen la cuestión de la igualdad ante la ley en tela de juicio y, más aún, la igualdad ante la justicia. Estos son los términos en los que los conceptos de irresponsabilidad y inviolabilidad han sido objeto de debate —y en ocasiones de indignación— desde los años 90. La divulgación de un cierto número de «casos»³ en los que había gobernantes implicados puso en evidencia la inadaptación, las lagunas, los puntos oscuros o las carencias de las normas relativas a su responsabilidad penal. El jefe del Estado, los ministros o los parlamentarios pueden tener debilidades, cometer infracciones, pero, ¿pueden eludir la norma común que exige que cada uno responda por sus actos? Asimismo, todas las prerrogativas se han ido reformando a medida que la opinión pública ha detectado en ellas algún tipo de desigualdad o impunidad⁴. Las que todavía subsisten actualmente han visto reducido su ámbito de aplicación, si bien no en la misma proporción que la indignación que han provocado algunos escándalos. Para ofrecer una visión general más completa de estas inmunidades, podría decirse que 1) si bien las irresponsabilidades son bienvenidas, 2) las inviolabilidades se cuestionan.

1. UNAS IRRESPONSABILIDADES SIEMPRE BIENVENIDAS

En el ámbito de los titulares del poder político nacional, la irresponsabilidad o inmunidad de fondo beneficia tanto a los miembros del poder ejecutivo como a los del poder legislativo. Todos están protegidos contra las eventuales acciones y otros procedimientos dilatorios o abusivos que podrían tratar de obstaculizar sus actuaciones. A los ojos de la Constitución, ni el presidente de la República ni los ministros ni los parlamentarios son justiciables como los demás ciudadanos. Sin embargo, el alcance de la irresponsabilidad de unos y otros varía dependiendo de las funciones que trata de proteger. En este sentido, la primacía que la V República otorga a su presidente tiene sus consecuencias, puesto que goza de una irresponsabilidad de carácter general (1.1), mientras que los miembros del Gobierno, como los parlamentarios, se benefician de una irresponsabilidad más limitada (1.2).

1.1. LA IRRESPONSABILIDAD GENERAL DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

La irresponsabilidad del jefe del Estado de la V República se caracteriza por tres atributos: se trata de una irresponsabilidad «absoluta, perpetua y personal». A este respecto, cabe señalar que, si bien esta tradición se ha perpetuado en todos los regímenes —monárquicos o republicanos, democráticos o autoritarios, presidenciales o parlamentarios—, adquirió especial notoriedad a partir de 1958 y fue objeto tanto de dudas como de críticas. La norma de acuerdo con la cual el presidente de la República no puede ver cuestionada su responsabilidad política se basa específicamente en el principio de separación de poderes⁵. Conforme a las disposiciones de los artículos 49 y 50 de la Constitución, esta norma únicamente afecta al primer ministro y solo puede promoverla la Asamblea Nacional francesa. A continuación, el artículo 67 de la Constitución completa este régimen y plantea la responsabilidad jurídica, principalmente penal, del jefe de Estado en estos términos: «El presidente de la República no será responsable de los actos realizados en calidad de tal, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 53-2 y 68». En otras palabras, el principio es el de la irresponsabilidad política del presidente de la República y solo como excepción puede exigírsele responsabilidad penal (Pactet y Melin-Soucramanien, ³⁹2021: 459). Esta exigencia de responsabilidad penal puede hacerse efectiva a través de dos vías: por una parte, la del artículo 53-2 de la Constitución, es decir, el sometimiento a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en caso de tratarse de crímenes internacionales —tales como crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad o genocidio⁶— y, por otra, la del artículo 68 de la Constitución para todas las cuestiones relativas al Derecho interno. Desde este punto de vista, la responsabilidad penal del jefe del Estado en el orden jurídico francés viene determinada en la actualidad por los artículos 67 y 68 de la Constitución. A results de una revisión constitucional aprobada el 23 de febrero de 2007⁷, la nueva redacción dada a estos artículos trató de acabar con una controversia generada, en particular, a finales de los años 90.

Para comprender mejor esta evolución, cabe recordar que, antes de 2007, el artículo 68 preveía que el presidente de la República era responsable penalmente solo en caso de «alta traición», incriminación difícil de delimitar con precisión (Renoux, De Villiers y Magnon, ¹⁰2021: 1096), pero que, a falta de una aplicación efectiva, no planteaba dificultades prácticas. La situación del presidente Jacques Chirac fue la que finalmente cristalizó las dificultades y suscitó el debate, ya que, elegido presidente de la República en 1995 y, posteriormente, en 2002, fue acusado por unos hechos anteriores a 1995, es decir, cometidos previamente a la asunción de su cargo. Esta circunstancia planteó la siguiente cuestión: ¿podían considerarse estos hechos separables del ejercicio de la función de presidente de la República? En caso afirmativo, J. Chirac habría podido ser acusado ante los tribunales penales de Derecho común. Si, por el contrario, estos hechos se consideraban no separables del ejercicio de la función de presidente de la República, no podría ser encausado de ningún procedimiento judicial y se beneficiaría, por tanto, de una especie de «inmunidad»⁸.

El Consejo Constitucional, en primer lugar⁹, y posteriormente el Tribunal de Casación¹⁰ resolvieron esta cuestión concretando la situación penal del jefe del Estado al considerar que los actos cometidos antes del inicio del mandato del presidente debían considerarse conductas separables del ejercicio de sus funciones. No obstante, con miras a proteger la función presidencial, el presidente se beneficia de un fuero de jurisdicción mientras dura su mandato, es decir, que no puede ser procesado ante los tribunales de Derecho común; únicamente dependerá, mientras dure su mandato, de la competencia del Alto Tribunal de Justicia. De este modo, para preservar los derechos de las eventuales víctimas y garantizar la efectividad de la justicia, se suspenderá la prescripción de los delitos penales mientras dure el mandato presidencial. Como las anteriores precisiones no bastaron para cancelar el debate, el poder constituyente tuvo que tomar cartas en el asunto cuando Jacques Chirac, entonces candidato a su propia reelección en el 2002, prometió el nombramiento de una comisión que se encargaría de proponer una reforma del estatuto penal del jefe del Estado. Instituida el 3 de julio de 2002, la comisión entregó su informe el 12 de diciembre de 2002, informe que inspiró ampliamente la revisión constitucional del 23 de febrero de 2007, de la surgieron los actuales artículos 67 y 68 de la Constitución.

No obstante, el jefe del Estado, independientemente de la naturaleza de los hechos imputados y del momento en el que se cometieron, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 de la Constitución: «No podrá, durante su mandato y ante ninguna jurisdicción o autoridad administrativa francesa, ser requerido para testificar ni ser objeto de una acción o acto de información, instrucción o acusación». Este artículo añade: «Quedarán suspendidos todos los plazos de prescripción o preclusión. Las instancias y procedimientos a los que pongan obstáculos de esta forma podrán reanudarse o iniciarse en su contra al término del plazo de un mes desde el cese de sus funciones». No obstante, tomando como fuente de inspiración el procedimiento americano del juicio político (*impeachment*), el artículo 68 precisa que, durante su mandato, y a título excepcional, el presidente puede ser destituido «[...] en caso de incumplimiento de sus deberes manifiestamente incompatible con el ejercicio de su mandato», y que esta destitución «[...] será acordada por el Parlamen-

to constituido en Alto Tribunal de Justicia»¹¹. Observamos aquí una especie de «responsabilización» (Levade, 2014: 51) —penal— del presidente de la República que puede llegar a derivar en una forma de responsabilidad política, puesto que la imprecisión de la expresión «[...] en caso de incumplimiento de sus deberes manifiestamente incompatible con el ejercicio de su mandato» puede dar pie a diversas interpretaciones e incluso a su instrumentalización política. Además, a ojos del Consejo Constitucional, la naturaleza política de esta eventual responsabilidad no genera duda alguna, puesto que, como precisó de forma muy explícita, «[...] el Alto Tribunal [...] no es una jurisdicción para juzgar al presidente de la República por las infracciones cometidas en calidad de tal, sino una asamblea parlamentaria competente para designar su destitución en caso de producirse un incumplimiento de sus deberes manifiestamente incompatible con el ejercicio de su mandato»¹².

A pesar de que no conviene sobrevalorar este peligro desde que se establecieron normas procesales muy estrictas para precisamente limitar este inconveniente¹³, la Comisión de Renovación y Deontología de la Vida Pública¹⁴ recomendó ir todavía más lejos (Commission de Renovation et de Deontologie de la Vie Publique, 2012: 64). Para definir con mayor precisión la responsabilidad excepcional del presidente de la República, propuso eliminar cualquier posible ambigüedad sustituyendo las expresiones «Alto Tribunal de Justicia» y «Parlamento constituido en Alto Tribunal de Justicia», que actualmente figuran en el artículo 68 de la Constitución, por las expresiones de «Congreso» y «Parlamento constituido en Congreso»¹⁵. En 2007, la revisión constitucional ya inició este trabajo de clarificación reemplazando la expresión de «Alto Tribunal de Justicia» por la de «Alto Tribunal», que es más de su preferencia. Esta modificación enfatizó el carácter exclusivamente político del procedimiento de destitución y diferenció radicalmente la situación del presidente de la de los ministros y parlamentarios.

1.2. LA IRRESPONSABILIDAD LIMITADA DE LOS MIEMBROS DEL GOBIERNO Y LOS PARLAMENTARIOS

Por lo que respecta a los parlamentarios, una inmunidad de fondo concretada en una irresponsabilidad jurídica clara los pone a salvo de cualquier acusación civil o penal por las opiniones o los votos emitidos en el ejercicio de su mandato¹⁶. Esta irresponsabilidad vale para todas las intervenciones que realicen en las distintas formaciones de la Cámara, incluso si estas ocasionan algún daño o son subsumibles en un tipo penal. Este primer tipo de inmunidad protege a los parlamentarios de cualquier acción judicial, penal o civil, motivada por los actos que, cometidos fuera del marco del mandato parlamentario, conllevarían una incriminación y, eventualmente, una sanción penal o que serían susceptibles de comprometer la responsabilidad civil de su autor¹⁷. Se trata de salvaguardar a los parlamentarios de cualquier tipo de persecución por los actos vinculados al ejercicio de su mandato. De esta forma, el orden jurídico permite al parlamentario que se exprese con total libertad, de forma que la irresponsabilidad tiene validez tanto durante el mandato como cuando este acaba, puesto que no cesa al finalizar el mandato¹⁸. En este sentido, el párrafo 1 del artículo 26 de la Constitución dispone: «Ningún miembro del Parlamento podrá ser

procesado, perseguido, detenido, preso o juzgado por opiniones o votos que haya emitido en el ejercicio de sus funciones».

Además de esta dimensión temporal ampliada, la dimensión material vinculada a la irresponsabilidad parlamentaria es igualmente relevante, dado que tiene por objeto el propio discurso, pero también la reproducción del discurso, así como los informes de buena fe de los periodistas (Gicquel y Gicquel, 2021: 502-503). No obstante, esta irresponsabilidad no es ilimitada, puesto que el parlamentario sigue siendo responsable por lo que hace, dice o escribe fuera del ejercicio de su mandato¹⁹. Por otro lado, incluso en el seno de los órganos de la Cámara, queda sometido al régimen disciplinario previsto por el reglamento de la misma. Entendemos, por ello, que la irresponsabilidad no es total y que, en todo caso, no cubre el conjunto de las actuaciones del electo, por lo que será el juez el responsable de valorar «[...] si los hechos imputados [al parlamentario] entran en el ámbito de aplicación de la irresponsabilidad» (Collot, 2012: 264)²⁰. Incluso si su ámbito de aplicación no es tan amplio como en el caso de la irresponsabilidad presidencial, se puede, en síntesis, considerar que la irresponsabilidad es, a la vez, absoluta, permanente y perpetua²¹.

Por lo que hace a los ministros, a la par y antes que su responsabilidad política²², se encuentra el principio de responsabilidad penal que la Constitución de 1958 siempre ha admitido, aunque implementando un sistema que, como en el caso de la responsabilidad penal del presidente de la República, ha suscitado controversia (Renoux, De Villiers y Magnon, ¹⁰2021: 1104)²³. En este caso, el debate se centró en la exigencia de responsabilidad que, por su grado de ineficacia, lindaba con la impunidad —lo que, en última instancia, aumentaba desmesuradamente el ámbito de la inviolabilidad de los miembros del Gobierno—, hasta el punto de que semejante anomalía justificó la revisión constitucional aprobada en 1993²⁴. Antes de esta fecha, el antiguo artículo 68 de la Constitución preveía una responsabilidad penal de los ministros, pero, tal como la interpretó en concreto el Tribunal de Casación²⁵, esta disposición daba lugar, en realidad, a una auténtica «parálisis» (Renoux, De Villiers y Magnon, ¹⁰2021: 1104) porque las tentativas de emprender acciones judiciales contra un ministro nunca obtenían resultados.

Tras la revisión constitucional de julio de 1993, la responsabilidad penal del ministro descansa, en términos generales, en una distinción tendencialmente similar del jefe de Estado, puesto que diferencia entre los actos realizados en el ejercicio de sus funciones y los actos que son separables de las mismas. En efecto, el artículo 68-1 de la Constitución establece: «Los miembros del Gobierno serán responsables penalmente de los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones y tipificados como delitos en el momento en el que los cometieron»²⁶. De modo que, cuando los hechos imputados no están relacionados con la función ministerial, los ministros pueden ser objeto de un procedimiento judicial de Derecho común, al igual que cualquier otra persona privada; por tanto, su responsabilidad puede ser juzgada ante los tribunales ordinarios²⁷. La realidad, no obstante, es a veces más sutil y susceptible de interpretaciones divergentes. El Tribunal de Casación trató de establecer una distinción clara y determinó que «[...] los actos cometidos por un ministro en el ejercicio de sus funciones son aquellos que tienen una relación directa con la gestión de los asuntos del Estado [...] a excepción de los comportamientos

relativos a la vida privada o los cargos electivos locales» y esto incluso si la realización de los hechos es concomitante con el ejercicio de una actividad ministerial»²⁸. Pero más allá de la interpretación de un principio de irresponsabilidad tradicional, lo que realmente ha suscitado el debate y ha motivado cambios normativos, pasados y quizás por venir, es el alcance de la inviolabilidad de la que se benefician los miembros del Gobierno. Independientemente del sujeto que sea su beneficiario, la inviolabilidad no goza de reconocimiento actualmente.

2. UNAS INVIOABILIDADES CUESTIONADAS

Entre las inmunidades de las que gozan tradicionalmente los titulares del poder ejecutivo a escala nacional y los parlamentarios, la inviolabilidad les otorga una protección funcional de forma. Consideramos, en este sentido, que se trata de eximirlos de la mayoría de las diligencias procesales que, en principio, podrían, afectar a los demás justiciables. Una vez más, con base en la misma inspiración y en los mismos fundamentos que los previstos para la irresponsabilidad, el orden judicial protege, de este modo, al responsable político contra las diligencias procesales que podrían incoarse contra él con miras a frustrar su acción política. Ya se trate del presidente de la República (2.1) o de los ministros y parlamentarios (2.2), la preocupación es que esta inviolabilidad no se convierta en sinónimo de impunidad y, en consecuencia, de menoscabo de la igualdad ante la justicia entre la autoridad política y el ciudadano.

2.1. LA PRESERVACIÓN DE UNA INVIOABILIDAD PROBLEMÁTICA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Aunque, como ya se ha explicado anteriormente, la irresponsabilidad política del jefe de Estado bajo la V República es completa, siempre se ha admitido junto a ella cierta forma de responsabilidad penal. El antiguo texto de la Constitución preveía un sistema según el cual competía a las dos asambleas —Asamblea Nacional y Senado— la iniciación de diligencias procesales contra el presidente de la República y votar en términos idénticos²⁹. A continuación, el Alto Tribunal de Justicia, compuesto por doce diputados y doce senadores elegidos por cada asamblea, era el responsable del enjuiciamiento. En cuanto al resto, el texto constitucional no se pronunciaba sobre las infracciones pendientes de sanción —la noción de «alta traición» es difícil de delimitar—, sobre el carácter de dicha responsabilidad ni sobre la naturaleza de la inmunidad acordada al presidente³⁰. Sobre todo y, además, ¿qué posibilidades había de sancionar las infracciones penales ordinarias cometidas durante o antes de la asunción del cargo?

El Consejo Constitucional y el Tribunal de Casación intentaron arrojar cierta luz al respecto. El juez constitucional estimó que, durante su mandato, el presidente se beneficiaba solo de un simple privilegio de jurisdicción³¹. En otras palabras, si bien podía ser perseguido por los hechos sometidos a escrutinio, dichas actuaciones solo podían desarrollarse

según el procedimiento de alta traición ante el Alto Tribunal de Justicia. Según el Tribunal de Casación, las cosas eran, en cierto modo, más sencillas, puesto que el presidente gozaba de inmunidad absoluta mientras durara su mandato, aunque solo temporalmente³². Como ya se ha comentado, la situación de Jacques Chirac —reelegido presidente en el 2002— en relación con los hechos y las eventuales infracciones cometidas en 1990, cuando era el alcalde de París, reactivó la polémica y desencadenó una revisión de la Constitución a este respecto en 2007. Si bien tras esta revisión se ha mantenido el principio de irresponsabilidad (política) presidencial³³, la nueva norma establece que la responsabilidad penal del jefe del Estado solo podrá exigirse a partir del momento en el que el presidente finalice su mandato y se convierta en justiciable como el resto de las personas. En este sentido, el párrafo 2 del artículo 67 de la Constitución contempla el principio de inviolabilidad presidencial y prevé que el presidente «[...] no podrá, durante su mandato y ante ninguna jurisdicción o autoridad administrativa francesa, ser requerido para testificar ni ser objeto de una acción o acto de información, instrucción o acusación». No obstante, la cuestión del ámbito de aplicación de la inviolabilidad presidencial seguía siendo incompleta —concretamente, tanto la determinación de su alcance como sus efectos prácticos—, de modo que la revisión del 2007 no solo no eliminó todas las ambigüedades, sino que, en la práctica, incluso puso en evidencia algunas debilidades.

A tal efecto, la primera duda que se planteaba concernía al ámbito de aplicación o, dicho de otra forma, al alcance de la inviolabilidad presidencial. La vida política francesa había demostrado que algunas personalidades eran capaces de promover interpretaciones cuando menos matizadas: sobre la base del principio de inviolabilidad, y a través de una interpretación particularmente enérgica que el entonces presidente de la República, François Mitterrand, hizo cuando, por ejemplo, en agosto de 1984 defendió que el antiguo presidente, Valéry Giscard d'Estaing, podía negarse a atender una convocatoria en la que se le instaba a comparecer ante una comisión de investigación parlamentaria por unos hechos ocurridos cuando era presidente. Por su parte, Jacques Chirac había rechazado declarar como testigo en el caso conocido como *Clearstream* que, sin embargo, se originó durante su mandato³⁴. Y tan solo unos meses más tarde, una vez adoptada la revisión de febrero de 2007, en el mes de noviembre de ese mismo año la esposa del presidente de la República, Nicolas Sarkozy, rechazó testificar ante una comisión parlamentaria con motivo de su actuación como enviada especial «personal» del presidente³⁵; en el mismo caso, y a diferencia de ella, uno de sus asesores especiales aceptó presentarse a los interrogatorios de la comisión³⁶. Por su parte, el juez penal estaba dividido sobre el mismo tema: los jueces competentes en cuanto al fondo opinaban que la inviolabilidad presidencial debía ampliarse a los colaboradores del presidente, mientras que el criterio del Tribunal de Casación era el contrario³⁷.

En cuanto a la propia figura del presidente de la República, las normas de inviolabilidad definidas por la nueva redacción del párrafo 2 del artículo 67 de la Constitución prevén que su inmunidad absoluta temporal está condicionada a unas normas de prescripción concretas, puesto que la prescripción de eventuales infracciones se suspende mientras dura el mandato y la persecución judicial en su contra solo podrá reanudarse al término del

plazo de un mes desde el cese de sus funciones. Dicho de otro modo, el presidente no puede ser perseguido ni requerido para testificar mientras ostenta su cargo, pero todos los procedimientos judiciales podrán reanudarse una vez finalizado el plazo de un mes desde el cese de sus funciones. La desigualdad entre el presidente y los demás justiciables es flagrante, tanto en materia civil como penal. En materia civil, una vez más Nicolas Sarkozy, por aquel entonces presidente de la República, ofreció otro ejemplo de ello con ocasión de su divorcio en octubre de 2007. Sarkozy tenía derecho a iniciar el procedimiento de divorcio, mientras que su esposa de aquel momento no podía³⁸. En esta misma línea, el presidente tiene derecho a reclamar la reparación de un daño —por ejemplo, un daño moral derivado de una vulneración de sus derechos de imagen³⁹— sin que la persona a la que acusa pueda interponer una contrademanda (o reconvencción) en el hipotético caso de que ella quisiera defender que, en realidad, fue ella la que sufrió el daño. En materia penal, la condena de Jacques Chirac ejemplificó los defectos de este régimen jurídico. Así es: Chirac pudo ser acusado y condenado el 15 de diciembre de 2011 a una pena dos años de prisión en suspenso por desviación de fondos públicos, abuso de confianza y tráfico de influencias en un asunto relacionado con empleos ficticios (Lascombe, Pottereau y De Gaudemont, 2021: 851). Este caso, muy anterior al periodo en el que había sido presidente de la República, hacía referencia a unos hechos que se remontaban a la época en la que era alcalde de París, a principios de los años 90. Aunque a todas luces remarcable, esta condena puso en evidencia dos dificultades: por una parte, que la sentencia se dictó muy (demasiado) tarde y, por otra, que Jacques Chirac, entonces mayor y enfermo, decidió no recurrir la sentencia. Las nuevas debilidades de la reforma del 2007 quedaron al descubierto⁴⁰.

Se entiende, entonces, que a partir de 2012 se plantearan y promovieran nuevos ajustes, en particular por parte de la Comisión Jospin. De hecho, la Comisión Jospin había señalado precisamente las debilidades del estatuto jurisdiccional del presidente de la República y, más específicamente, del régimen de inviolabilidad temporal en materia penal y civil, que protegía en exceso al presidente (Commission de Renovation et de Deontologie de la Vie Publique, 2012: 64) e iba mucho más allá de lo estrictamente necesario para garantizar una tutela legítima de la función. La amplitud de la prerrogativa llegaba a garantizar una impunidad casi total al jefe del Estado. Además, preocupada por el respecto a la igualdad de los ciudadanos ante la justicia, la Comisión formuló tres propuestas para garantizar el principio de igualdad y restablecer la confianza entre los franceses y su presidente. Como ya hemos señalado, la primera propuesta estaba relacionada con la irresponsabilidad del presidente y era relativamente modesta. Las otras dos propuestas fueron más innovadoras: según la Comisión, para poner fin a esta inviolabilidad casi absoluta era necesario prever que, si los actos del presidente son separables de su cargo, se sometieran al Derecho común, sin que por ello se vieran privado de una protección indispensable contra las demandas y los procedimientos abusivos.

De esta forma, sin dejar de lado el principio que rige la aplicación del Derecho común, se subrayó la necesidad de establecer unas normas de procedimiento y unas competencias específicas. Para lograr esa finalidad, la Comisión propuso que las investigaciones en materia penal o civil fueran filtradas por una comisión superior de evaluación previa que se

encargaría de descartar las investigaciones manifiestamente infundadas o no separables del ejercicio de las funciones. De esta forma, se pondría fin a la desigualdad de armas entre el presidente-justiciable y el resto de justiciables. No obstante, aunque la anterior reforma dio lugar a un proyecto de reforma constitucional, presentado ante el Consejo de ministros el 13 de marzo de 2013, el texto no fue discutido en el Parlamento⁴¹. Al parecer, y teniendo en cuenta el contexto político del momento, estaba claro de antemano que el proyecto de reforma no obtendría la mayoría necesaria de tres quintos de los votos emitidos, como exige el artículo 89 de la Constitución⁴². Las modificaciones introducidas con motivo de la situación de los ministros no aportaron, de entrada, una satisfacción total, por lo que se consideraba que también merecerían ser revisadas.

2.2. LA REDUCCIÓN DE LA INVOLABILIDAD DE LOS MIEMBROS DEL GOBIERNO Y LOS PARLAMENTARIOS

Sin perjuicio de que está prevista para evitar las acciones abusivas —por ejemplo, las denuncias calumniosas—, la protección de la que gozan los ministros y parlamentarios no puede ampliarse para que abarque toda su actividad política. Como muchos otros regímenes, la V República se instauró para tratar de lograr este equilibrio; teniendo en cuenta este criterio, se llevaron a cabo varias reformas de la Constitución —aunque quedan otras por hacer— para tratar de conseguir ese objetivo, que la Constitución no parece haber alcanzado todavía de forma satisfactoria. En lo tocante a los ministros, la aplicación de su responsabilidad y, con ella, la competencia exclusiva o no del poder judicial a este efecto, ha suscitado también debates que han llegado a provocar una modificación importante de estas cuestiones. La experiencia ha demostrado que la inmunidad de forma, que sustenta una forma de inviolabilidad de los ministros, aunque limitada en el papel, era cuando menos difícil de llevar a la práctica, hasta el punto de que se planteaban serias dudas sobre la posibilidad de investigar la responsabilidad de los ministros, evidencia que motivó la reforma de esta regulación en 1993⁴³. Para verlo con mayor claridad, recordemos que, en su redacción original, el artículo 68 de la Constitución contemplaba la competencia del Alto Tribunal de Justicia —también competente para dirimir las responsabilidades del presidente de la República— para juzgar la responsabilidad penal de los ministros⁴⁴. En otras palabras, teniendo en cuenta las reglas de composición del Alto Tribunal de Justicia hasta 1993, el procedimiento dependía del propio Parlamento, puesto que el Alto Tribunal de Justicia estaba formado paritariamente por diputados y senadores y era competente para juzgar a los miembros del Gobierno.

A efectos prácticos, esta jurisdicción no solo era difícil de comprender, sino también de instituir y, por qué no decirlo, «inadecuada a la función» que debía desempeñar (Pactet y Melin-Soucramanien, ³⁹2021: 484). Por este motivo, entre 1958 y 1993 no se materializó ningún procedimiento, aunque en dos ocasiones se votó una acusación. La primera vez fue en 1987, año en que se adoptó por mayoría absoluta una resolución de acusación contra Christian Nucci, antiguo ministro de Cooperación, acusado de falsedad en escrituras públicas y privadas. No obstante, una ley de amnistía puso fin al procedimiento.

La segunda ocasión en la que se sometió a votación una acusación fue en 1992 y se dirigió contra Laurent Fabius, antiguo primer ministro, Georgina Dufoix y Edmond Hervé, antiguos ministros de Salud, acusados de no prestar asistencia a una persona en peligro en el caso llamado «caso de la sangre contaminada»⁴⁵. Pero, una vez más, el caso no prosperó porque la comisión de instrucción perteneciente al Alto Tribunal de Justicia estimó que los hechos habían prescrito. El privilegio de jurisdicción previsto para los ministros parecía cada vez más una auténtica inmunidad y un atentado claro al principio de igualdad ante la justicia. La opinión pública no permaneció insensible a ello y, en concreto, el caso de la «sangre contaminada» motivó la adopción de la ley constitucional del 27 de julio de 1993 y la subsiguiente creación del Tribunal de Justicia de la República⁴⁶. Esta revisión constitucional derogó el segundo párrafo del artículo 68 de la Constitución y lo sustituyó por dos nuevos artículos, 68-1 y 68-2, que atribuyen al Tribunal de Justicia de la República la competencia para juzgar a los miembros del Gobierno, incluido el primer ministro, por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones y tipificados como crímenes o delitos por la ley en el momento en el que se cometieron⁴⁷.

En virtud del artículo 68-2 de la Constitución, una comisión de investigación compuesta únicamente por magistrados estudia las demandas interpuestas por «[...] cualquier persona que se considere ofendida por un delito cometido por un miembro del Gobierno en el ejercicio de sus funciones»⁴⁸. Esta comisión ordena, o bien archivar el procedimiento, o bien trasladarlo a la comisión de admisión para que esta decida si reenvía el caso con el fin de que se recurra al Tribunal de Justicia de la República. Así, «[...] a diferencia del antiguo Tribunal de Justicia, el Tribunal de Justicia de la República no es exclusivamente parlamentario» (Carcassone y Guillaume, ¹³2016: 339); en efecto, está formado por quince jueces, doce parlamentarios⁴⁹ y tres magistrados del Tribunal de Casación, que tienen la función de «[...] someter los miembros del Gobierno a la ley penal, no de ejercer una justicia política [...]; y esto es lo que debe garantizar la presencia de los altos magistrados profesionales» (Carcassone y Guillaume, ¹³2016: 340)⁵⁰. A pesar de esta reforma, los procedimientos largos obtienen pocas veces resultados⁵¹, hasta el punto de que el procedimiento se impugna y que la Comisión Jospin, en 2012, planteó, también en este sentido, unas propuestas, entre las que cabe destacar la eliminación pura y simple de esta jurisdicción para que los ministros se sometieran a las reglas del Derecho común y no se beneficiaran, por tanto, de ningún tipo de inviolabilidad. No obstante, esta propuesta de revisión constitucional no ha prosperado al menos hasta hoy, a imagen y semejanza de lo que sucede en el caso de los parlamentarios.

La inviolabilidad que se reconoce al parlamentario, como miembro del Gobierno, lo protege contra las eventuales iniciativas del ejecutivo o de los justiciables que podrían suscitar persecuciones o detenciones abusivas (Collot, 2012: 264). Desde este punto de vista, se trata de prevenirle contra las acciones —supuestamente abusivas— vinculadas con crímenes o delitos cometidos fuera del ejercicio de sus funciones, puesto que se sabe que los cometidos en el ejercicio de su función están cubiertos por la irresponsabilidad. La protección consiste, por lo tanto, en atribuir a la Cámara a la que pertenece el parlamentario la facultad de autorizar cualquier medida coercitiva que se decida contra él; cabe añadir que,

en el sistema francés, la inviolabilidad se limita a la hipótesis de crimen o delito que sería imputable al parlamentario. Así pues, tras un primer párrafo, que postula el principio de irresponsabilidad penal de los parlamentarios por «[...] las opiniones o votos emitidos [...] en el ejercicio de sus funciones», el párrafo 2 del artículo 26 de la Constitución de 1958 consagra en estos términos su inviolabilidad⁵²: «En materia criminal o correccional ningún miembro del Parlamento podrá ser objeto de arresto o de cualquier otra medida privativa o restrictiva de libertad sin autorización de la Mesa de la Cámara de la que forma parte»⁵³. Dicho de otra forma, «[...] la inviolabilidad, lejos de constituir un obstáculo intangible a cualquier medida represiva, consiste más bien en un poder de cada una de las Cámaras para decidir las medidas que se adoptarán con respecto a las infracciones cometidas por sus miembros» (Collot, 2012: 264). El parlamentario se sitúa bajo la protección de la Cámara de la que forma parte con la finalidad, precisamente, de permitir que este órgano pueda funcionar con serenidad (Soulier, 1966: 7).

Por supuesto, esta inviolabilidad únicamente puede ser relativa y lo esencial consistirá, entonces, en el umbral definido por el sistema constitucional a partir del cual considera que la inviolabilidad debe levantarse: las infracciones que revistan un cierto grado de gravedad —en Francia, los crímenes o los delitos flagrantes— y las sanciones más graves —en Francia, la condena definitiva— no entran en el ámbito de aplicación de la inviolabilidad⁵⁴. A todo esto hay que añadir que el sistema actual aplicable en Francia es fruto de la revisión constitucional del 4 de agosto de 1995⁵⁵. En efecto, a partir de los años 90, los casos de corrupción contra miembros de las mayorías parlamentarias sucesivas se multiplicaron, sin que necesariamente fueran objeto del trato imparcial que la opinión pública tenía derecho a esperar, lo que despertó la sensación entre el gran público de que «[...] las mayorías establecidas tenían tendencia a proteger en exceso a los suyos» (Pactet y Melin-Soucramanien, ³⁹2021: 503) y poco a poco se impuso la idea de que resultaba necesario mejorar los estándares de igualdad entre los justiciables⁵⁶. Esto se tradujo en una reducción del ámbito de aplicación de la inviolabilidad parlamentaria determinada por la revisión constitucional del 4 de agosto de 1995. A partir de entonces, el régimen de inviolabilidad ya no protege al parlamentario de las acusaciones⁵⁷; al contrario, el parlamentario no podrá ser objeto de arresto o de cualquier otra medida privativa o restrictiva de libertad sin la previa autorización de la Mesa de la Cámara de la que forma parte⁵⁸, excepto en los casos de crimen o delito flagrante, o de condena definitiva. La inviolabilidad se vincula en exclusiva a la persona de los parlamentarios y, al contrario de lo que ocurre con la irresponsabilidad, cuyos efectos no se limitan en el tiempo, la inviolabilidad tiene un alcance reducido a la duración del mandato. La Mesa de la Asamblea es la encargada de examinar las peticiones de arresto o las medidas privativas o restrictivas de libertad relativas a un parlamentario⁵⁹. Su única función es controlar el carácter serio, leal y sincero de la petición⁶⁰. Pero también en este caso los cambios tal vez no han concluido todavía, y la determinación de un equilibrio entre igualdad ante la justicia y protección de las funciones es una cuestión susceptible de una valoración más o menos exigente en función de la época.

NOTAS

1. Guerin-Bargues (2011) recuerda las declaraciones de Julien Laferrière; asimismo, Collot (2012: 264), con cita del *Traité de droit constitutionnel* de Joseph Barthélemy y Paul Duez.
2. No hay que ignorar que el término «mandato» es discutible cuando se aplica a los miembros del Gobierno; el uso de las comillas indica en este caso una convención del lenguaje.
3. Fueron numerosos durante la V República y, sobre todo, desde principios de los años 90 (*vid.* más adelante).
4. Si bien trataremos de nuevo esta cuestión más adelante, es, en particular, el privilegio de jurisdicción, a raíz de la interpretación de la norma de inviolabilidad, la que se limitaba a la impunidad (Chagnollaud de Sabouret y Baudu, ⁹2019: 566).
5. El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, que en Francia constituye una norma de valor constitucional, dispone: «Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución».
6. El artículo 53-2 de la Constitución francesa es el resultado de una revisión constitucional —Ley constitucional del 8 de julio de 1999— que introduce en la Constitución de 1958 el artículo siguiente: «La República podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional de acuerdo con las condiciones previstas por el tratado firmado el 18 de julio de 1998».
7. Ley constitucional n.º 2007-238, de 23 de febrero de 2007, por la que se modifica el título IX de la Constitución.
8. Algunos hablaban incluso de «impunidad» (Lascombe, Pottereau, De Gaudemont, 2021: 849; y Pactet y Melin-Soucramanien, ³⁹2021: 460).
9. Consejo Constitucional, decisión n.º 98-408 DC, de 22 de enero de 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*.
10. Tribunal de Casación, asamblea plenaria, 10 de octubre de 2001, *Breisacher* (n.º 01-84.922).
11. El artículo 68 de la Constitución queda complementado por la Ley Orgánica del 24 de noviembre de 2014 (Ley Orgánica n.º 2014-1392, de 24 de noviembre de 2014, relativa a la aplicación del artículo 68 de la Constitución).
12. Consejo Constitucional, decisión n.º 2014-703 DC, de 19 de noviembre de 2014, *Loi organique portant application de l'article 68*, § 5.
13. El artículo 68 de la Constitución dispone, así, que el Alto Tribunal de Justicia, presidido por el presidente de la Asamblea Nacional, se pronunciará mediante votación secreta y por mayoría de los dos tercios de los miembros que compongan la Cámara correspondiente o el Alto Tribunal de Justicia. El artículo 68 prevé también que cualquier delegación de voto está prohibida y que únicamente se considerarán los votos favorables a la propuesta de reunión del Alto Tribunal de Justicia o la destitución.
14. Esta comisión, presidida por el antiguo primer ministro Lionel Jospin (con frecuencia denominada «Comisión Jospin»), es un grupo de reflexión creado el 16 de julio de 2012 por el presidente Hollande para proponer reformas de la vida pública. Emitió su informe a Hollande el 9 de noviembre de 2021.
15. Esto supondría una modificación del artículo 68 de la Constitución y una modificación del encabezamiento del título IX.

16. Artículo 26, apartado 1, de la Constitución.
17. Piénsese, por ejemplo, entre otros, en la difamación o la injuria.
18. La irresponsabilidad comprende todos los actos de la función parlamentaria: intervenciones y votos, propuestas de ley, enmiendas, informes u opiniones, o actos realizados en el marco de una misión confiada a instancias parlamentarias.
19. *Vid.* el punto 2.1., sin perjuicio de la inviolabilidad de la que se beneficia.
20. Es el caso, por ejemplo, de las declaraciones de un parlamentario durante una entrevista radiofónica o de las opiniones que expresa en un informe redactado en el marco de una misión que le ha confiado el Gobierno.
21. Asimismo, en el sitio web de la asamblea nacional francesa hallamos una ficha resumen relativa al diputado que indica lo siguiente: «En lo que concierne a su aplicación, la irresponsabilidad tiene carácter absoluto, puesto que ningún procedimiento la puede eximir. Es permanente, ya que se aplica todo el año, incluso en el intermedio entre dos sesiones. Es perpetua y se opone a las persecuciones motivadas por los actos realizados durante el mandato e incluso tras finalizar el mismo». Disponible en: <<https://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/role-et-pouvoirs-de-l-assemblee-nationale/le-depute/le-statut-du-depute>>.
22. Esta depende de la Asamblea Nacional, ante la cual se podrá plantear en virtud del principio de solidaridad gubernamental; se trata de una responsabilidad colectiva que se despliega conforme al artículo 49 de la Constitución.
23. Hasta 1993, la responsabilidad de los ministros dependía, al igual que la del presidente de la República (hasta el 2007), de la competencia del Alto Tribunal de Justicia. Este tribunal estaba compuesto por 24 jueces, 12 de los cuales eran elegidos por la Asamblea Nacional y otros 12 por el Senado. La acusación solo acaece por medio de una resolución de las dos Cámaras y se adopta por una votación por mayoría absoluta.
24. Ley constitucional n.º 93-953, de 27 de julio de 1993, relativa a la revisión de la Constitución del 4 de octubre de 1958, por la cual se modifican los títulos VIII, IX, X y XVI.
25. Según el tribunal, la responsabilidad de los ministros por crímenes o delitos es solo competencia del Alto Tribunal de Justicia (Tribunal de Casación, Sala de lo Penal, 14 de marzo de 1963).
26. Al igual que el presidente de la República, los ministros se someten a un régimen de responsabilidad «penal internacional» en caso de crímenes graves que afectan a la comunidad internacional fundamentándose en el Tratado de Roma de 1998 y en el artículo 53-2 de la Constitución.
27. En 2010, cuando era ministro, Brice Hortefeux fue condenado por injurias raciales no públicas por el Tribunal de Primera Instancia de París, antes de ser absuelto por el Tribunal de Casación por un vicio de procedimiento (Tribunal de Casación, Sala de lo Penal, 27 de noviembre de 2012, n.º 11-86.982, *JurisData* n.º 2012-027405). La infracción imputada estaba calificada como contravención y por ello, estuviera o no relacionada con el ejercicio de sus funciones, dependía de la competencia de las jurisdicciones del Derecho común.
28. Tribunal de Casación, Sala de lo Penal, 16 de febrero de 2000, *Roland Dumas*, n.º 99-86.307.
29. Como en el caso de los ministros antes de 1993.
30. La doctrina se limitaba a pensar que podía tratarse de cualquier falta grave que el presidente de la República pudiera cometer en el ejercicio de su cargo y, en especial, de cualquier violación de la Consti-

tución que pudiera cometer siendo él su guardián. Con frecuencia se incluían, a título de ejemplo, el caso de la escuela que constituiría la implementación del artículo 16 de la Constitución más allá del respeto por las condiciones fijadas por él o el rechazo a promulgar una ley.

31. Consejo constitucional, decisión n.º 98-408 DC del 22 de enero de 1999, *preced.*

32. Tribunal de Casación, asamblea plenaria, 10 de octubre de 2001, *Breisacher, preced.*

33. Consejo constitucional, decisión n.º 2014-703 DC del 19 de noviembre de 2014. Loi organique portant application de l'article 68, § 5.

34. Este caso, acaecido en 2004, congregó a un grupo de políticos e industriales franceses que trataron de manipular a la justicia para desacreditar a la competencia. Entre ellos estaba Nicolas Sarkozy, que fue sucesivamente ministro de Economía y Finanzas y ministro de Interior. Jacques Chirac, que era el presidente cuando se descubrió y se desarrolló el caso, fue convocado por dos jueces de instrucción el 22 de junio de 2007, después de haber cesado en sus funciones; rechazó presentarse antes los jueces alegando el respeto a la separación de poderes y a la Constitución que, en su opinión, prohíbe a la justicia interrogar a un antiguo presidente sobre sus actos mientras está en posesión de su cargo.

35. El caso relacionado con la liberación de las enfermeras búlgaras, llegadas a Libia en el 1998 para trabajar en pediatría y que en 1999 fueron acusadas de crímenes —principalmente, de haber infectado a pacientes con el VIH—. Condenadas a muerte por la justicia libia, fueron finalmente liberadas y repatriadas a Bulgaria después de varios viajes a Libia de la esposa del presidente de la República, Nicolas Sarkozy, que incluso participó en el vuelo de repatriación a Bulgaria.

36. Se trataba de Henri Guaino, por aquel entonces asesor especial del presidente Sarkozy del 16 de mayo de 2007 al 15 de mayo de 2012.

37. Tribunal de Casación, Sala de lo Penal, 19 de diciembre de 2012, *Association Anticor*, n.º 12-81.043.

38. Para evitar este obstáculo procesal, Nicolas y Cécilia Sarkozy se divorciaron finalmente por consentimiento mutuo.

39. Una vez más, el presidente Sarkozy proporcionó un ejemplo de una acción de este tipo al demandar en 2008, a la empresa Ryanair por usar una de sus fotos en una de sus campañas publicitarias. Asimismo, solicitó también que se prohibiera la comercialización de un «muñeco de vudú» con su efigie.

40. *Vid.* también, Gicquel (2016: 22).

41. Proyecto de ley constitucional relativo a la responsabilidad jurisdiccional del presidente de la República y de los miembros del Gobierno, 15 de marzo de 2013 (PRMX1306705L). Disponible en: <<https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000027174181/>>.

42. El régimen, tal y como existe y como acabamos de describirlo, ha permitido detener por primera vez a un antiguo presidente de la V República (el 1 de julio de 2014) e investigarlo.

43. Ley constitucional n.º 93-952 del 27 de julio de 1993, *preced.*

44. Antes de la ley constitucional del 27 de julio de 1993, el párrafo 2 del artículo 68 de la Constitución establecía: «Los miembros del Gobierno son penalmente responsables de los actos efectuados en el ejercicio de sus funciones y calificados de crímenes o delitos en el momento en el que se cometieron». Y añadía que el mismo procedimiento previsto para el presidente de la República, es decir, la competencia del Alto Tribunal de Justicia, les era aplicable.

45. El caso llamado «sangre contaminada» es un escándalo sanitario a resultas de la infección de varias personas con el virus del VIH por transfusión sanguínea. Multitud de pacientes hospitalizados se conta-

minaron después de una transfusión sanguínea con el virus del VIH (así como por el virus de la hepatitis C) a consecuencia tanto de la inexistencia o la ineficacia de medidas de seguridad como de retrasos en la toma de decisiones preventivas de protección y de fallos médicos, industriales y políticos.

46. También conocido por las siglas TJR y cuyas reglas de composición y funcionamiento se completaron con la Ley Orgánica n.º 93-1252, de 23 de noviembre de 1993, relativa al Tribunal de Justicia de la República.

47. Cabe recordar que las jurisdicciones del Derecho común son las competentes para juzgar los actos separables de sus funciones.

48. Artículo 68-2, párrafo 2 de la Constitución; la comisión de admisión está formada por 7 magistrados, nombrados para un mandato de 5 años, es decir, 3 magistrados del Tribunal de Casación, 2 asesores del Consejo de Estado y 2 asesores expertos del Tribunal de Cuentas; la comisión estudia si hay motivos para recurrir al Tribunal y tipifica los hechos. El fiscal general del Tribunal de Casación podrá recurrir también de oficio al Tribunal de Justicia de la República con el dictamen favorable de la comisión de admisión. Por tanto, la comisión de admisión es la que juzga las posibles acusaciones. Asimismo, tiene la potestad de archivar el caso y, en ese supuesto, dictar una decisión motivada. En caso contrario, la comisión de admisión trasladará el caso al Tribunal. Los fallos emitidos por la comisión de admisión son susceptibles de un recurso de casación (art. 24 de la Ley orgánica del 23 de noviembre de 1993).

49. El Tribunal está compuesto por seis diputados y seis senadores elegidos en cada Cámara por mayoría de votos y por tres magistrados del Tribunal de Casación (uno de los cuales presidirá el Tribunal de Justicia de la República).

50. Por otro lado, los fallos emitidos por el TJR son susceptibles de un recurso de casación (artículo 33 de la Ley orgánica del 23 de noviembre de 1993).

51. Michel Gillibert, antiguo secretario de Estado y responsable de las personas con discapacidad, fue investigado en noviembre de 1994 por abuso de confianza, falsificación de cheques, desvío de fondos públicos, etc. Su proceso finalizó el 7 de julio de 2004 con una condena de una pena de tres años de prisión con prórroga y 20.000 euros de multa, lo que constituye la primera condena de un antiguo miembro del Gobierno por este Tribunal. Posteriormente, también fueron condenados Charles Pasqua, antiguo ministro de Interior, (TJC, 30 de abril del 2010), Christine Lagarde, antigua ministra de Economía (TJC, 19 de diciembre de 2016) y Jean-Jacques Urvoas, antiguo ministro de Justicia (TJC, 30 de septiembre de 2019).

52. Este artículo debe leerse a la luz del artículo 53-2 de la Constitución (*preced.*), que reconoce la jurisdicción de la Corte Penal Internacional con respecto a los parlamentarios.

53. Apartados 1 y 2 del artículo 26 de la Constitución.

54. El apartado 2 del artículo 26 de la Constitución en última instancia dispone: «Esta autorización [de la Mesa de la Asamblea] no será necesaria en caso de crimen o de flagrante delito o de condena definitiva». Sería necesario añadir también que esta inviolabilidad puede igualmente soslayarse según lo dispuesto en el estatuto de la Corte Penal Internacional. A este respecto, tras la decisión del Consejo constitucional que identifica una incompatibilidad entre el artículo 27 del estatuto de la Corte Penal Internacional y el artículo 26 de la Constitución, se llevó a cabo una revisión de la Constitución para introducir un artículo 53-2 que impone aplicar el tratado del 18 de julio de 1998 (Consejo constitucional, decisión n.º 98-408 DC del 22 de enero de 1999, *preced.*).

55. Ley constitucional n.º 95-880 del 4 de agosto de 1995 relativa a la ampliación del ámbito de aplicación del referéndum, instituyendo una sesión parlamentaria única, modificando el régimen de in-

violabilidad parlamentaria y derogando las disposiciones relativas a la Comunidad y a las disposiciones transitorias.

56. Guy Carcassonne y Marc Guillaume hacen hincapié, por otro lado, en que: «A esto cabe añadir el derecho europeo que, al homologar las inmunidades al derecho nacional de cada uno de los Estados miembros y al ampliarse la sesión del Parlamento europeo todo el año, tuvo como consecuencia otorgar a los miembros franceses una inviolabilidad permanente» (Carcassonne y Guillaume, ¹³2016: 158).

57. La autorización de la Mesa de la Asamblea solo es necesaria si el parlamentario se enfrenta, en materia criminal o correctiva, a «[...] un arresto o a cualquier otra medida privativa o restrictiva de libertad»; el texto constitucional no menciona en más ocasiones las acusaciones (inculpación).

58. Párrafo 3 del artículo 26 de la Constitución.

59. Las peticiones las formula el procurador general ante el Tribunal de Apelación competente, las transmite el ministro de justicia al presidente de la asamblea pertinente y luego las instruye una delegación de la Mesa antes de que esta última tome una decisión.

60. Por el contrario, el inicio de acciones penales contra un parlamentario no exige ninguna autorización en concreto, siempre y cuando dichas acciones no impliquen ninguna medida privativa o restrictiva de libertad.

BIBLIOGRAFÍA

ARDANT, Philippe (2002): «Responsabilité politique et pénale des chefs d'État, des chefs de gouvernement et des ministres», *Revue internationale de droit comparé*, 54.

CARCASSONNE, Guy y Marc GUILLAUME (¹³2016): *La Constitution introduite et commentée*, París: Ed. du Seuil.

CHAGNOLLAUD DE SABOURET, Dominique y Aurélien BAUDU (⁹2019): *La Constitution de la V^e République*, t. 2., París: Dalloz.

COLLOT, Pierre-Alain (2012): «Le statut du Parlement», en M. Troper y D. Chagnollaude (dirs), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 2, París: Dalloz.

COMMISSION DE RENOVATION ET DE DEONTOLOGIE DE LA VIE PUBLIQUE (2012): *Pour un renouveau démocratique*, París: La Documentation française.

GICQUEL, Jean y Jean-Eric GICQUEL (2020): *Droit constitutionnel et institutions politiques*, París: LGDJ.

GICQUEL Jean-Eric (2016): «Le statut judiciaire de l'ancien président de la République», *Les Petites Affiches*, 239.

GRANDAUBERT, Victor (2021): *L'immunité d'exécution de l'État étranger et des organisations internationales en droit international*, Tesis: Université Paris Nanterre.

GUERIN-BARGUES, Cécile (2011): *Immunités parlementaires et régime représentatif: l'apport du droit constitutionnel comparé (France, Royaume-Uni, Etats-Unis)*, París: LGDJ.

ISAR, Hervé (1984): «Immunités parlementaires ou impunité du parlementaire», *Revue française de droit constitutionnel*, 685.

LASCOMBE, Michel, Aymeric POTTEREAU, Christelle DE GAUDEMONT (2021): *Code constitutionnel et des droits fondamentaux*, París: Dalloz.

LE DIVELLEC, Armel, DE VILLIERS, Michel (¹²2020): *Dictionnaire du droit constitutionnel*, París: Dalloz.

LEVADE, Anne (2014): «La procédure de destitution du président de la République enfin applicable... ou presque», *La Semaine juridique Edition générale*, 51.

PACTET, Pierre y Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, (392021): *Droit constitutionnel*, París: Dalloz.

PORTELLI, Hugues (2009): «La pénalisation de la vie politique», *Pouvoirs*, 128.

RENOUX, Thierry, Michel DE VILLIERS y Xavier MAGNON (102021): *Code constitutionnel*, París: LexisNexis.

SOULIER, Gérard (1966): *L'inviolabilité parlementaire en droit français*, París: LGDJ.

Fecha de recepción: 1 de agosto de 2021.

Fecha de aceptación: 29 de octubre de 2021.

LAS PRERROGATIVAS DE ESTATUS Y EL LIBRE EJERCICIO DE LA
ACTIVIDAD PARLAMENTARIA EN LA EXPERIENCIA ITALIANA:
HISTORIA RECIENTE DE UNA BÚSQUEDA INCESANTE DEL EQUILIBRIO
ENTRE PODERES CONSTITUCIONALES Y DERECHOS

*PARLIAMENTARY PRIVILEGES AND THE FREE EXERCISE OF PARLIAMENTARY
FUNCTION WITHIN THE ITALIAN CONSTITUTIONAL EXPERIENCE: RECENT HISTORY
OF A CONSTANT QUEST FOR BALANCE BETWEEN POWERS AND RIGHTS*

Elisa Cavasino

*Profesora asociada de Derecho constitucional
Universidad de Palermo*

RESUMEN

Las prerrogativas parlamentarias son institutos necesarios para asegurar el equilibrio entre los poderes constitucionales, aunque no pueden ser entregados a la «total y exclusiva» *decisión parlamentaria* ni a la *jurisdicción ordinaria* porque, de lo contrario, podrían producir abusos y fuertes interferencias en el ejercicio de las atribuciones que corresponden al Parlamento o al poder judicial. En la experiencia italiana, la Corte Constitucional ha asumido un papel «arbitral» en los conflictos relacionados con las prerrogativas parlamentarias (el juicio por conflicto de atribuciones entre poderes del Estado y el juicio de legitimidad constitucional de las leyes en vía incidental). Sin embargo, falta la posibilidad de asegurar una total y efectiva tutela de los derechos de los terceros afectados por las prerrogativas, una carencia detectada en varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE

Prerrogativas, inviolabilidad, inmunidad, parlamento, poder judicial, justicia constitucional, conflictos constitucionales, igualdad, equilibrio entre los poderes constitucionales, derechos constitucionales.

ABSTRACT

Parliamentary privileges of freedom of speech and inviolability are constitutional provisions necessary to ensure balancing between constitutional powers.

The Italian Constitutional legal order shows that there should be neither an exclusive and full parliamentary jurisdiction on privileges neither a full power of judges in applying constitutional rules on parliamentary privileges: it is within the System of Judicial Guarantees of the Constitution that parliamentary privileges have the chance to be effective within a correct balance between constitutional powers. Regrettably, the Italian System of Constitutional Guarantees does not ensure a sufficient level of protection of rights of persons violated by abuses of parliamentary privileges (see the European Court of Human Rights case law concerning art. 68 par. 1 Cost. it. concerning freedom of speech in Parliament).

KEYWORDS

Prerogatives, inviolability, immunity, parliament, judicial power, constitutional justice, constitutional conflicts, equality, balance between constitutional powers, constitutional rights.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2021.031>

LAS PRERROGATIVAS DE ESTATUS Y EL LIBRE EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD PARLAMENTARIA EN LA EXPERIENCIA ITALIANA: HISTORIA RECIENTE DE UNA BÚSQUEDA INCESANTE DEL EQUILIBRIO ENTRE PODERES CONSTITUCIONALES Y DERECHOS

Elisa Cavasino

Profesora asociada de Derecho constitucional
Universidad de Palermo

Sumario: 1. La permanente necesidad de las prerrogativas parlamentarias. 2. El problema del correcto funcionamiento de las prerrogativas parlamentarias. Construir diques de contención contra los abusos de la inmunidad a través del conflicto de atribuciones entre los poderes del Estado. 3. Ley Constitucional n. 3 de 1993: inviolabilidad entre Constitu-

ción, práctica parlamentaria y ley de aplicación del art. 68 de la Constitución. 4. Puntos de equilibrio tras la aprobación de la ley 140 de 2003: importancia del juicio de legitimidad constitucional de la ley en vía incidental. 5. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. LA PERMANENTE NECESIDAD DE LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS

El artículo 68 de la Constitución italiana (en adelante, CI) prevé una serie de prerrogativas parlamentarias de estatus: inviolabilidad (art. 68.1) e inmunidad penal (art. 68.2 y 3), prerrogativas relacionadas habitualmente con el principio constitucional de la prohibición del mandato imperativo (art. 67)¹.

Estas disposiciones se configuran como excepciones al principio constitucional de igualdad ante la ley (art. 3.1 CI) y constituyen *derogaciones* del régimen jurídico del Derecho *común* relativo a la responsabilidad (art. 68.1 CI) y a las normas procesales penales (art. 68.2 y 3 CI) de aplicación a los demás sujetos de Derecho.

Es decir, se trata de prerrogativas del Parlamento que se reflejan en el estatus de los componentes del mismo y que sirven para garantizar la autonomía y la independencia de las Cámaras respecto a cualquier otro órgano constitucional y, por tanto, el equilibrio entre los poderes constitucionales².

El art. 68 de la CI fue reformado en 1993 (Ley Orgánica n. 3, de 1993), momento crucial de la historia constitucional italiana, que vivió el eclipse del sistema de partidos políticos que habían contribuido a «fundar» la República. El sistema de partidos del siglo XX, representados en la Asamblea Constituyente, fue desmantelado a raíz de las investigaciones judiciales iniciadas por la comisión de delitos de concusión y cohecho que, posteriormente, dieron lugar al proceso denominado «Manos Limpias» (*Mani Pulite*).

La Ley constitucional n.3 de 1993 dejó sustancialmente inalterada la naturaleza de las prerrogativas de la inmunidad y mantuvo su estructura de inmunidad esencial —es decir, de absoluta falta de responsabilidad—, que ampara el libre ejercicio de las actuaciones parlamentarias.

En cambio, la reforma constitucional de 1993 redefinió de forma incisiva el alcance de la inviolabilidad y, aunque preservó su naturaleza primigenia —la inmunidad procesal penal—, cambió las «formas» en las que se manifiesta. En efecto, ya no existe la prohibición generalizada de emprender acciones penales contra miembros del Parlamento sin la previa autorización de la Cámara a la que pertenecen, es decir, se ha suprimido la defensa frente a la autorización para proceder contra ellos.

Actualmente, la inviolabilidad es una forma de inmunidad reglamentada por el art. 68.2 y 3 de la CI que se articula a través de diferentes autorizaciones *ad acta* que amparan la libertad individual, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de comunicación y el secreto de la correspondencia del parlamentario: se trata de autorizaciones que la Cámara

a la que pertenece el parlamentario debe conceder para que puedan emprenderse acciones restrictivas de dichas libertades.

Concretamente, son las siguientes: la autorización para realizar indagaciones personales y domiciliarias; la autorización para proceder a la detención, para adoptar medidas restrictivas de la libertad personal o para mantener detenido al parlamentario, excepción hecha de la ejecución de sentencias firmes de condena o de aquellas en las que el parlamentario haya sido sorprendido cometiendo un delito flagrante en los casos en los que esté previsto el arresto obligatorio en caso de flagrancia delictiva (art. 68.2 CI), la autorización para interceptar «de cualquier forma» las «conversaciones o comunicaciones» del parlamentario y la autorización para secuestrar su correspondencia (art. 68.3 CI).

La doctrina italiana siempre ha considerado que ambas prerrogativas «[...] mantienen su función incluso en las instituciones vigentes, aunque sean muy distintas de aquellas bajo las que fueron creadas las garantías parlamentarias»³, si bien ha subrayado al mismo tiempo la necesidad de que la doctrina constitucional se aplique en un marco de normas y procedimientos parlamentarios que permita evitar su abuso, ya que el uso *arbitrario* de las prerrogativas parlamentarias erosiona la institución parlamentaria y, por tanto, los equilibrios constitucionales que sustentan la forma de gobierno parlamentaria italiana como Estado democrático pluralista.

Desde este punto de vista, la reforma constitucional de 1993 evidencia el acierto de aquellas consideraciones, ya que la razón de ser de la derogación de la autorización para proceder es precisamente el uso *indiscriminado* de esa prerrogativa por parte de las dos Cámaras del Parlamento⁴, una práctica que el electorado llegó a considerar intolerable en un contexto de grave crisis de legitimación del sistema político de la I República a raíz de las investigaciones judiciales milanesas («Manos limpias»).

Por otro lado, las prerrogativas parlamentarias de estatus que estamos analizando son disposiciones aún necesarias en un ordenamiento constitucional sustentado en el principio estructural del equilibrio entre los poderes constitucionales⁵. Así lo demuestra el inicio de un largo y conflictivo proceso —aún inacabado— destinado a remodelar e identificar los nuevos puntos de equilibrio entre el poder político y el poder judicial⁶ precisamente después de la reforma constitucional de 1993 y tras los acelerados y turbulentos cambios del sistema político italiano.

La doctrina constitucional sobre las prerrogativas parlamentarias de estatus y su potencial capacidad para contribuir a poner orden en las relaciones conflictivas que surgen en las democracias parlamentarias construidas en el transcurso del siglo XX, especialmente las relaciones entre política y justicia, depende en gran parte del hecho de que el propio Parlamento es consciente de la necesidad de establecer unas normas de procedimiento que permitan activar en determinados momentos las prerrogativas; es decir, el Parlamento es consciente de que las normas rígidas y garantizadas ya no permiten considerar que está liberado de los vínculos y los correspondientes controles institucionales, incluso en materia de prerrogativas⁷. En efecto, hay que evitar que estas disposiciones puedan perjudicar la acción de otros poderes instituidos para tutelar los derechos, en particular el ejercicio

de la jurisdicción. Sin embargo, en el ámbito del sistema de garantías constitucionales es igualmente necesario hallar soluciones que, por un lado, permitan *reprimir* los abusos de las prerrogativas por parte del Parlamento en detrimento de los derechos de terceros o de los intereses de relieve constitucional que puedan resultar vulnerados por las mismas, y, por otro, impidan que el ejercicio de otros poderes —especialmente la jurisdicción— pueda llevarse a cabo en detrimento de la autonomía y la independencia del Parlamento⁸.

Dicho de otro modo, la razón de fondo del aseguramiento del libre ejercicio de la actividad parlamentaria sigue sustentando y justificando la existencia de las prerrogativas parlamentarias, incluso en un contexto en el que las garantías constitucionales de autonomía y de independencia del poder judicial respecto al poder ejecutivo (Título IV, parte II, CI) son más sólidas, y lo son todavía más las garantías constitucionales del «debido proceso» (modificado en 1999 mediante la reforma del artículo 111 CI).

Por tanto, y sin perjuicio de la persistente necesidad de no mantener inalteradas estas disposiciones en un modelo de democracia representativa en el que el parlamentario no tiene vínculos de mandato y el Parlamento es un órgano constitucional provisto de autonomía e independencia, el ordenamiento jurídico italiano trata de asegurar un funcionamiento *racional* de las prerrogativas. Esto conlleva la necesidad de identificar *fuentes* que describan *procedimientos y criterios de aplicación* capaces de convertirlas en una defensa real del equilibrio entre poderes sin anular la igualdad en la tutela de los derechos (es decir, la igualdad de trato ante la jurisdicción), otro principio estructural del ordenamiento constitucional, tal y como ha señalado la Corte Constitucional⁹.

2. EL PROBLEMA DEL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS. CONSTRUIR DIQUES DE CONTENCIÓN CONTRA LOS ABUSOS DE LA INMUNIDAD A TRAVÉS DEL CONFLICTO DE ATRIBUCIONES ENTRE LOS PODERES DEL ESTADO

En el marco de la búsqueda de los puntos de equilibrio de los que acabamos de hablar, el conflicto de atribuciones entre los poderes del Estado ha sido caracterizado por la doctrina como un instrumento ya presente en el sistema italiano de justicia constitucional capaz de reprimir los abusos de las inmunidades parlamentarias¹⁰, salvaguardando al mismo tiempo —aunque de forma marginal— el principio de igualdad de trato ante la jurisdicción. En otras palabras, el conflicto de atribuciones en materia de prerrogativas es una «[...] herramienta capaz de unir a la inmediatez la eficacia en la tutela de los bienes de los que el poder en conflicto se hace portador»¹¹.

La posibilidad concreta de activar este remedio se manifestó en 1988, cuando el Tribunal de Apelación de Roma, Sección I de lo Civil, dio parte al Senado de la República de un recurso por conflicto de atribuciones entre poderes del Estado a raíz de una deliberación del Senado de la República sobre la inviolabilidad conforme al art. 68.1 de la CI, admitido el 5 de marzo de 1986.

La Corte Constitucional resolvió ese conflicto mediante el dictado de una sentencia de gran calado, la n. 1150 de 1988.

El planteamiento conceptual en el que se fundamentaba el recurso del Tribunal de Apelación había sido formulado en un marco normativo en el que el art. 68 de la CI preveía tanto la inviolabilidad (art. 68.1 CI), como la inmunidad penal en la forma de la autorización para proceder (art. 68.2 CI). En el recurso, el juez de lo civil sostenía que la deliberación del Senado de la República debía ser idónea para producir un efecto impeditivo en el desarrollo de la función jurisdiccional, pero que al mismo tiempo el poder de *declarar el mantenimiento la inviolabilidad no le correspondía* al Parlamento, dado que se trataba de una inmunidad sustancial.

En el conflicto de atribuciones originado con base en los arts. 134 de la Constitución y n. 37 de la Ley n. 87 de 1953, se pretendía que la Corte Constitucional dictase un fallo en el que aclarara «[...] si el poder de decidir sobre la subsistencia o no, en el caso concreto, de la no perseguibilidad establecida por el primer apartado del art. 68 de la Constitución le corresponde al Senado de la República o bien al Poder Judicial».

En la sentencia n. 1150 de 1988, la Corte Constitucional subrayó, en su reconstrucción de los hechos, que el recurrente alegaba la falta de poder de las Cámaras para determinar «[...] la cuestión de si son recurribles o no las condiciones de la irresponsabilidad garantizada a sus miembros a tenor del art. 68.1 de la Constitución», tanto sobre la base de la «[...] ausencia de una norma que disponga la suspensión del proceso civil y la remisión de las actas a la Cámara de pertenencia en caso de que el parlamentario demandado en justicia con una acción de indemnización por daños alegue irresponsabilidad en virtud del susodicho precepto constitucional, como por la ausencia de una regulación del procedimiento ante las Cámaras que prevea un debate contradictorio y garantías procesales en defensa de los derechos fundamentales de las personas agraviadas».

La Corte Constitucional afirmó que el Senado de La República no estaba «falto de poder» cuando deliberó sobre la inviolabilidad y que, por tanto, la *jurisdicción sobre la subsistencia* de la inviolabilidad no les correspondía a los órganos del poder judicial competentes para ejercer la jurisdicción. El Juez Constitucional estableció, pues, que le correspondía a cada una de las ramas del Parlamento «valorar las condiciones de inviolabilidad [de sus miembros] a la luz del art. 68.1 de la Constitución».

Esto significa, por tanto, que en el ejercicio de la jurisdicción los órganos del poder-orden judicial no pueden cuestionar la falta de poder del Parlamento (conflicto de *vindicatio potestatis*) en una deliberación sobre la inviolabilidad, sino únicamente el *mal* uso del poder parlamentario allí donde el mismo interfiera o menoscabe el poder jurisdiccional (conflicto por menoscabo o interferencia). En el caso concreto, la Corte Constitucional declaró al mismo tiempo que, en el caso específico, el modo de ejercer ese poder no legitimaba la resolución que determinaba que «[...] el procedimiento civil pendiente, en el cual el senador Marchio se ha personado por indemnización por daños, es necesariamente absorbido en la susodicha deliberación de inviolabilidad».

De este modo, la sentencia n. 1150 de 1988 construyó un modelo de *funcionamiento* de las prerrogativas parlamentarias en un marco constitucional en el que, de alguna forma, en la *praxis* sobre las prerrogativas se solapaban la inviolabilidad y la inmunidad penal por

efecto de la subsistencia de la autorización para proceder. Ello se explica porque la autorización para proceder (figura crucial de la inviolabilidad parlamentaria en el texto originario del art. 68 de la CI) confería *in re ipsa* al Parlamento el *poder* de juzgar sobre la subsistencia de las prerrogativas y, por consiguiente, atribuía al ejercicio de dicho poder el efecto de inhibir el ejercicio de la jurisdicción *en su caso* sobre la subsistencia de la prerrogativa (la llamada *cuestión prejudicial parlamentaria*). Es cierto que la Corte Constitucional se pronunció expresamente sobre la cuestión y afirmó que debía mantenerse de manera estricta la distinción entre inviolabilidad e inmunidad; en particular, en esa sentencia declaró que las prerrogativas parlamentarias «[...] no pueden no implicar un poder del órgano en defensa del cual se han establecido; sin embargo, la lógica diversa que gobierna las dos prerrogativas tipificadas en el art. 68 de la Constitución se refleja en poderes de naturaleza diversa»¹². Sin embargo, en esta resolución emitida durante el conflicto de atribuciones entre poderes, y precisamente sobre ese pasaje que acaba de transcribirse, se construyó un modelo de funcionamiento de una de las dos prerrogativas parlamentarias que ha causado graves tensiones entre la función de la prerrogativa de la inviolabilidad (asegurar el libre ejercicio de la actividad parlamentaria) y la defensa de los derechos de terceros.

En efecto, con la sentencia n. 1150 de 1988 el funcionamiento de la inviolabilidad parlamentaria fue caracterizado por la así llamada *cuestión prejudicial parlamentaria*, una disposición que se ha mantenido vigente hasta hoy, a pesar de la reforma constitucional de 1993 y del encendido debate sobre las inmunidades de la política surgido a raíz de de una serie de intervenciones del legislador en la redacción del art. 68 CI y de otras disposiciones constitucionales sobre las inmunidades que, posteriormente, se sometieron al juicio de la Corte Constitucional¹³.

La cuestión prejudicial parlamentaria se articula sobre la base del supuesto que el art. 68.1 CI atribuye a cada rama del Parlamento el *poder de deliberar sobre la subsistencia de la inviolabilidad* y que implica un *efecto inhibitor* de la jurisdicción generado por el ejercicio de dicho poder.

Este planteamiento ha quedado inalterado incluso después de la reforma constitucional de 1993¹⁴, como ya se ha dicho, y ha sido muy criticado¹⁵ por dos razones. La primera es que contrasta con la tesis según la cual una forma de irresponsabilidad absoluta —tal es el caso de la inviolabilidad— no puede impedir, en abstracto, al juez la posibilidad de aplicar dicha «causa de exoneración de responsabilidad penal»¹⁶. La segunda es que el efecto del sistema de la cuestión prejudicial parlamentaria puede limitar de una forma desproporcionada el derecho de defensa y, por tanto, la tutela de los derechos de los terceros perjudicados por las declaraciones u opiniones expresadas por el miembro del Parlamento.

En efecto, la cuestión prejudicial parlamentaria se encuadra en un modelo de garantías jurisdiccionales de la Constitución cuando el mal uso del poder parlamentario de deliberar sobre la subsistencia de la prerrogativa de la inviolabilidad puede ser detectado solo a través del juicio por conflicto de atribuciones entre poderes del Estado.

Por ello, esta configuración ha limitado o anulado en diferentes casos el derecho a la defensa de las partes en procesos donde surge la cuestión prejudicial de la subsistencia de la

inviolabilidad, ya que puede impedir al individuo defenderse del mal uso del poder parlamentario, encomendando *únicamente* al juez del proceso el poder de rebatir la deliberación de la inviolabilidad.

Dicho de otro modo, es preciso tener en cuenta que el conflicto de atribuciones entre poderes del Estado no puede ser activado directamente por las partes del proceso civil o penal¹⁷ y que, estadísticamente, los porcentajes de conflictos de atribuciones planteados por el poder judicial declarados inadmisibles o improcedentes por *errores técnicos* del juez habilitado para solucionar el conflicto siempre han sido muy elevados¹⁸.

Así pues, la cuestión prejudicial parlamentaria, junto con la circunstancia de que es el juez de la controversia civil o del procedimiento penal el órgano habilitado para solucionar el conflicto de atribuciones, limita el derecho a la defensa de la parte dañada por las declaraciones vertidas por el parlamentario¹⁹.

No es, de hecho, casual que en años recientes el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya condenado muchas veces a Italia por violar el art. 6 CEDH precisamente debido a la pervivencia de la cuestión prejudicial parlamentaria y a la vulneración desproporcionada de los derechos en los casos en los que se ha manifestado.

En esta abigarrada jurisprudencia, la violación del art. 6 CEDH ha sido declarada incluso en los supuestos en los que el tercero perjudicado por la prerrogativa ha podido intervenir en el conflicto de atribuciones entre poderes cuando la Corte Constitucional ha considerado que no se produjo un mal uso del poder al declarar la inviolabilidad por parte del Parlamento, o cuando la alegación contra la deliberación de inviolabilidad ha sido declarada inadmisibile o improcedente²⁰.

Así pues, ni siquiera puede considerarse que la apertura del juicio por conflicto de atribuciones entre poderes a la intervención de los terceros, partes del juicio en los que se evidencia la deliberación de inviolabilidad, resuelve el problema del equilibrio entre autonomía e independencia del Parlamento y de la igualdad de trato ante la jurisdicción en virtud de la igual tutela de los derechos constitucionales²¹.

Esta situación lleva a considerar que el punto de equilibrio entre las prerrogativas parlamentarias y la tutela de los derechos en caso de conflicto de atribuciones lo decide un juez mediante la definición del ámbito de aplicación de la inviolabilidad, o sea, a través de la determinación, en cada caso, de las circunstancias cubiertas por la prerrogativa.

En efecto, como es sabido, la derogación de la autorización para proceder (sobre la que se hablará en breve), fruto de la reforma constitucional de 1993, dio paso a una *praxis* parlamentaria que dilataba sobremanera el campo de aplicación de la inviolabilidad, una estrategia mediante la que se trataba de ampliarlo hasta cubrir toda la esfera de la actividad política del parlamentario²². Esta *praxis* parlamentaria ha motivado que la Corte Constitucional cambiara la orientación tanto respecto al tipo de control que se realiza sobre las deliberaciones de inviolabilidad como en la interpretación del nexo funcional entre opinión expresada y función del parlamentario.

En especial, las sentencias n. 10 y 11 de 2000 dieron inicio a un consolidado filón de jurisprudencia constitucional que, por lo que respecta a las opiniones expresadas fuera de actos parlamentarios típicos, ha pasado a requerir la «[...] identificabilidad de la declaración misma como expresión de actividad parlamentaria» (Corte Cost. nn. 10 y 11 de 2000) declarada en la jurisprudencia posterior como «[...] evidente e idóneo nexo con el ejercicio de la actividad parlamentaria» (Corte Cost. n. 133 de 2018).

A partir del viraje jurisprudencial del año 2000, el tipo de control que la Corte Constitucional ha ejercido sobre las deliberaciones de inviolabilidad en caso de conflicto de atribuciones entre poderes ha dejado de ser meramente *extrínseco* y, con el tiempo, se ha hecho más incisivo; se trata, pues, de un control que insiste en el «[...] valor de la controversia constitucional en base al alcance y a la aplicación del art. 68.1 [...], al juicio de la Cámara de pertenencia con respecto a la inviolabilidad de las declaraciones del parlamentario»²³.

3. LEY CONSTITUCIONAL N. 3 DE 1993: INVOLABILIDAD ENTRE CONSTITUCIÓN, PRÁCTICA PARLAMENTARIA Y LEY DE APLICACIÓN DEL ART. 68 DE LA CONSTITUCIÓN

La Ley constitucional n. 3 de 1993 ha influido de una forma muy relevante en los equilibrios entre el poder judicial y el Parlamento, superando una inercia derivada de la confluencia de los artículos 66 y 68 CI: en efecto, antes de la revisión constitucional «[...] las Cámaras eran los únicos jueces de su creación, y esto tanto con respecto a situaciones provisionales (detención de breve duración) como en situaciones definitivas (arresto a raíz de una condena a un largo período de detención, sentencia de caducidad, anulación de una elección)»²⁴; luego, el sistema de garantías de la autonomía de las Cámaras cambió sus equilibrios, desplazándolos en parte fuera del Parlamento.

La reforma constitucional de 1993 acabó con uno de los abusos más llamativos de las prerrogativas parlamentarias, a saber, la negativa generalizada a expedir autorizaciones para proceder que, de hecho, obstaculizaba el ejercicio de la acción penal contra los parlamentarios, sobre todo aquellos con muchos años de actividad²⁵.

Sin embargo, la reforma de la inviolabilidad no ha frenado la *praxis* parlamentaria según la cual en la mayoría de los casos se considera que persiste el *fumus persecutionis* ante autorizaciones que limitan la libertad personal (autorización para la detención); entre otras razones, ello se debe a una interpretación de dicho concepto que lleva a considerar subsistente el *fumus* tanto en los supuestos en los que se manifieste una voluntad persecutoria por parte de los magistrados que presentan la solicitud de autorización (el llamado *fumus persecutionis* en sentido subjetivo) como en aquellos en los que en la solicitud subsistan vicios o incongruencias que permitan considerarlo «injusto» (*fumus persecutionis* en sentido objetivo)²⁶.

Dicho en otros términos, las dos ramas del Parlamento italiano mantienen, durante la deliberación sobre las solicitudes de autorización para el arresto u otras limitaciones de la

libertad personal, una interpretación *laxa* del campo de aplicación de la prerrogativa regulada en el art. 68.2 CI.

El Parlamento considera casi siempre subsistente el *fumus persecutionis*, emparejándolo con otro criterio constantemente asumido en el ámbito parlamentaria durante las deliberaciones sobre las solicitudes de autorización: la valoración de la extraordinaria gravedad del delito y la excepcional relevancia de las exigencias cautelares. Este último criterio ha sido identificado por las Juntas parlamentarias sobre la base de una reconstrucción del principio de la prerrogativa plasmada en el art. 68.2 CI según el cual dicha disposición sirve para evitar comprometer la integridad del órgano parlamentario. Por este motivo, la concesión de la autorización se otorga solo cuando el órgano parlamentario, como consecuencia de su propio sumario, estime que subsiste la extraordinaria gravedad del delito y la excepcional relevancia de las exigencias cautelares²⁷.

El texto actual del 2º apdo. del art. 68 CI admite además el arresto del parlamentario sin previa autorización de la Cámara en caso de condena firme, lo cual ha vuelto a plantear en el plano práctico la cuestión de la posibilidad de que un parlamentario en situación de detención lleve a cabo su mandato parlamentario. En la *praxis* se ha activado el procedimiento de impugnación del nombramiento (la comprobación de los poderes), luego interrumpido para aceptar las dimisiones del parlamentario para el cual la sentencia preveía la sanción accesoria de la interdicción perpetua para cargos públicos, mientras que en los otros casos no se ha establecido el cese del cargo²⁸.

Además, con respecto al ámbito de aplicación de la disciplina que regula las autorizaciones para llevar a cabo acciones limitativas de la libertad de domicilio, la misma *praxis* parlamentaria, que ha gozado también del soporte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁹, ha ampliado el ámbito de aplicación de dicha disposición mediante una interpretación extensiva del concepto de domicilio.

Llegamos ahora a la cuestión más problemática de la reforma constitucional de 1993: la previsión contemplada en el art. 68.3 CI a tenor de la cual se pide la autorización de la Cámara de pertenencia del parlamentario «[...] para interceptar de cualquier forma las conversaciones o comunicaciones del parlamentario y la autorización para secuestrar la correspondencia».

Culminada la reforma constitucional, esta disposición fue objeto de críticas, dado su efecto notoriamente coercitivo sobre los poderes de investigación atribuidos a la autoridad judicial³⁰; se ha intentado, pues, encontrar un nuevo equilibrio entre igualdad de tratamiento ante la jurisdicción y tutela de la actividad parlamentaria³¹.

En particular, se trataba de definir la línea de demarcación que la autoridad judicial no debía cruzar en los casos de interceptaciones a usuarios no directamente relacionadas con el parlamentario, pero con los cuales el parlamentario realizaba comunicaciones. Al respecto, cabe recordar que, a raíz de la reforma constitucional de 1993, una serie de decretos introdujeron pautas de actuación respecto al art. 68 CI, y el Proyecto de Ley de conversión de uno de esos decretos (el decreto de ley n.9 de 1996) introdujo por primera vez la regulación de la interceptación indirecta, que se sometía a autorización a tenor del art. 68.3 CI³².

Como es sabido, el decaimiento de los decretos emanados entre 1993 y 1996 no impidió el desarrollo de prácticas parlamentarias que consideraban subsistente la autorización para proceder a interceptaciones indirectas y, sucesivamente, a *tipificarlas* en la disciplina de «actuación» del art. 68 CI introducida en 2003: Ley n. 140 de 2003.

La Ley n. 140 de 2003 establece en sus arts. 4 y 6 una regulación de la interceptación de comunicaciones que atañe tanto a las autorizaciones llamadas *preventivas* (art. 4 de la Ley 140 de 2003) como a las autorizaciones llamadas *sucesivas* (art. 6 de la Ley 140 de 2003), estableciendo unas pautas respecto a su utilización que diferencian los casos de interceptación indirecta u ocasional.

En resumen, en 2003 el legislador afrontó de nuevo la cuestión que concernía también a la captación *indirecta* y a la captación *ocasional* de comunicaciones del parlamentario y su régimen en cuanto a su idónea inclusión en el ámbito de aplicación reflejado en el art. 68.3 CI. El legislador consideró incluidas en el ámbito de aplicación de la referida disposición constitucional tales medidas limitativas de la libertad de comunicación sobre la base de una interpretación extensiva de la expresión «de cualquier forma» contenida en el art. 68.3 CI. En la misma lectura extensiva se basaba, por otro lado, la regulación enunciada en el art. 6 de la Ley n. 140 de 2003 sobre la posibilidad de acceder y utilizar registros telefónicos como medios de prueba, limitando su uso aun en los casos en que el procedimiento penal previera la comprobación de la responsabilidad penal de individuos que no gozaban del estatus de parlamentario.

A continuación, cabe analizar brevemente las problemáticas aplicativas que ha generado dicha regulación y los efectos que la misma ha causado en la búsqueda de los puntos de equilibrio entre libertad en el ejercicio de la actividad parlamentaria, atribuciones del poder y tutela de los derechos.

4. PUNTOS DE EQUILIBRIO TRAS LA APROBACIÓN DE LA LEY 140 DE 2003: IMPORTANCIA DEL JUICIO DE LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LA LEY EN VÍA INCIDENTAL

Como es sabido, la finalidad de Ley 140 de 2003 era determinar normas de procedimiento y efectos procesales y sustanciales de todas las prerrogativas reconocidas en el art. 68 de la CI, insistiendo en su lectura extensiva.

En relación con la inviolabilidad, ello implicaba, ante todo, una tipificación del nexo funcional que incluía una cláusula general de definición de los casos cubiertos por inviolabilidad que comprendía «[...] cualquier otra actividad de inspección, divulgación, crítica o denuncia política conexas a la función parlamentaria, desarrollada incluso fuera del Parlamento» (art. 3.1, de la Ley 140 de 2003).

A ello se unía la previsión legislativa de la cuestión prejudicial parlamentaria. Con esto se ratificaba «[...] una cuestión totalmente libre de argucias literarias en la Carta Constitucional, pero que lleva aún hoy a que, en los juicios en los que están implicados parlamen-

tarios, la subsistencia de la causa de justificación del ejercicio de las funciones sea objeto *in primis* de una deliberación de la Cámara de pertenencia. En la práctica, en Italia se rechaza el concepto de que la norma de la inviolabilidad parlamentaria sea objeto de una aplicación jurisdiccional exclusiva como cualquier otra eximente»³³.

Durante el juicio de legitimidad constitucional en vía incidental, se asignó a la Corte Constitucional la cuestión de la legitimidad constitucional del art. 3 de la Ley 140 de 2003 tanto en la parte en la que tipificaba los casos cubiertos por la inviolabilidad como en la parte relativa a la disciplina de las relaciones entre los jueces y las Cámaras con respecto a la cuestión prejudicial parlamentaria.

Esta cuestión fue resuelta por la sentencia n. 120 de 2004, un fallo con disposición de inadmisibilidad y rechazo. La sentencia n. 120 de 2004 desestimó la cuestión de legitimidad constitucional basando las argumentaciones que llevaron al *decisum* sobre el dato histórico de la existencia de una doctrina y de una *praxis* en materia de inviolabilidad que el legislador se había limitado a fijar en las disposiciones del art. 3. Al mismo tiempo, la Corte subrayó que resulta «inútil» la pretensión del legislador de establecer una «taxonomía» completa y exhaustiva de los casos de inviolabilidad, o sea, a búsqueda, en definitiva, de una regla constante de composición del conflicto entre la autoridad judicial (y las situaciones jurídicas subjetivas de las «partes» del juicio) y la autonomía e independencia del Parlamento.

Por otro lado, la sentencia interpretativa de rechazo hizo referencia a la jurisprudencia constitucional sobre el nexo funcional (Corte Cost. n. 10 y 11 de 2000), manteniéndola en firme. Por último, durante el juicio de legitimidad constitucional, la Corte insistió en su afirmación de que la necesidad de encontrar las normas de composición del conflicto sobre la inviolabilidad seguiría satisfaciéndose recurriendo al conflicto de atribuciones entre poderes. Sigue resistiendo así, en su estructura básica, el reparto de los «poderes» sobre las prerrogativas prefigurado en el modelo de composición de los conflictos constitucionales sobre las prerrogativas emprendido con la sentencia n. 1150 de 1988 (la cuestión prejudicial parlamentaria y el efecto inhibitor de la deliberación sobre la inviolabilidad en el ejercicio de la jurisdicción).

En cambio, con respecto a la inviolabilidad, otra importante resolución emitida con ocasión de un juicio de legitimidad constitucional en vía incidental afrontó la cuestión de la legitimidad constitucional del art. 6.1 de la Ley 140 de 2003 en materia de disciplina de las autorizaciones sucesivas, es decir, de las disposiciones relativas al uso procesal de las interceptaciones indirectas y ocasionales: se trata de la sentencia n. 390 de 2007³⁴.

Con esta resolución, el Juez Constitucional ha establecido algunos criterios firmes relativos al fundamento y a la «actuación» del art. 68.3 CI.

Ante todo, estableció que en el art. 68.3 CI, donde se prevé la autorización a la interceptación «de cualquier forma» de comunicaciones o conversaciones del parlamentario, debe entenderse que dicha autorización cubre toda acción de captación orientada («dirigida» es el término usado por la Corte) hacia el parlamentario, aunque llevada a cabo sobre usuarios o medios de comunicación no propios del parlamentario o no de su disponibilidad.

Es decir, el art. 68 CI prefigura formas de autorización *preventiva* a la captación y cubre, seguramente, también las interceptaciones *indirectas* del parlamentario.

El criterio de la *dirección de la actuación de investigación* se utilizará posteriormente y será retomado por la Corte Constitucional en la jurisprudencia sobre los conflictos de atribución entre poderes reflejados en el art. 68.3 CI para definir el marco de aplicación de la prerrogativa de la inviolabilidad con referencia a la «esfera de tutela» de la comunicación del parlamentario (en particular, ello llevará a considerar que estén cubiertos por el mecanismo de autorización incluso los registros telefónicos del parlamentario)³⁵.

Según el Juez Constitucional, pues, la Ley 140 de 2003 prevé normas procesales de actuación reflejadas en el art. 68.3 CI solo en la parte en que reglamenta las autorizaciones preventivas de la captación de comunicaciones de los parlamentarios, o sea, en el art. 4. Por tanto, la Corte ha «excluido» que la doctrina de las autorizaciones sucesivas (art. 6.2, 6.5. 6.6 de la Ley n. 140 de 2003) pueda considerarse «constitucionalmente impuesta» por el art. 68.3 CI.

En cuanto a la posibilidad que ella misma pueda considerarse «constitucionalmente consentida», es decir, en relación con la cuestión de si el legislador ordinario está habilitado para prever —desde una óptica de prevención de eventuales condicionamientos en el desarrollo del mandato electivo— formas especiales de tutela de la privacidad del parlamentario respecto a un medio de búsqueda de la prueba particularmente agresivo como las interceptaciones, cabe señalar, por un lado, que la disciplina que preveía la inutilidad de las interceptaciones indirectas y ocasionales *erga omnes* por inutilizables se ha considerado irracional y lesiva del principio constitucional de igualdad de trato ante la jurisdicción (esencialmente sobre la base del parámetro del art. 3 CI) a partir de la sentencia n. 390 de 2007; pero, por otro, que la labor de demolición de la estructura global del art. 6 de la Ley 140 de 2003 (que según la mayoría de la doctrina esta sentencia habría causado, cancelando, en perspectiva, la disciplina de las autorizaciones sucesivas³⁶), en parte se ha frenado en el tiempo, primero a raíz de un conflicto de atribuciones entre poderes y luego a raíz de un juicio de legitimidad constitucional en vía incidental. Como se ha reiterado, la exigencia de hallar nuevos puntos de equilibrio entre el poder judicial y el parlamento ha intervenido en ese sentido. Así pues, la Corte Constitucional ha incluido en el ámbito de aplicación del art. 68.3 CI cualquier dato extrínseco de las comunicaciones del parlamentario (denominado «hecho comunicativo» por la Corte), como el deducible de los registros telefónicos³⁷, determinando así el marco de aplicación de la inviolabilidad al que alude el art. 68.3 CI para defender la esfera de comunicaciones del parlamentario³⁸ y delimitando por decisión judicial el «espacio comunicativo» del parlamentario *protegido* por la prerrogativa del art. 68.3 CI³⁹.

Esta jurisprudencia debe ser analizada tomando en consideración, por una parte, la evolución de las leyes procesales penales, que han modificado la estructura del proceso penal y la posición del fiscal, perfilándolo como *parte* protagonista del proceso activamente comprometida en la indagación de la prueba⁴⁰ y, por otra, la cada vez más evidente capacidad invasiva de los medios tecnológicos de búsqueda de la prueba vinculados a la captación de datos intrínsecos y el conocimiento de datos extrínsecos de las comunicaciones⁴¹. Por lo

tanto, la inviolabilidad encuentra sus formas más expresivas y sus limitaciones en el *hecho científico* y el *contexto normativo* de las normas procesales.

5. CONCLUSIONES

La experiencia italiana evidencia que las prerrogativas parlamentarias siguen siendo necesarias para asegurar el equilibrio entre los poderes constitucionales.

Estas viejas instituciones, creadas para defender la autonomía y la independencia del Parlamento y asegurar el libre ejercicio de la función parlamentaria, no pueden quedar libradas a la plena y exclusiva *decisión parlamentaria* en un marco constitucional en el que el Parlamento deja de ser un órgano libre de vínculos y controles por efecto de la rigidez constitucional y de las garantías jurisdiccionales de la Constitución. Pero, al mismo tiempo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional nos deja un legado: la *jurisdicción ordinaria* no puede hacer enteramente justiciables las prerrogativas porque, de lo contrario, pueden producirse abusos y graves interferencias en el ejercicio de las atribuciones que le corresponden al Parlamento o al poder judicial. Por lo tanto, no se considera implícitamente suficiente la garantía de la autonomía e independencia del orden-poder judicial como herramienta de defensa del fundamento de las prerrogativas y se estima necesario que el Parlamento conserve poderes de «jurisdicción» sobre las prerrogativas parlamentarias de estatus, incluida la inmunidad sustancial de la inviolabilidad.

En la experiencia italiana, el Juez Constitucional ha asumido un papel «arbitral» en los conflictos relacionados con las prerrogativas parlamentarias, mediante su intervención el juicio por conflicto de atribuciones entre poderes del Estado, y ha elaborado una taxonomía de la inviolabilidad, de los límites de la misma. Más recientemente, tras la aprobación de la Ley 140 de 2003, el papel de la Corte Constitucional en la configuración de las prerrogativas ha cobrado especial vigor, dado que puede ejercer el control de constitucionalidad de las leyes —en casos concretos— que el Parlamento ha establecido con el fin de reglamentar las relaciones con la jurisdicción ordinaria en materia de efectos de las prerrogativas constitucionales. Lo que todavía no se ha desarrollado plenamente en el sistema de garantías constitucionales es un conjunto de remedios capaces de asegurar la total y efectiva tutela de los derechos de los terceros afectados por las prerrogativas, carencia que ha sido detectada en varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por otro lado, esta tendencia podría verse reforzada por la decisión del legislador de dar *actuación* al art. 68 mediante una regulación que «tipifica» en gran parte las prácticas parlamentarias y pretende definir también el campo de aplicación, las normas y los criterios de funcionamiento de las relaciones entre las Cámaras y los jueces. Dicho de otro modo, también en el juicio de legitimidad constitucional de las leyes en vía incidental puede buscarse un equilibrio entre las exigencias de tutela de las atribuciones parlamentarias, la esfera de la jurisdicción y los derechos de las partes del proceso afectadas por las prerrogativas.

Tanto las *praxis* parlamentaria y judicial como la jurisprudencia constitucional italiana ponen de relieve que el intento de tipificar y cristalizar dichos puntos de equilibrio mediante el ejercicio de la función legislativa (con ley de actuación constitucional) ha sido «estéril», tomando prestado un término utilizado por la Corte Constitucional en la sentencia n. 120 de 2004, y que, por tanto, la búsqueda de los puntos de equilibrio es constante y está punteada por momentos conflictivos que habrá que solucionar a fin de respetar el sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución.

NOTAS

1. Ciaurro (1986: 1 ss.); Cerase (2006: 1298, esp. 1300). La inviolabilidad está constitucionalmente prevista también para los miembros de las asambleas legislativas regionales (art. 122.1 CI, art. 6 Estatuto Sicilia; art. 25 Estatuto Sardegna; art. 24 Estatuto Valle d'Aosta; arts. 28 y 48 bis Estatuto Trentino Alto Adige; art. 16 Estatuto Friuli Venezia Giulia).

2. Se trata, por tanto, de garantías funcionales del Parlamento y entonces no son libremente disponibles para los parlamentarios. Esto conlleva la consideración de que «[...] vista la naturaleza política del órgano parlamentario [...], resolver totalmente la prerrogativa en el órgano sería como entregar a la mayoría el poder de utilizar la prerrogativa misma para fines relacionados con la lucha política contra la minoría y contra el parlamentario individual» (Di Ciolo y Ciaurro, 2013: 133, n. 22). A fin de evitar este efecto potencialmente «perjudicial» para las minorías parlamentarias, sobre todo en caso de que se expresen opiniones fuera de los actos parlamentarios típicos, se puede insistir en una escrupulosa evaluación de la proporcionalidad para tutelar la libertad de expresión según los cánones de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ECHR, judg. 23/4/1992, *Castells c. Spain*, appl. 11798/85, relativo a la violación del art. 10 CEDU, espec. apdos. 42-44).

3. Por todos, Zagrebelsky (1979: 89).

4. Sobre este argumento, Lippolis (2011).

5. *Ibidem*.

6. Ceccanti (2008).

7. Midiri (1999: 362).

8. De nuevo, Zagrebelsky (1979: 99 ss.).

9. Corte Cost. n. 24 y 120 de 2004.

10. Zagrebelsky (1979: 99 ss.).

11. Midiri (2003: 604, esp. 630).

12. Corte Cost. n. 1150 de 1988, cursiva añadida.

13. Sobre este argumento, *vid.* Giupponi (2005). Entre las sentencias más relevantes sobre el tema Corte Cost. n. 120 de 2004, y jurisprudencia allí citada. En particular, para las prerrogativas parlamentarias de la inviolabilidad y de la inmunidad es interesante, consúltese la Ley n. 140 de 2003 y las sentencias que

han tenido por objeto los arts. 3 y 6 de la misma ley (en particular, Corte Cost. n. 120 de 2004, par 4 cons. en derecho, sobre la inviolabilidad y Corte Cost. n. 390 de 2007).

14. Estos son los pasajes de la jurisprudencia más significativos que construyen dicho modelo: «Tra la premessa (esatta) che l'art. 68, primo comma, non attribuisce alle Camere un potere del tipo di quello previsto dal secondo comma e la conclusione, tratta dalla ricorrente, che in materia di irresponsabilità dei parlamentari nessuna competenza, in assoluto, spetta al Parlamento, v'è un salto logico evidente. Le prerogative parlamentari non possono non implicare un potere dell'organo a tutela del quale sono disposte; ma la logica diversa che presiede alle due prerogative sancite dall'art. 68 Cost. si riflette in poteri di natura diversa» (Corte cost. n. 1150 del 1988). Inoltre, Corte cost. n. 129 del 1996 ribadì che la Corte “con le sentenze nn. 1150 del 1988 e 443 del 1993, ha interpretato l'art. 68, primo comma, Cost., nel senso che esso attribuisce alla Camera di appartenenza il potere di valutare la condotta addebitata a un proprio membro, con l'effetto, qualora sia ritenuta esercizio delle funzioni parlamentari, di inibire in ordine ad essa una difforme pronuncia giudiziale, sempre che il potere sia stato correttamente esercitato. Qualora reputi che la delibera favorevole all'applicazione dell'art. 68, primo comma, sia il risultato di un esercizio non corretto del potere —per vizi in procedendo oppure per omessa o erronea valutazione dei suoi presupposti, in particolare per manifesta estraneità della condotta del parlamentare al concetto di “opinione” o di “esercizio delle funzioni”—, il giudice, al quale si è rivolta la persona lesa dalle dichiarazioni diffamatorie contestate, può soprassedere alla dichiarazione immediata di applicabilità dell'art. 68 sollevando conflitto di attribuzione davanti a questa Corte, con effetto sospensivo del giudizio pendente davanti a lui».

15. Pace (2007).

16. Se debate sobre si se trata de una causa de justificación o de una eximente.

17. Sobre esta vieja cuestión cfr. los estudios ya clásicos de Mezzanotte (1972) y Sorrentino (1967: 670 ss.). Cfr. también Cerri (1982: 2436 ss.) y, recientemente, Marone (2016). Sobre la estructura del conflicto de atribuciones, *vid.* los estudios recientes de Armano (2019); Pisaneschi (1992); Veronesi (1999); y Rivosecchi (2003).

18. Pace (2007).

19. Certo es que siguen inalterados los remedios *endoprocesales* que pueden permitir tumbar la decisión del juez de no plantear conflicto de atribuciones, pero en caso de error de procedimiento del magistrado que lleva a la improcedencia, después de la sentencia de la Corte Const. n. 116 de 2003 se anula la posibilidad para la parte tercera del conflicto de atribuciones de ver “anulada” la deliberación de inviolabilidad. Sobre estos argumentos, *vid.* Midiri (2003: 617).

20. Se trata, nada más y nada menos, de siete condenas: ECHR *Cordova v. Italy* (no. 1), apl. 40877/98, sent. 30-1-2003; ECHR, *Cordova v. Italy* (no. 2), apl. 45649/99, sent. 30-1-2003; ECHR, *De Jorio v. Italy*, apl. n. 73936/01, sent. 3-1-2004; ECHR, *Ielo v. Italy*, apl. 23053/02, sent. 6-12-2005; ECHR, *Patrono, Cascini and Stefanelli v. Italy*, appl. n. 10180/04, sent. 20-4-2006; ECHR, *CGIL and Cofferati v. Italy*, apl. n. 46967/07, sent. 24-2-2009; ECHR, *CGIL and Cofferati v. Italy* n. 2, appl. n. 2/08, sent. 6-4-2010.

21. Hay que recordar que, según la jurisprudencia constitucional constante: «Nei giudizi per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, di regola, non è ammesso l'intervento di soggetti diversi da quelli legittimati a promuovere il conflitto o resistervi. Questa regola, tuttavia, non opera quando l'interveniente sia parte di un giudizio comune, i cui esiti o i cui effetti la pronuncia di questa Corte sia suscettibile di condizionare (tra le molte, sentenza n. 107 del 2015)” (da ultimo Corte cost. n. 169 del 2018). Ma a partire dalla sentenza n. n. 76 del 2001 per l'insindacabilità l'intervento dei terzi nel giudizio per conflitto d'attribuzioni è ammissibile “qualora si rivendichi la sussistenza della eccezionale gaurentigia di

non perseguibilità [...] e si neghi pertanto in radice il diritto di azione in capo a chi pretende di aver subito lesione da una condotta “scriminata” dalla garanzia medesima”, poiché in tal caso “la valutazione sull’esistenza della garanzia svolta dalla Corte in sede di conflitto finirebbe per sovrapporsi all’analogha valutazione demandata al giudice del processo comune. Ove dunque si ritenesse precluso l’intervento nel giudizio costituzionale, finirebbe per risultare in concreto compromessa la stessa possibilità per la parte di agire in giudizio a tutela dei suoi diritti. La conclusione alla quale occorre ora pervenire, d’altra parte, è ulteriormente avvalorata dalla circostanza che l’esigenza del contraddittorio - fortemente riaffermata dalla nuova formulazione del secondo comma dell’art. 111 della Costituzione — si riflette anche sul piano della partecipazione al giudizio riservato a questa Corte, derivando da esso la risoluzione di un tema del tutto “pregiudiziale”, quale è quello relativo alla sussistenza o meno nel caso concreto del potere di agire» (cfr., también, Corte Cost. nn. 368, 305 y 195 de 2007, n. 386 de 2005 y n. 154 de 2004).

22. En el transcurso de la XV legislatura se registra un intento, por parte de la Cámara Baja de acotar el campo de las hipótesis en las que se suponía subsistente la inviolabilidad. La Oficina de la Presidencia de la Cámara había solicitado una reflexión general sobre los criterios de aplicabilidad del art. 68.1 de la Const. En la reunión de la Junta del día 4 de Octubre de 2006, la Junta tomó nota de la solicitud llegada a la Junta por medio del Presidente de la Cámara, considerando que esta formaba parte de las competencias de la Oficina de la Presidencia en cuanto órgano que delibera proponer a la Asamblea que la Cámara misma resista activamente en los juicios por conflicto de atribuciones promovidos por el poder judicial. En la sesión de 4 de abril de 2007, la Junta entregó, pues, un Informe conclusivo sobre los *Criterios generales de aplicación de la inviolabilidad parlamentaria*, luego remitida a la Presidencia de la Cámara. Res. Taquigrafiada sesión 4 de abril de 2007, 11, que no constituye ningún vínculo para la Cámara. En ese informe se lee: «L’eccesso interpretativo delle Giunte parlamentari conduce alla conclusione che se tutto è «funzione parlamentare» in fondo nulla di importante lo sia. D’altro canto, il bilanciamento di interessi è stato trovato dalla Corte costituzionale su un terreno assai formalistico [...]». El Juez Constitucional, en efecto, considera incuestionables las actuaciones típicas de la actividad parlamentaria. Aquellas llevadas a cabo, en cambio, *extra moenia*, se consideran incuestionables solo si y en la medida en que sean una fiel reproducción en el exterior y, por tanto, divulgación y representación, de los contenidos de actividades parlamentarias típicas (proyectos de ley, actuaciones inspectoras de una organización sindical, ponencias en las diferentes reuniones parlamentarias, etcétera: por ejemplo sentencias nn. 10, 11, 56, 58, 82, 320, 321 y 420 de 2000; nn. 137 y 289 de 2001; nn. 50, 51, 52, 79, 207, 257, 283, 294 e 521 de 2002; nn. 219 y 379 de 2003 así como 246, 347 e 348 de 2004 y 28 e 176 de 2005 y 331 y 335 de 2006). «Questo tipo di approccio ha il pregio della certezza del riscontro ma appare davvero troppo formale e schematico [...] si ritiene che ai parlamentari dovrebbe essere consentito di esternare le proprie opinioni con maggiore snellezza e velocità, per rispondere meglio alle esigenze della moderna comunicazione politica, al riparo dal sindacato giurisdizionale, senza essere costretti al previo esercizio di attività parlamentare tipica che assumerebbe altrimenti una funzione meramente strumentale e intaserebbe il lavoro parlamentare [...]. L’esigenza da ultimo segnalata evidentemente deve trovare un limite. E questo può essere rappresentato dal rispetto delle regole espressive vigenti all’interno delle Camere. [...] In buona sostanza, gli stessi regolamenti parlamentari contengono norme volte a disciplinare le forme espressive del mandato parlamentare. Appare dunque evidente che l’esercizio delle funzioni rappresentative non può assumere *extra moenia* forme lessicali più disinvolte e licenziose di quelle consentite *intra moenia*» (cursiva añadida).

23. Corte Cost. nn. 10 y 11 de 2000. *Vid.*, además, recientemente, Corte Const. n. 133 de 2018 y la jurisprudencia citada en Corte costituzionale — servicio estudios, *L’insindacabilità delle opinioni espresse e dei voti dati dai parlamentari nell’esercizio delle loro funzioni (art. 68, primo comma, Cost.). Profili di merito. Selezione ragionata di giurisprudenza costituzionale (2000-2021), Marzo 2021, editado por D. Diaco*. Disponible en: <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_318__insindacabilita_20210308143924.pdf>. [Consulta: 07/09/2021.], basada enteramente en una interpretación estricta del criterio del «nexo funcional» entre contenido de las actas parlamentarias típicas y actas parlamentarias atípicas. En la doctrina, por todos, Pace (2000: 85 ss.); y Malfatti (2005: 329).

24. Lippolis (2011).
25. *Vid.* los datos sobre las *praxis* reproducidos por Midiri (1999: 292 ss.).
26. Cfr. Cerase (2008: 133, esp. 146).
27. Práctica constante de las Asambleas de Cámara Baja y Senado. Actas Senado, XIII leg., Doc. IV, n. 4-A. Al respecto, *vid.* Di Ciolo y Ciaurro (2003: 138 ss.).
28. *Vid.* Di Ciolo y Ciaurro (2003: 134-135) sobre los casos *Previti*, *Cuffaro* (inhabilitación perpetua para cargos y oficios públicos) y *Abbatangelo y Papa* (donde no había sido conminada la sanción de inhabilitación perpetua para cargos y oficios públicos).
29. Corte Cost. n. 58 de 2004: «Il secondo comma dell'art. 68 della Costituzione dispone (tra l'altro) che, senza autorizzazione della Camera alla quale appartiene, nessun membro del Parlamento può essere sottoposto a perquisizione personale o domiciliare. Sotto quest'ultimo profilo la norma intende garantire al parlamentare l'inviolabilità della sua residenza ed anche di spazi ulteriori identificabili come domicilio, in vista della tutela dell'interesse del Parlamento al pieno dispiegamento della propria autonomia, esplicitantesi anche nel libero esercizio del mandato parlamentare, rispetto agli altri poteri dello Stato. E una sede di partito ben può —come nella specie— ospitare il domicilio di un parlamentare. La prerogativa in esame è lesa per il solo fatto che una perquisizione sia disposta o eseguita nel domicilio di un parlamentare senza autorizzazione della Camera di appartenenza».
30. Zagrebelsky (1994: 283).
31. Así, Zanon (2007).
32. Una dura crítica a la tesis de que dicha disciplina constituya la «actuación» del art. 68.3 de la Cl. es formulada por Cerase (2008: 149 ss.)
33. *Ibidem*: 138.
34. Sobre el tema, *vid.* el comentario de Grevi (2007: 4385 ss.).
35. Corte Cost. n. 38 de 2019, donde se establece que la referencia textual reproducida en el art. 68.3 CI, a «conversaciones o comunicaciones» lleva a considerar que estén cubiertos por la prerogativa incluso los *datos puramente históricos, en cuanto ellos mismos «hechos comunicativos»*. Sobre la decisión, *vid.* Orlandi (2019: 178 ss.), que critica la categoría de los hechos comunicativos y considera que con esta decisión se mantiene una reulación que extiende forma excesiva el campo de aplicación de la prerogativa mencionada en art. 68.3° Const.; y Girelli (2020).
36. Por todos, Giupponi (2008) y Zanon (2007: 4 ss.).
37. Corte Cost. n. 188 del 2010, sobre conflicto entre podres, y Corte cost. n. 38 de 2019, una sentencia interpretativa de rechazo e cuanto a juicio de legitimidad constitucional de las leyes.
38. Cas. pen. VI secc. sent. 22.9.2016 n. 49538 citada por Corte Cost. cent. n. 38 de 2019.
39. Girelli (2020).
40. *Vid.* Midiri (1999: 327 ss.).
41. Este «hecho» le parece evidente al Juez Constitucional en Corte Cost. n. 38 de 2019: «Per i parlamentari, si tratta piuttosto di verificare se davvero, come ancora asserisce il giudice rimettente, il testo dell'art. 68, terzo comma, Cost., nella parte in cui utilizza le espressioni «conversazioni» e «comunicazioni», escluda ogni riferimento a un documento, come il tabulato, che di quelle riveli, non già il contenuto ma

dati ed elementi, certo “esterni”, che tuttavia, come si è detto, sono di indubbio significato comunicativo: *data e ora in cui le conversazioni o le comunicazioni sono avvenute, loro durata, utenze coinvolte, consentendo altresì, in virtù dell'evoluzione tecnologica, il tracciamento di localizzazioni e spostamenti dei titolari di apparati mobili* (cursiva añadida).

BIBLIOGRAFÍA

- ARMANNO, Marco (2019): *Il giudizio di ammissibilità nel conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato. Questioni teoriche e prassi applicative*, Nápoles: Editoriale Scientifica.
- CECCANTI, Stefano (2008): *Per un nuovo equilibrio fra giustizia e politica*, en Federalismi.it, n. 16 [en línea] <<https://federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=10768>>. [Consulta: 07/09/2021.]
- CERASE, Marco (2006): «Art. 68 Cost.», en R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione* t. II, Turín: UTET.
- (2008): «Parametri normativi e dialettica parlamentare nelle decisioni in materia di immunità», en R. Dickmann, S. Staiano (editado por), *Funzioni parlamentari non legislative e forma di governo. L'esperienza dell'Italia*, Milán: Giuffrè.
- CERRI, Augusto (1982): «Competenza atto e rapporto nel conflitto di attribuzione», en *Giur. cost.*, 2436.
- CIAURRO, Luigi (1986): «Prerogative costituzionali», en *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, 1, Milán: Giuffrè.
- DI CIOLO, Vittorio y Luigi CIAURRO (2013): *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milán: Giuffrè.
- GIRELLI, Federico (2020): «La “legittimità” della tutela dello spazio comunicativo del parlamentare», *Osservatorio costituzionale*, 1/2020 [en línea] <https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2020_1_07_Girelli.pdf>. [Consulta: 07/09/2021.]
- GIUPPONI, Tomaso Francesco (2005): *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, Turín: Giappichelli
- (2008): «Le intercettazioni “indirette” nei confronti dei parlamentari: cronaca di un’illegittimità costituzionale (pre)annunciata», *Quad. cost.*, 147.
- GREVI, Vittorio (2007): «Sui limiti di utilizzabilità delle intercettazioni “indirette” (casuali e non casuali) operate nei confronti di un membro del parlamento», *Giur. cost.*, 4385
- LIPPOLIS, Vincenzo (2011): «Le immunità penali dei parlamentari in Italia», en *Studi in onore di Franco Modugno*, III, Napoli, 2011, 1945 [en línea] <<http://www.astrid-online.it>>. [Consulta: 07/09/2021.]
- MALFATTI, Elena (2005): «Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato», en R. Romboli (ed.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, Turín: Giappichelli.
- MARONE, Francesco (2016): «L'intervento nei conflitti costituzionali: porta chiusa al Deputato e porta aperta al Consigliere regionale? (Corte Costituzionale 9 giugno 2015, n. 107)», *ConsultaOnline* 23 de mayo de 2016 [en línea] <<https://www.giurcost.org/studi/marone2.pdf>>. [Consulta 07/09/2021.]
- MEZZANOTTE, Carlo (1972): «Appunti sul contraddittorio nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale», *Giur. cost.*, 954.
- MIDIRI, Mario (1999): *Autonomia costituzionale delle Camere e potere giudiziario*, Padua: CEDAM
- (2003): «Prassi e conflitti in tema d'insindacabilità parlamentare», *Dir. publ.*, 604
- ORLANDI, Renzo (2019): «Tabulati telefonici e immunità parlamentare», *Giur. cost.*, 178
- PACE, Alessandro (2000): «L'art. 68 comma 1 Cost. e la “svolta” interpretativa della Corte costituzionale nelle sentenze nn. 10 e 11 del 2000», *Giur. cost.*
- (2007): *Il modello di giudizio prefigurato dalla sent. n. 1150 del 1988 per la risoluzione dei conflitti tra poteri ex art. 68, comma 1, Cost. può essere abbandonato o solo migliorato?*, en *associazioneideicostituzionalisti.it*, 4 de febrero [en línea] <https://www.associazioneideicostituzionalisti.it/old_si

tes/sito_AIC_2003-2010/materiali/anticipazioni/modello%20giudizio/index.html>. [Consulta: 07/09/2021.]

PISANESCHI, Andrea (1992): *I conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato. Presupposti e processo*, Milán: Giuffrè;

RIVOSECCHI, Guido (2003): *Il Parlamento nei conflitti di attribuzione*, Padua: CEDAM.

SORRENTINO, Federico (1967): «I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato», en *Riv. trim. dir. pubbl.*

VERONESI, Paolo (1999): *I poteri delle Corte. «Cattivo uso» del potere e sindacato costituzionale*, Milán: Giuffrè

ZAGREBELSKY, Gustavo (1979): *Le immunità parlamentari. Natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Turín: Einaudi.

– (1994): «Commento alla riforma dell'autorizzazione a procedere», *Corr. Giur.*, 3.

ZANON, Nicolò (2007): *Il regime delle intercettazioni indirette e occasionali fra principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione e tutela della funzione parlamentare*, en *Federalismi.it*, 23/2007, 5 [en línea] <<https://www.federalismi.it/nv14/editoriale.cfm?eid=120>>. [Consulta: 07/09/2021.]

Fecha de recepción: 1 de agosto de 2021.

Fecha de aceptación: 29 de octubre de 2021.

ANEXO. AFORAMIENTOS, INVIOBABILIDADES E INMUNIDADES:
ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA*
ANNEXED: PRIVILEGED JURISDICTION, INVIOBABILITIES AND INMUNITIES:
THE STATE OF THE MATTER IN SPANISH JURISPRUDENCE

Anna Raga i Vives

*Estudiante de Doctorado
Máster de Acceso a la Profesión de Abogado
Universidad Complutense de Madrid*

* Este anexo jurisprudencial es una selección de las principales decisiones de la jurisprudencia constitucional y ordinaria española sobre inviolabilidades, inmunidades y aforamientos. El objetivo de su elaboración es suministrar al lector nacional y extranjero una herramienta complementaria a los artículos que integran la sección «Debate» del presente número de *Teoría & Derecho*.

ANEXO. AFORAMIENTOS, INVIOLABILIDADES E INMUNIDADES: ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Anna Raga i Vives

Estudiante de Doctorado
Máster de Acceso a la Profesión de Abogado
Universidad Complutense de Madrid

Sumario: Introducción. 1. Sentencias en materia de inviolabilidades. 1.1. Alcance de la inviolabilidad. 1.2. Finalidad de la inviolabilidad. 2. Sentencias en materia de inmunidades. 2.1. Naturaleza y finalidad de la inmunidad. 2.2. Límites a la denegación del suplicatorio. 3. Sentencias en materia de aforamientos. 3.1. Excepción al doble grado de jurisdicción. 3.2. Pérdida de la doble instancia en casos de conexidad. 3.3. Momento determinante para fijar la competencia del tribunal que debe enjuiciar el caso.

INTRODUCCIÓN

En lo que sigue se ofrece al lector una selección de la jurisprudencia española más relevante en materia de aforamientos, inviolabilidades e inmunidades. Se trata de una selección crítica que pretende reflejar del estado actual de la jurisprudencia en cada una de las tres materias tratadas.

Las resoluciones se han clasificado atendiendo, en primer lugar, a la materia sobre la que versan. Como segundo criterio de clasificación, se ha estimado conveniente distinguir las distintas problemáticas plantean las diferentes instituciones analizadas. Por último, el presente trabajo ofrece un resumen de las resoluciones que, siguiendo criterios prácticos, ilustran la problemática y el estado de la cuestión de las diferentes prerrogativas.

1. SENTENCIAS EN MATERIA DE INVOLABILIDADES

1.1. ALCANCE DE LA INVOLABILIDAD

STS 1533/2004, de 12 de diciembre (TOL 544260)

La prerrogativa de la inviolabilidad decae cuando las actuaciones se lleven a cabo por motivos distintos a la actividad parlamentaria: no alcanza a cualesquiera actuaciones de los parlamentarios, sino solo a sus declaraciones de juicio o de voluntad («opiniones» *ex art. 71.1 CE*). De esta forma, la inviolabilidad cubre exclusivamente, la conducta del titular en cuanto que miembro del órgano colegiado.

«1. La clave de la controversia estriba en la determinación del alcance de ese derecho de expresión, cobijado bajo la frase “ejercicio de sus funciones” (art. 71.1.CE).

El art. 71.1 y los correlativos en los Estatutos autonómicos se orientan a la preservación de un ámbito cualificado de libertad en la crítica y en la decisión sin la cual el ejercicio de las funciones parlamentarias podrían resultar mediatizadas o postradas, o resultar afectada la libre formación de la voluntad del órgano legislativo. Esta garantía parlamentaria requiere una correcta delimitación material y funcional del derecho, como oportunamente pone de manifiesto el Ministerio Fiscal. Desde el primer punto de vista la garantía parlamentaria no alcanzará a cualesquiera actuaciones de los parlamentarios, sino sólo a sus declaraciones de juicio o de voluntad (“opiniones” según el art. 71.1 C.E.). Desde la otra perspectiva (funcional) la inviolabilidad debe cubrir exclusivamente la conducta del titular, en tanto miembro del órgano colegiado, cesando cuando el sujeto despliegue la libertad de expresión al margen de las funciones parlamentarias.

Así pues, debemos atenernos a esa relación o conexión entre inviolabilidad y ejercicio de funciones propias de la condición de parlamentario (art. 71.1 C.E.), de tal suerte que el diputado o senador, en cuanto sujetos generadores de la voluntad colectiva del órgano parlamentario, cuya autonomía es la protegida a través de esta garantía individual, ejercerán sus funciones solo en la medida en que participen de actos parlamentarios, en el seno de cualesquiera de las articulaciones orgánicas del Parlamento. Eso es lo que parece desprenderse del Reglamento del Senado, que en su art. 21 nos dice que la inviolabilidad garantizará solo “las opiniones manifestadas en actos parlamentarios” y los “votos emitidos en el ejercicio de su cargo”.

2. Planteado así el problema, debe quedar sentado que este privilegio o prerrogativa debe ser interpretada de forma estricta, en evitación de que el ejercicio abusivo pueda lesionar derechos fundamentales de terceros que merezcan protección conforme al art. 24. 1 C.E. (tutela judicial efectiva).

En tal sentido, por prerrogativas parlamentarias debemos entender, siguiendo el sustancioso y riguroso escrito de contestación al recurso del Ministerio Fiscal, las “sustracciones al derecho común conectadas a una función”, y solo en la medida en que esta función se ejerza merecerán su reconocimiento.

Interpretada la expresión del art. 71.1 de tal guisa y trasladando los puntos de vista expuestos al caso que nos ocupa, resulta que en él concurren todos los condicionamientos externos (espacial, temporal y funcional) para que la actuación del recurrente se ampare en la inviolabilidad proclamada.

3. Un paso más en la delimitación del ámbito del ejercicio de tal prerrogativa nos lleva a la posibilidad de interpretar restrictivamente el comportamiento del parlamentario desde el punto de vista material, pues a pesar de que las opiniones se han expresado por un diputado en un acto parlamentario, desempeñando las funciones que le son propias, no deben ampararse bajo el paraguas de la inviolabilidad las ofensas vertidas, verbigracia, las que estuvieran integradas por un exabrupto o proclamaciones carentes de racionalidad y cualquier desviación de la temática tratada para, en fraude de ley, alcanzar otros propósitos distintos al objeto del debate.

Sin embargo, ello plantea el problema relativo a quién debe y puede corregir los excesos realizados en fraude de ley o fuera de la función que se protege. ¿Son los jueces o la propia Cámara? La respuesta se

impone de inmediato. Desde el momento en que se otorga a un órgano diferente al propio Parlamento la capacidad de controlar o valorar el fondo de las manifestaciones del diputado se estaría quebrando el núcleo de la prerrogativa, habida cuenta de que su existencia se justifica no solo para amparar opiniones o expresiones acordes con el ordenamiento jurídico, sino fundamentalmente para impedir la persecución por opiniones antijurídicas e incluso delictivas. Para las primeras no sería necesaria la garantía, ya que no crean problema alguno.

4. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en una interpretación teleológica razonable y encomiable entiende que una cosa es que queden amparadas en el privilegio las opiniones delictivas, expresadas en directa relación con el debate o tema tratado, y otra muy diferente que el foro que la ley brinda sea profanado, utilizando el privilegio como simple excusa para cometer delitos de expresión sin una vinculación material con las cuestiones tratadas.

Sin embargo, entendemos que, aun en este caso, los límites que frenen la ilegalidad deben provenir del Parlamento mismo (retirar la palabra, sanciones, etc.) y en última instancia recibir el veredicto difuso de aprobación o desaprobación que los ciudadanos pueden expresar en las urnas.

Este criterio decisivo tiene su asiento en algunas sentencias dictadas por nuestro Tribunal Constitucional, especialmente la nº 30 de 24 de febrero de 1997, según la cual, la inviolabilidad no es solo una prescripción que exime de responsabilidad, sino incluso un privilegio frente a la mera incoación de todo procedimiento (incluso civil), un verdadero límite a la jurisdicción que tiene carácter absoluto. La jurisdicción queda excluida frente a las opiniones emitidas por un parlamentario y por tanto ni siquiera se puede entrar a examinar el contenido de esas opiniones al objeto de discernir si merecen o no la tutela de ese privilegio.

De no ser así, el parlamentario se sentiría limitado o coaccionado ante una posible intervención jurisdiccional que fijara, desde fuera, el límite de las posibilidades de expresión, que aunque merecieran el calificativo de delictivas, poseen una protección absoluta que, a su vez, es garantía de la división de poderes o no interferencia entre los mismos.

5. De este modo el diputado, nacional o autonómico, o senador, tienen la certeza de que sus intervenciones no van a ser juzgadas y esa irresponsabilidad, entendida como no sujeción a responsabilidad exigible externamente, asegura la libertad de expresión, reforzada por el privilegio de un plus de tolerancia justificado.

Las desviaciones antijurídicas por las opiniones vertidas no pueden ser contrapesadas ni administradas por alguien desde el exterior de las Cámaras, debiendo quedar sujetas exclusivamente a la disciplina de los Reglamentos que las rigen».

1.2. FINALIDAD DE LA INVOLABILIDAD

STC 51/1985, de 10 de abril (TOL 79466)

Las prerrogativas parlamentarias han de ser interpretadas de manera estricta para que no lesionen intereses de terceros. De esta forma, habrá que atender a la finalidad de la prerrogativa para que esta se considere justificada ya que, en definitiva, como señala el supremo intérprete de la Constitución, las prerrogativas son «[...] sustracciones al Derecho común conectadas a una función».

A propósito de la inviolabilidad, el Tribunal Constitucional declara que la protección al parlamentario no es ilimitada, es decir, referida a cualquier actuación que lleve a cabo, sino que se activa en cuanto el diputado o senador actúe jurídicamente como tal. Esta prerrogativa se orienta, en definitiva, a preservar la libre formación de voluntad del órgano.

«6. El demandante denuncia la infracción de los derechos reconocidos en el art. 23 de la Constitución y consistentes; a) En acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, lo que supone el derecho

a ejercitar la actividad en la res pública en condiciones de igualdad, que se ha visto quebrado por la sentencia del Tribunal Supremo por cuanto a parlamentarios y a ciudadanos en general se les permite efectuar críticas y declaraciones, que solo motivan la apertura de un proceso y posterior condena contra su autor cuando éste es el Senador C., y b) en participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, derecho que lesionaba la sentencia recurrida al constreñir la función senatorial de control, fiscalización y crítica a los canales estrictos de los arts. 149, 160 y 70 y siguientes del Reglamento del Senado, cuando el art. 71 de la Constitución no limita la función pública de parlamentario al ámbito del hemiciclo y la amplitud del art. 23 es clara.

El fiscal, en su informe, frente a la argumentación del demandante, sostiene que el art. 71. 1 de la Constitución no limita la función o funciones públicas de los parlamentarios, sino su inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones; funciones que vienen definidas en los Reglamentos de las Cámaras respectivas. Con tal reglamentación no se pone límites a la actividad pública de los miembros del Senado, sino que se precisa cuáles de sus actividades constituyen sus funciones y resultan cubiertas por la garantía de la inviolabilidad. Al margen de ellas podrán los senadores formular las críticas a la acción del Gobierno que tengan por conveniente, como cualquier ciudadano, pero sin gozar de la protección del art. 71.1, sino solo de la genérica libertad que reconoce el art. 20 de la Constitución.

La opinión del fiscal posee indudable coherencia y deja abierto un interrogante, que se puede formular así: el ejercicio de la función senatorial o parlamentaria en general ¿se circunscribe a la actividad oficial o, por el contrario, puede el representante parlamentario ejercitar la función que le ha sido conferida por cualquier cauce abierto a los demás ciudadanos, sin perder por ello su función el carácter que le corresponda por razón de la materia y objeto de la actividad, continuando, por ende, cubierto por la inviolabilidad?

El art. 71.1 de la Constitución dispone que “los diputados y senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”, garantizando así la freedom of speech de los parlamentarios, genéricamente reconocida en los diferentes sistemas constitucionales democráticos. Al margen ahora la discutida naturaleza, en el ámbito penal, de esta prerrogativa (causa de inimputabilidad para algunos, eximente de antijuridicidad desde otra perspectiva), es claro que la misma se orienta a la preservación de un ámbito cualificado de libertad en la crítica y en la decisión sin el cual el ejercicio de las funciones parlamentarias podría resultar mediatizado y frustrado, por ello el proceso de libre formación de voluntad del órgano.

Esta garantía de los parlamentarios no decae por la extinción del mandato (arts. 10 y 21, respectivamente, del Reglamento del Congreso de los Diputados y del Reglamento del Senado), pero sí requiere de una correcta delimitación material y funcional. Respecto de la primera, parece evidente que la garantía no ampara cualesquiera actuaciones de los parlamentarios y sí solo sus declaraciones de juicio o de voluntad (“opiniones”, según el art. 71.1 de nuestra Constitución). En cuanto a la concreción funcional del ámbito de la prerrogativa, sin embargo, podrían presentarse, de principio, algunas dudas y, en especial, la relativa a si la inviolabilidad cubre toda la actuación de “relevancia política” del parlamentario o si, más estrictamente, la protección dispensada por esta garantía no alcanza sino a la conducta de su titular en cuanto que miembro del órgano colegiado, cesando, por lo tanto, cuando el sujeto desplegase ya su conducta —incluso con trascendencia “política”— al margen de las funciones parlamentarias.

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

El nexo entre inviolabilidad y ejercicio de funciones propias a la condición de parlamentario está claramente expuesto por el propio art. 71. 1 de la Constitución. A no ser que la expresión “funciones” que recoge esta norma se entendiera en un sentido inespecífico (de corte sociológico y no jurídico), las mismas debieran identificarse en las que son propias del diputado o senador en tanto que sujetos portadores del órgano parlamentario, cuya autonomía, en definitiva, es la protegida a través de esta garantía individual.

El diputado o senador ejercitaría, pues, sus funciones solo en la medida en que participase en actos parlamentarios y en el seno de cualesquiera de las articulaciones orgánicas de las Cortes Generales.

Que esto es así lo confirman los Reglamentos de las Cámaras, y específicamente el Reglamento del Senado (el del Congreso —art. 10— se limita a reiterar, por lo que aquí importa, la fórmula constitucional). Así, el art. 21 del Reglamento del Senado señala ya que la inviolabilidad garantizará solo “las opiniones manifestadas en actos parlamentarios” y los “votos emitidos en el ejercicio de su cargo”.

De otra parte, y como confirmación constitucional de esta interpretación, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto por el art. 67.3 de la norma fundamental, de acuerdo con el cual “las reuniones de parlamentarios que se celebren sin convocatoria reglamentaria no vincularán a las Cámaras, y no podrán ejercer sus funciones ni ostentar sus privilegios”. Es cierto que este precepto no se limita a contemplar, en su último inciso, la prerrogativa que se considera (se refiere también, por ejemplo, a la protección penal de las asambleas y a la inmunidad de la sede parlamentaria), pero es también patente que su sentido es el de vincular el reconocimiento de lo que llama “privilegios” parlamentarios al funcionamiento regular de las asambleas y de sus órganos. Refuerza esta tesis el hecho de que la inviolabilidad por las opiniones vertidas se vea necesariamente contrapesada por la sujeción a la disciplina parlamentaria.

*Lo anterior, con todo, derivaría solo de un examen literal y sistemático de algunas disposiciones constitucionales y reglamentarias. Más allá de esto, y desde una interpretación finalista de la garantía que se considera, la interpretación no puede ser muy distinta. **Las prerrogativas parlamentarias han de ser interpretadas estrictamente para no devenir privilegios que puedan lesionar derechos fundamentales de terceros** (en este caso, por ejemplo, los reconocidos por el art. 24.1 de la Constitución). Tal entendimiento estricto debe hacerse a partir de una comprensión del sentido de la prerrogativa misma y de los fines que ésta procura. Desde este enfoque, como se ha señalado doctrinalmente, **las prerrogativas parlamentarias son “sustracciones al Derecho común conectadas a una función”, y solo en tanto esta función jurídica se ejerza, pueden considerarse vigentes.** Salvando todas las diferencias, hay que reiterar lo que dijo ya este Tribunal en su Sentencia 61/1982, de 13 de octubre (Fundamento Jurídico 5.º) sobre la institución del “antejuicio”, cuando precisó que la legitimidad de la garantía se ha de reconocer, en la medida en la que su estructura la haga adecuada a su objetivo “sin que en ningún caso pueda ser desvirtuada para convenirla en origen de privilegio”.*

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

Con carácter general, esta debe ser la interpretación del ámbito funcional en que se proyecta la garantía de la inviolabilidad. Un entendimiento estricto que, por lo demás, no impide las necesarias matizaciones, reconociendo (como se ha hecho alguna vez en la experiencia parlamentaria extranjera) que la prerrogativa puede amparar, también, los actos “exteriores” a la vida de las Cámaras, que no sean sino reproducción literal de un acto parlamentario».

2. SENTENCIAS EN MATERIA DE INMUNIDADES

2.1. NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA INMUNIDAD

STC 243/1988, de 19 de diciembre (TOL 80090)

La inmunidad es una prerrogativa de naturaleza formal que protege la libertad personal de los representantes populares. Al servicio de este objetivo, se establece la autorización del órgano parlamentario para proceder contra sus miembros. Esta prerrogativa trata de evitar

que se impida al parlamentario asistir a las reuniones de las Cámaras mediante manipulaciones políticas y, consecuentemente, se impida su funcionamiento.

Esta institución, la inmunidad, se limita a los procesos penales, ya que su finalidad es impedir la privación injustificada de libertad del parlamentario, privación que puede perturbar la composición y el funcionamiento de las Cámaras.

«3. Entre las resoluciones dictadas por este Tribunal en materia de inviolabilidad e inmunidad parlamentarias, consagradas en el art. 71.1 y 2 de la Constitución, merecen especial mención las SSTC 36/1981, de 12 de noviembre, 51/1985, de 10 de abril, y 90/1985, de 22 de julio, y los AATC 147/1982, de 22 de abril, y 526/1986, de 18 de junio, cuyas líneas doctrinales deben ser aquí seguidas en orden a establecer las consideraciones previas de tipo general que requiere la resolución del presente recurso y que son las siguientes:

A) La inviolabilidad e inmunidad parlamentarias son prerrogativas que, en lo que aquí interesa y al margen del principio de igualdad, aunque aludido, no controvertido en el debate procesal, inciden negativamente en el ámbito del derecho a la tutela judicial, pues la primera de ellas 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 y la segunda somete determinados procesos al requisito de la autorización de la Cámara legislativa respectiva, el cual actúa como presupuesto de procedibilidad determinante, caso de ser denegada la autorización, del cierre del proceso con su consiguiente archivo.

Estas dos prerrogativas, aunque tienen distinto contenido objetivo y finalidad específica, como más adelante expondremos, encuentran su fundamento en el objetivo común de garantizar la libertad e independencia de la institución parlamentaria, y en tal sentido son complementarias. 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 solo 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, solo consienten 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 su 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.

B) El objetivo común a ambas prerrogativas no impide que sean instituciones distintas con características propias.

La inviolabilidad es un privilegio de naturaleza sustantiva que garantiza la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, entendiéndose por tales aquellas que realicen en actos parlamentarios y en el seno de cualquiera de las articulaciones de las Cortes Generales o, por excepción, en actos exteriores a la vida de las Cámaras que sean reproducción literal de un acto parlamentario, siendo finalidad específica del privilegio asegurar a través de la libertad de expresión de los parlamentarios, la libre formación de la voluntad del órgano legislativo al que pertenezcan —STC 36/1981—.

La inmunidad, en cambio, es una prerrogativa de naturaleza formal que protege la libertad personal de los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales que puedan desembocar en privación de libertad, evitando que, por manipulaciones políticas, se impida al parlamentario asistir a las reuniones de las Cámaras y, a consecuencia de ello, se altere indebidamente su composición y funcionamiento —STC 90/1985—. Al servicio de este objetivo se establece la autorización del órgano parlamentario para proceder contra sus miembros, que es un instrumento propio y característico de la inmunidad, cuyo campo de actuación, por su finalidad, se limita al proceso penal, una vez desaparecida de nuestro ordenamiento jurídico la prisión por deudas y la privación de libertad derivada de actos administrativos.

4. *Hechas las anteriores consideraciones y de acuerdo con ellas, procede entrar en la resolución del caso planteado, comenzando con el examen de la pretensión principal deducida por los demandantes, según la cual la vulneración del derecho fundamental que denuncian tiene, en primer término, origen directo en la L.O. 3/1985, a la cual califican de inconstitucional por estimar que la previa autorización que en la misma se establece constituye una limitación del derecho a la tutela judicial que la Constitución no permite. Este derecho garantiza a todas las personas el acceso a los procesos legalmente previstos y la obtención, dentro de ellos, de una resolución sobre el fondo de las pretensiones ejercitadas, siempre y cuando la prestación jurisdiccional se reclame cumpliendo los requisitos y presupuestos procesales a los que la Ley, con generalidad y sin infringir la Constitución, condicione la viabilidad de la pretensión.*

En el presente supuesto, los demandantes han visto fracasada la tramitación de su demanda civil y, por ello, la realización del contenido normal de su derecho a la tutela judicial, no por haber omitido el cumplimiento de requisitos y presupuestos generales del proceso que intentaron, sino porque, al ser dirigida la demanda contra un parlamentario, el órgano judicial entendió, en aplicación del art. 2.2 de la L.O. 1/1982, en la redacción dada por la L.O. 3/1985, que no podía dar curso a la demanda sin obtener previamente la autorización de la Cámara, condicionando, así la viabilidad de la pretensión a un requisito excepcional y privilegiado que solo será conforme al derecho invocado si cuenta con un fundamento constitucional positivo, pues solo en la Constitución podrá hallarse la razón jurídica de una restricción semejante a la obtención de la tutela judicial, la cual obviamente, hay que buscar en el art. 71 de la Constitución.

Conforme a lo dispuesto en este precepto, la única prerrogativa parlamentaria que puede justificar la suspensión de las actuaciones judiciales, en tanto la Cámara se pronuncia concediendo o denegando la “previa autorización”, es la de la inmunidad, pues únicamente es esta institución la que constitucionalmente permite la exigencia de dicho presupuesto procesal. Sin embargo, la inmunidad parlamentaria se manifiesta inapropiada para impedir el curso de una demanda civil interpuesta contra un parlamentario, pues el sentido propio de las palabras empleadas por el art. 71 de la Constitución, los antecedentes históricos y legislativos de esa prerrogativa de los miembros de las Cámaras y la razón misma de la institución excluyen, con absoluta claridad, que su protección se extienda a procesos que no sean penales, es decir, que no entrañen la eventualidad de que sean utilizados con la intención de perturbar el funcionamiento de la Cámara o alterar su composición, mediante la posible privación de la libertad del parlamentario.

Se sigue de ello que la “previa autorización” que requiere el art. 71 de la Constitución para inculpar o procesar a diputados o senadores no puede exigirse para la admisión, tramitación y resolución de demandas civiles que en nada pueden afectar a su libertad personal y, en consecuencia, que la extensión al ámbito civil de dicha garantía procesal resulta constitucionalmente ilegítima; sin que, por otro lado, esta ilegitimidad pueda eludirse, acudiendo al procedimiento de trasladar el requisito excepcional de la previa autorización parlamentaria al ámbito de la inviolabilidad, pues semejante desnaturalización de este privilegio no viene consentida por el texto constitucional, ya que, según se deja dicho, la inviolabilidad es una garantía sustantiva que, en cuanto excluye la responsabilidad jurídica de los diputados y senadores por las opiniones manifestadas en el ejercicio de su función parlamentaria, no requiere la interposición de una autorización previa, que solamente, al carecer de expresa consagración constitucional, podría introducirse, a través de una especie de vía analógica que no consiente la interpretación estricta que merecen todas las prerrogativas, las cuales, de acuerdo con lo razonado, no suministran fundamento constitucional para condicionar o impedir la prestación de la función jurisdiccional con autorizaciones previas para proceder en el orden civil contra parlamentarios, siendo, por tanto, de concluir que los demandantes de amparo han visto vulnerado su derecho a la tutela judicial al hacerse depender la tramitación de su demanda de un presupuesto procesal privilegiado y excepcional que no encuentra legitimidad en la Constitución»

2.2. LÍMITES A LA DENEGACIÓN DEL SUPLICATORIO

STC 90/1985, de 22 de julio (TOL 79505)

Afirma el Tribunal Constitucional que la respuesta negativa al suplicatorio, a la autorización de la Cámara para proceder contra sus miembros, será incorrecta cuando sea utilizada para fines que no le son propios. La denegación de un suplicatorio no contradice el mandato del art. 24.1 CE, dado que el derecho a las distintas acciones procesales que de dicho mandato deriva no es incondicionado, sino que está en función del cumplimiento de los requisitos que las correspondientes normas establezcan para el ejercicio de tales acciones.

Como el resto de prerrogativas, la inmunidad se justifica en atención al conjunto de funciones parlamentarias, de ahí que el ejercicio de la facultad de la inmunidad derive, en definitiva, de una decisión de la totalidad de la Cámara.

«6. Dentro ya de este examen, ha de tenerse en cuenta que la institución de la inmunidad, que se establece en el art. 71.2 de la C.E. se hace efectiva mediante actuaciones que son, por el órgano que las lleva a cabo, de naturaleza parlamentaria, pero que, según hemos señalado, adquieren también significado procesal, desde el punto de vista del derecho a la jurisdicción, en cuanto suponen, dentro del procedimiento penal, un elemento diferenciador, como es la necesidad de que las Cámaras respectivas den a la jurisdicción competente autorización para procesar, en el supuesto de que una acción penal se dirija frente a un diputado o un senador.

La posibilidad de conceder o denegar suplicatorios para procesar a diputados o senadores en que dicha institución de la inmunidad se concreta queda, así, vinculada a la función de impartir justicia y, en tal medida, le son aplicables los parámetros del art. 24.1 de la C.E.

Ello no significa, ciertamente, la necesidad de que, siempre que se requiera un suplicatorio de una Cámara parlamentaria, esta venga obligada a concederlo para permitir el acceso a la Justicia, pues tal necesidad, entre otras cosas, haría vana la existencia misma de la inmunidad parlamentaria, en los términos que nuestra Constitución la establece. Es preciso, por el contrario, reconocer que esa inmunidad implica siempre una posibilidad de que sea denegado el derecho al proceso penal, posibilidad que, en sí misma, no contradice el mandato del art. 24.1 de la C.E., pues, según ha reiterado este TC, el derecho a las distintas acciones procesales que de dicho mandato deriva no es un derecho incondicionado, sino que está en función del cumplimiento de los requisitos que las correspondientes normas establezcan para el ejercicio de tales acciones, y habrá de entenderse que uno de esos requisitos, en el caso de acciones penales dirigidas contra diputados o senadores, es, por imperativo del art. 71.2 de la C.E. y de las normas que lo desarrollan, el otorgamiento de suplicatorio por la respectiva Cámara.

Si hemos afirmado, de un lado, que el derecho a la tutela judicial es aplicable en relación con esa facultad de las Cámaras parlamentarias, y, de otro, que estas no quedan, sin más, obligadas a permitir el acceso al proceso penal frente a uno de sus miembros, el problema está entonces en determinar el alcance con que tal derecho ha de aplicarse en el ejercicio de dicha facultad.

La solución pasa por la doctrina que este mismo TC viene afirmando, a partir de su Sentencia núm. 7/1981, de 30 de marzo, en virtud de la cual “el art. 24.1 de la Constitución debe aplicarse en cada caso según la naturaleza y fines de cada tipo de procedimiento” (Jurisprudencia Constitucional. tomo I, pág. 131).

Semejante doctrina constitucional reviste, en efecto, un acentuado carácter finalista, pues implica la exigencia de que los recortes o limitaciones del derecho a la jurisdicción hayan de aparecer, en último término, justificados por la ratio de las distintas instituciones procesales en que dichos recortes o limitaciones se producen. La doctrina puede trasladarse a la técnica de los suplicatorios, en cuanto instrumento que permite impedir el acceso al proceso penal, y supone que la denegación de los mismos haya de considerarse correcta,

desde la perspectiva del art. 24.1 de la C.E., únicamente en el caso que dicha denegación sea conforme a la finalidad que la institución de la inmunidad parlamentaria persigue y en la que la posibilidad de denegación se fundamenta. Por el contrario, la respuesta negativa a la autorización para procesar será incorrecta y habrá un abuso de la figura constitucional de la inmunidad cuando esta sea utilizada para fines que no le son propios. Con ello, sin duda, afirmamos una necesidad constitucional de condicionar o sujetar a límites la facultad que las Cámaras parlamentarias tienen para conceder o rechazar suplicatorios, y a esta misma necesidad apunta la actual práctica parlamentaria en ordenamientos similares.

Es evidente, en este sentido, que, conforme coinciden en reconocer las partes que han comparecido en este proceso de amparo, la inmunidad parlamentaria no puede concebirse como un privilegio personal, esto es, como un instrumento que únicamente se establece en beneficio de las personas de diputados o senadores, al objeto de sustraer sus conductas del conocimiento o decisión de jueces y tribunales. La existencia de tal tipo de privilegios pugnaría, entre otras cosas, con los valores de “justicia” e “igualdad” que el art. 1.1 de la C.E. reconoce como “superiores” de nuestro ordenamiento jurídico. La inmunidad, como el resto de prerrogativas que en el art. 71 de la misma Constitución se establecen, se justifica en atención al conjunto de funciones parlamentarias respecto a las que tiene, como finalidad primordial, su protección. De ahí que el ejercicio de la facultad concreta que de la inmunidad deriva se haga en forma de decisión que la totalidad de la Cámara respectiva adopta.

Esa protección a que la inmunidad se orienta no lo es, sin embargo, frente a la improcedencia o a la falta de fundamentación de las acciones penales dirigidas contra los diputados o senadores, pues no cabe mayor defensa frente a tales riesgos o defectos de tipo jurídico que la proporcionada por los jueces y tribunales a quienes el art. 117.1 de la C.E. atribuye, de manera específica, la tarea de aplicar el ordenamiento para la Administración de Justicia. La amenaza frente a la que protege la inmunidad solo puede ser de tipo político, y consiste en la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular. La posibilidad de que las Cámaras aprecien y eviten esa intencionalidad es lo que la Constitución ha querido al otorgarles la facultad de impedir que las acciones penales contra sus miembros prosigan, y lo que permite, por tanto, la institución de la inmunidad es que las propias Cámaras realicen algo que no pueden llevar a cabo los órganos de naturaleza jurisdiccional como es una valoración sobre el significado político de tales acciones.

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

7. El examen del caso concreto, en que por una Cámara parlamentaria se acuerde denegar la autorización para procesar a uno de sus miembros, es algo, por tanto, que viene impuesto al objeto de determinar la existencia o no de un razonamiento suficiente para esa negativa. Este examen puede realizarse tanto en el supuesto de que el correspondiente acuerdo aparezca adoptado en forma motivada —a lo que no se oponen la Constitución ni los Reglamentos de las Cámaras, pese a que éstos impongan carácter secreto a las deliberaciones previas a la aprobación de tales acuerdos— como en el supuesto que dicha motivación no se aporte. El examen puede revestir, en este último supuesto, mayores dificultades, pero siempre cabrá resolver que el razonamiento en que el acuerdo parlamentario se fundamenta es o no deducible, bien mediante las alegaciones que por la representación de la correspondiente Cámara se formulen en el proceso de amparo, bien a partir de las circunstancias que concurrieron en la acción penal que dio lugar al suplicatorio. En el presente caso, el acuerdo del Pleno del Senado por el que se denegó la autorización para procesar aparece desprovisto de motivación alguna, y esta tampoco ha sido aportada en las alegaciones que la

representación de las Cortes Generales ha formulado, como puede apreciarse en el resumen que de ellas se contiene en los antecedentes de la presente sentencia.

En cuanto a las circunstancias de la querrela que en su día interpuso el hoy demandante de amparo, debe tenerse en cuenta que la misma fue ocasionada por un escrito del que era autor quien fue elegido posteriormente senador y respecto a quién se solicitó del Senado autorización para procesar. Además de que el carácter estrictamente literario del escrito por nadie ha sido desmentido, no concurren elementos que permitan apreciar, en la interposición de la querrela, la existencia de móviles o intenciones referidos al funcionamiento o composición del Senado. Al contrario, todo contribuye a poner de relieve que tales móviles o intenciones no pudieron existir, pues en el momento de formularse la querrela, ni la persona frente a la que se dirigía tenía aún la condición de Senador, ni siquiera cabía aventurar que iba a serlo, ya que todavía no se había convocado las correspondientes elecciones, ni, en consecuencia, eran conocidas las candidaturas a estas.

La denegación que se acordó por el Senado del suplicatorio para procesar aparece, por tanto, en este caso, del todo desvinculada respecto a la finalidad que, según hemos expuesto en nuestro anterior Fundamento Jurídico, pudiera justificar esa restricción del derecho a la tutela judicial que se reconoce en el art. 24.1 de la C.E. Ha de concluirse que, por referencia a este precepto, se produjo efectivamente una de las supuestas vulneraciones constitucionales en que se apoya la solicitud de amparo, por lo que procede el otorgamiento de este».

3. SENTENCIAS EN MATERIA DE AFORAMIENTOS

3.1. EXCEPCIÓN AL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN

STC 51/1985, de 10 de abril (TOL 79466)

El Tribunal Constitucional puntualiza que, ante una sentencia dictada por el Tribunal Supremo, no cabe recurso de casación. Los textos internacionales que recogen este sistema de recursos no obligan a crear, por sí mismos, recursos inexistentes, al ser el más alto tribunal de la nación el que ha juzgado. La especial protección de la que gozan determinadas personas por su condición compensa la imposibilidad de acudir a una instancia superior.

«3. En el primero de los motivos del recurso alega el recurrente que, en virtud del carácter firme y definitivo de la Sentencia del Tribunal Supremo que impugna, se le ha hurtado el derecho a que el fallo condenatorio sea sometido al conocimiento de un Tribunal superior, resultando así vulnerado el derecho reconocido en el art. 24 de la Constitución, pues si bien el derecho a una tutela judicial efectiva y a un proceso con garantías no supone por sí solo el derecho a una doble instancia, que no se halla expresamente reconocido en el art. 24 de la Constitución, desde el momento en que este precepto, en su párrafo 2, proclama el derecho a un proceso “con todas las garantías” y que el art. 10.2 del texto fundamental establece que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución establece se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España”, parece claro que, por mor de lo dispuesto en el art. 14, núm. 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado por España, el derecho al doble grado de jurisdicción en materia penal es una de las garantías a que la Constitución se refiere al emplear la cláusula “todas”, como reconoció este Tribunal en su Sentencia 76/1983, de 14 de diciembre. Sin embargo, esta afirmación genérica ha sido matizada por este Tribunal en la Sentencia citada y, con anterioridad, en la Sentencia 42/1982, de 5 de julio, al puntualizar que el art. 14.2 del Pacto Internacional, aunque es Derecho interno, no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes. Y, en el presente caso, sucede que, contra la Sentencia pronunciada por el Tribunal Supremo, no cabe recurso

de casación, por prohibirlo explícitamente el art. 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y hay que añadir que si en el presente caso ha ocurrido así, ha sido porque el solicitante del amparo ha utilizado el fuero privilegiado, que sin duda como Senador le correspondía, y ha sido juzgado por el más alto tribunal de la nación, que es el dato que impide la revisión de su sentencia.

Además, es de tener en cuenta que, en supuestos como el que nos ocupa, la necesidad de que en las causas contra diputados y senadores sea competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que es el “órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales” (art. 123.1 de la Constitución), está impuesta por el art. 71.3 de la Constitución. Determinadas personas gozan, ex constitutione, en atención a su cargo, de una especial protección que contrarresta la imposibilidad de acudir a una instancia superior, pudiendo afirmarse que esas particulares garantías que acompañan a senadores y diputados disculpan la falta de un segundo grado jurisdiccional, por ellas mismas y porque el órgano encargado de conocer en las causas en que puedan hallarse implicados es el superior en la vía judicial ordinaria».

3.2. PÉRDIDA DE LA DOBLE INSTANCIA EN CASOS DE CONEXIDAD

STC 64/2001, de 17 de marzo (TOL 81435)

Sobre la pérdida de la doble instancia penal en supuestos de conexidad, el Tribunal Constitucional exige un juicio de ponderación que ha de ser riguroso, atendiendo al carácter excepcional de la competencia del órgano de enjuiciamiento.

Cabe destacar, en este sentido, el voto particular del magistrado don Tomás S. Vives Antón, que entiende que el derecho al doble grado de jurisdicción, dimanante del derecho a un proceso con todas las garantías, ha sido vulnerado porque esta excepción al derecho debería haber sido recogida explícitamente por el art. 71.3 CE.

«5. Como ha quedado expuesto detalladamente en el antecedente 3 a), el recurrente alega la vulneración del derecho al doble grado de jurisdicción en materia penal que constituiría una de las garantías inherentes al derecho al proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE, así como en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Cíviles y Políticos y en el art. 2.1. del Protocolo núm. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), que han de tenerse en cuenta en la interpretación de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales (art. 10.2 CE). Razona el recurrente, en primer término, que este derecho, que implica la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un Tribunal superior conforme a lo prescrito por la Ley, constituye un límite infranqueable a la libertad de configuración normativa del legislador en materia de recursos en el orden penal. De modo que, habiendo tenido lugar el enjuiciamiento de los hechos en el Tribunal Supremo en instancia única, se le habría lesionado de forma efectiva, real e irreparable el contenido esencial del derecho al doble grado de jurisdicción en materia penal. Dicha lesión, según se alega, derivaría de la aplicación de la legislación procesal que no permite interponer recurso en los casos en los que el Tribunal Supremo conoce en única instancia.

De otra parte, sostiene que la doctrina constitucional, que entiende que las garantías que protegen a senadores y diputados compensan la ausencia de doble instancia, debe ser matizada en este caso, dado que el recurrente no es aforado y, por tanto, no ha utilizado ningún fuero especial, porque su condición no se lo permitía. Finalmente, afirma que la competencia funcional para el conocimiento del caso en segundo grado debería revertir al propio Tribunal Constitucional.

La queja se plantea, entonces, por quien no siendo aforado ha visto cómo se trasladaba ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el enjuiciamiento de las imputaciones que pesaban sobre el, dado que uno de los imputados en la misma causa tenía la condición necesaria para el aforamiento previsto en el art. 71.3 CE, y dado que se apreció conexidad respecto de los hechos atribuidos al aforado y a él mismo.

a) *Precisada así la queja, es procedente recordar, en primer término, que este Tribunal ha declarado que el derecho a someter el fallo condenatorio y la pena ante un Tribunal superior, si bien no tiene un reconocimiento expreso en la Constitución, integra el derecho al proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE (SSTC 42/1982, de 5 de junio, FJ 3; 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 5; 60/1985, de 6 de mayo, FJ 2; 140/1985, de 21 de octubre, FJ 2; 30/1986, de 20 de febrero, FJ 2; 190/1994, de 20 de junio, FJ 2; 133/2000, de 16 de mayo, FJ 3). De otra parte, ha de señalarse también que el art. 71.3 CE establece que en las causas contra senadores y diputados será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Por último, ha de tenerse en cuenta que en la concreción del contenido del derecho constitucional al doble grado de jurisdicción le ha correspondido un importante papel al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en atención al mandato del art. 10.2 CE, como se aprecia en la decisión primeramente mencionada, ya que el art. 14.5 de dicho Pacto dispone que “toda persona declarada culpable de un delito tiene el derecho a que el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo previsto en la ley”.*

Pero admitido esto, dos precisiones son convenientes sobre el reconocimiento de tal derecho en la normativa internacional sobre derechos humanos. La primera, en relación con el referido Pacto internacional, para indicar que en el caso de aquellos Estados que formularon reservas a la aplicación de dicho art. 14.5, las mismas no fueron objetadas por otros Estados contratantes del Pacto internacional ni cuestionadas por el Comité de Derechos Humanos de la ONU. La segunda, respecto al Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales hecho en Roma en 1950, que pese a que su art. 6 no enuncia expresamente el derecho fundamental aquí considerado, sí lo ha reconocido en el Protocolo núm. 7 a este Convenio, pero estableciendo una excepción significativa en su art. 2.2., ya que permite que las legislaciones de los Estados contratantes lo excluyan, entre otros supuestos, “cuando el culpable haya sido juzgado en primera instancia por el más alto Tribunal”. Extremos que son relevantes a los fines del art. 10.2 CE en lo que respecta al alcance de esta exigencia en los sistemas de protección de los derechos fundamentales establecidos tanto por el Pacto internacional de 1966 como por el Convenio europeo de 1950, aunque España aún no haya ratificado el mencionado Protocolo núm. 7.

b) *Como acabamos de señalar, el reconocimiento del derecho aquí considerado no puede obviar que el art. 71.3 CE establece que en las causas contra senadores y diputados será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. De forma que, como declaramos en la STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 6, “la Sala Segunda del Tribunal Supremo es, respecto de las acciones penales dirigidas contra diputados y senadores, ‘el Juez ordinario predeterminado por la Ley’ a que se refiere el art. 24.2 CE, esto es, aquel constituido con arreglo a las normas procesales de competencia preestablecidas, en este caso, por la Constitución misma en su art. 71.3”. Pues, como también sostuvimos en dicha Sentencia, “la finalidad cuya salvaguarda se persigue mediante la constitucionalización de la prerrogativa de aforamiento especial de diputados y senadores... [reside en proteger] la propia independencia y sosiego, tanto del órgano legislativo como del jurisdiccional, frente a potenciales presiones externas o las que pudiese ejercer el propio encausado por razón del cargo político e institucional que desempeña. La prerrogativa de aforamiento actúa, de este modo, como instrumento para la salvaguarda de la independencia institucional tanto de las Cortes Generales como del propio Poder Judicial, o, dicho de otro modo, el aforamiento preserva un cierto equilibrio entre los poderes y, al propio tiempo, la resistencia más eficaz frente a la eventual trascendencia de la resolución judicial en la composición del Parlamento”.*

De otra parte, si bien la literalidad del art. 71.3 CE no impone el conocimiento de las causas penales contra diputados y senadores en única instancia por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sin embargo, ha de entenderse que el constituyente efectuó una inicial ponderación del derecho al doble grado de jurisdicción de diputados y senadores y de las necesidades de protección tanto de la independencia de la propia institución parlamentaria como del Poder judicial. Ponderación que, como también acabamos de recordar, no resulta ajena al entendimiento de los países de nuestro entorno jurídico-constitucional respecto del alcance de este derecho, pues como excepción al mismo se admite el caso en el que el Tribunal superior en el orden penal haya conocido en primera y única instancia (art. 2.2 del Protocolo 7 CEDH). Dicha ponderación convierte en innecesaria una ulterior valoración expresa de la proporcionalidad de la

restricción de este derecho fundamental, en otro caso imprescindible, dado que, como este Tribunal tiene declarado, toda restricción de derechos fundamentales debe responder a un fin constitucionalmente legítimo y ser instrumento necesario y adecuado para alcanzar dicho objetivo (por todas SSTC 62/1982, de 15 de octubre, FFFJ 3, 4 y 5; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4; 49/1999, de 5 de abril, FJ 7).

c) Ahora bien, en el examen de la pretensión del recurrente se ha de tener en cuenta que el fuero constitucionalizado en el art. 71.3 CE no es directamente aplicable al demandante de amparo, ya que carece de la condición de diputado o senador. El enjuiciamiento del recurrente por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se sustenta en las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establecen el enjuiciamiento conjunto en un único procedimiento de los delitos conexos (arts. 17.1, 272.3, 300). El aforamiento especial de uno de los encausados ha tenido como consecuencia, en aplicación de dichas normas legales, que el recurrente viera modificado el órgano competente con carácter general por razón de la materia, que era la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y se restringiera, como consecuencia de su enjuiciamiento ante el Tribunal Supremo, su derecho a someter la declaración de culpabilidad y la pena ante un Tribunal superior.

La legitimidad constitucional de esta restricción del derecho al doble grado de jurisdicción en los casos de no aforados requiere la ponderación específica de los derechos e intereses en juego a la que nos acabamos de referir. Dicha ponderación ha de efectuarse primeramente por el legislador y después por los Tribunales penales teniendo en cuenta que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 847 —redactada conforme a la Ley 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, Disposición final segunda, núm. 16— ya no prohíbe expresamente el recurso de casación en estos casos.

Sobre la base de un modelo de análisis similar, la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Tanassi* y otros, en su Decisión de inadmisión de 18 de diciembre de 1980, examinando la queja relativa al derecho a una doble instancia, tanto en cuanto lesión del derecho a un proceso justo, como en cuanto lesión del derecho a la igualdad, por afectar en aquel caso el aforamiento de una persona a otras no aforadas, tras declarar que el art. 6.1 CEDH no impone la exigencia de establecer una doble instancia (párrafo 16 de la decisión), llevó a cabo un juicio de proporcionalidad sobre las medidas existentes en el orden jurídico del Estado demandado, ponderando las desventajas que resultan para los no aforados de no gozar de un segundo grado de jurisdicción en una causa penal en relación con otros fines igualmente legítimos. Para concluir, en dicho caso, que la medida de la legislación interna que excluía la segunda instancia era proporcionada a otros fines legítimos; así, entendió que la protección de las funciones del Gobierno, determinante de la competencia de la Corte Constitucional italiana, y la necesidad de coordinar la apreciación de los hechos y de las responsabilidades de los intervinientes cuando la realización del delito se atribuye al concurso de una pluralidad de personas, constituían fines legítimos para cuya consecución resultaba proporcionada la sustanciación de un único procedimiento ante la Corte Constitucional, aunque ello implicara un trato desigual para los imputados no pertenecientes al Gobierno. Juicio de proporcionalidad que también se ha llevado a cabo en decisiones posteriores relativas al Protocolo núm. 7 (asuntos E. M., de 26 de octubre de 1995, y Hauser, de 16 de enero de 1996, entre otras).

En el presente caso se ha de tomar en consideración, en primer término, que la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su arts. 17, 272.3 y 300 establece la previsión de enjuiciamiento conjunto de los delitos conexos. De otra parte, el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el Auto de 24 de septiembre de 1997, de apertura del juicio oral (FJ 2), en relación con la conexidad sostuvo:

“En los asuntos complejos, relativos a actividades múltiples de un mismo grupo o grupos más o menos coordinados entre sí, como pudo ocurrir con la actuación de los llamados GAL, si se utilizara un criterio amplio en cuanto al concepto de delitos conexos, podríamos llegar a incluir dentro del mismo procedimiento una pluralidad de hechos posiblemente delictivos de tal magnitud que fuera prácticamente imposible manejar el correcto funcionamiento procesal de la causa penal por sus desmesuradas proporciones. Para evitar esto es necesario que adoptemos respecto de la conexión (que obligaría a incluir en un solo proceso el conocimiento de los diferentes delitos unidos entre sí por determinados elementos —arts. 17, 18 y 300 LECr—) un criterio estricto y riguroso, lo que, por otro lado, es asimismo una exigencia derivada del carácter excepcional que el T.S. tiene como órgano judicial cuando conoce de la instrucción y enjuiciamiento

de determinadas causas penales que se siguen contra determinadas personas, a las que se refiere el art. 57-2º LOPJ.

Conforme a este criterio restrictivo [...] como la razón de ser de nuestra competencia en la presente causa se encuentra en que aparece procesado en la misma el Excmo. Sr. D. José B. Peña, diputado del Congreso, y este solo está implicado en los hechos relativos al secuestro de Segundo Marey, a su integración en el grupo de quienes llevaron a cabo dicho secuestro y al uso de los fondos públicos que para dicha acción se utilizaron, entendemos que este procedimiento solo habrá de referirse a los delitos que pudieran haberse cometido por tales hechos, excluyendo aquellos otros que, referidos también en el citado auto de procesamiento dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 en el sumario 1/1988, nada tiene que ver con el mencionado secuestro”.

A la luz de las circunstancias del caso, hemos de concluir que el Tribunal Supremo, al apreciar la conexidad, ha tenido en cuenta el tenor de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 17, 18, 272.3 y 300) y ha utilizado un criterio de ponderación, que, de un lado, es riguroso en atención al carácter excepcional de su competencia como órgano de enjuiciamiento, y, de otro, atiende a las exigencias de una buena Administración de Justicia en materia penal, criterios que se proyectan sobre el conocimiento de todos los afectados por el proceso. Por lo que ha de desestimarse la queja aquí examinada.

[...]

Voto particular que formula el magistrado don Tomás S. Vives Antón a la Sentencia recaída en el recurso de amparo núm. 3805/98.

Con el mayor respeto discrepo de la opinión de la mayoría. Mi dissentimiento se ciñe a la desestimación de la demanda de amparo en la pretensión relativa a lo que hemos llamado derecho al doble grado de jurisdicción en materia penal. Manteniendo la Sentencia en todo lo demás, creo que, en este punto, debiera haber sido otorgado el amparo, bien que limitado al reconocimiento del derecho aducido con su contenido constitucionalmente declarado [art. 55.1 b) LOTC] y, por lo tanto, sin declaración de nulidad de la Sentencia impugnada, sin perjuicio de los demás efectos que eventualmente quepa atribuir en nuestro ordenamiento a la vulneración de dicho derecho.

a) Trataré de exponer brevemente el fundamento de mi disidencia, no sin antes dejar constancia de que tal vez, teniendo en cuenta el Dictamen de 11 de agosto de 2000 del Comité de Derechos Humanos de la ONU (caso Gómez Vázquez c. España), la mayoría ha efectuado un importante cambio en la que venía siendo nuestra doctrina tradicional al respecto y que el cambio efectuado constituye, en mi opinión, un progreso. Sin embargo, desde la perspectiva del derecho fundamental analizado, lo juzgo insuficiente: en mi opinión debiera haberse optado por una perspectiva más radical, que hubiera conducido a apreciar la vulneración alegada.

En efecto, la argumentación de la mayoría, que conduce a denegar el amparo se basa en que “si bien la literalidad del art. 71.3 CE no impone el conocimiento de las causas penales contra diputados y senadores en única instancia por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sin embargo, ha de entenderse que el constituyente efectuó una inicial ponderación del derecho al doble grado de jurisdicción de diputados y senadores y de las necesidades de protección, tanto de la independencia de la propia institución parlamentaria como del Poder Judicial” (FJ 4). Lo que parece querer decir que el art. 71.3 CE constituye una excepción al derecho al doble grado de jurisdicción, dimanante del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en virtud de la proclamación efectuada en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España sin reserva en este punto y, por lo tanto, referencia interpretativa obligada de la Constitución española en materia de derechos fundamentales (art. 10.2 CE). Pero, para poder entender el art. 71.3 CE como una excepción de esta índole, sería necesario que el precepto lo dispusiera expresamente o, al menos, que ese carácter de excepción pudiera inferirse implícitamente de la incompatibilidad entre la garantía y el precepto constitucional que impone el aforamiento. Sin embargo, esa incompatibilidad no existe, como viene a reconocer la decisión mayoritaria al decir que la literalidad del art. 71.3 no impone el conocimiento de las causas penales en única instancia por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. De modo que si el art. 71.3 CE hace posible que haya doble grado de jurisdicción, no se ve bien por qué es entendido por la mayoría como una norma que habilita la privación

de un derecho fundamental, nada menos que a los diputados y senadores (y consecuentemente, a los enjuiciados en la misma forma por razones de conexidad).

La única explicación razonable parece proceder de una interpretación de la Constitución según la Ley que me parece del todo improcedente en este caso, en el que, por mandato explícito del art. 10.2 CE, hay que interpretarla según el Pacto Internacional. Y eso, tanto a la hora de integrar el art. 24.2 CE como a la hora de determinar qué derechos fundamentales corresponden a los diputados o senadores ex art. 71.3 CE. Ni el hecho de que otros Estados formularan, en este punto, reservas al Pacto Internacional, ni el contenido del Protocolo VII al Convenio Europeo “no ratificado por España” me parecen relevantes para resolver este caso, pues no creo que, pese a lo que se dice en la Sentencia, tales extremos sean significativos a la hora de interpretar el art. 10.2 CE: basta leer su texto para comprenderlo así.

Las anteriores consideraciones me llevan a concluir que en este punto, ha debido otorgarse el amparo solicitado. Pero esa conclusión ha de precisarse, fijando el alcance de todo otorgamiento.

b) Para determinar el alcance del amparo que, en mi opinión, procedería haber otorgado, es preciso partir de la idea de que no se ha apreciado por este Tribunal vulneración alguna de la Constitución en la Sentencia impugnada. Parece, pues, en principio, que dicha Sentencia no puede anularse como consecuencia del otorgamiento del amparo. Ni siquiera puede ser declarada nula su firmeza: la Sentencia deviene firme por el hecho de que no cabe recurso contra ella, hecho que no cabe negar por más que se estime vulnerador del derecho al doble grado de jurisdicción en materia penal. La vulneración reside aquí, como en el caso examinado en el FJ 5 de la STC 49/1999, en la insuficiencia del ordenamiento. Estamos, pues, ante una vulneración “autónoma e independiente de cualquier otra: la insuficiencia de la Ley que sólo el legislador puede remediar y que constituye, por sí sola, una vulneración del derecho fundamental”. La estimación de tal vulneración, decíamos entonces, “de modo semejante a lo que sucedía en el supuesto examinado en la STC 67/1998, no implica por sí misma, necesariamente, la ilegitimidad constitucional de la actuación de los órganos jurisdiccionales [...] (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de julio de 1988, caso Schenk, FJ 1, A, y caso Valenzuela, FJ 1)”.

Por ello, el amparo constitucional no puede consistir, en este caso, como en principio se avanzaba, sino en reconocer que se ha vulnerado el derecho del recurrente a un recurso en los términos del art. 14.5 del Pacto Internacional. Y no comporta la nulidad de la Sentencia condenatoria, por más que el ordenamiento jurídico pudiese anular a nuestro amparo otro tipo de reparaciones.

De la estimación del amparo se desprende también que, respecto de los demás condenados en esta causa que han recurrido y no planteado el motivo podría haberse abierto el trámite previsto en el art. 84 LOTC para que alegasen lo procedente, pudiendo, eventualmente, llegarse a la misma solución que aquí se pos-tula; pero, como no se ha hecho así, no cabe sino dejarlo apuntado».

ATS núm. rec. 20490/2015, de 9 de septiembre (TOL 5440297)

La extensión de la competencia del TS para conocer de hechos cometidos por no aforados ante el mismo solamente procederá cuando se aprecie una conexión material inescindible entre los imputados y las personas aforadas. Esta conexión puede apreciarse desde un primer momento e incluso puede resultar de la investigación.

«SEGUNDO.- 1. Por el contrario no cabe compartir la decisión de dicho Juzgado de reenviar la competencia a este Tribunal Supremo en relación con las personas no aforadas partícipes en dichos delitos.

Se funda ese reenvío en el concepto de “conexión material inescindible con los imputados a la persona aforada”.

2. La conexión es un concepto procesal que se refiere al objeto del proceso, a diferencia de los conceptos de derecho material relativo ya al concurso de delitos ya a la pluralidad de partícipes en los mismos.

Sin entrar a valorar ahora las tesis que, en el debate de la dogmática, identifican el “objeto” del proceso penal con la “pretensión” ejercitada en el mismo, para resolver los problemas de aplicación de la ley procesal, a los efectos de dilucidar las cuestiones de competencia o la de unidad de procedimiento aquel objeto,

entendido como aquello sobre lo que “versa” se constituye por el hecho justiciable en cuanto atribuido a una persona concreta. De tal suerte que, incluso en los casos de unidad procedimental, habrá tantos objetos y, por ende, procesos, cuantos sean los hechos o cuantas sean las personas partícipes en un solo hecho. La competencia y el procedimiento se determinan en función del objeto así entendido.

Por ello, cuando son varios los partícipes, aunque el hecho sea el mismo, la unidad procedimental no es una excepción necesaria de la regla del artículo 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta parte del término delito con equívocidad técnica. De tratarse de un concurso ideal, según el Derecho penal, la regla, conforme a ese precepto sería la pluralidad de “procesos”, expresión esta también discutible ya que, debiera referirse a “procedimientos”. Pues, adviértase, concurso de delitos no equivale a conexidad. Aquel es un concepto del Derecho penal y esta del procesal.

3. Por otra parte, como dijimos en nuestra STS nº 471/2015 de 8 de julio: La unificación de procedimiento tiene una funcionalidad de mera facilitación de tramitación o de resolver los problemas derivados de la inescindibilidad del enjuiciamiento.

Esta puede estimarse, en principio, en los casos de unidad de delito y pluralidad de partícipes, que, como dijimos, puede no constituir un caso de conexidad. Existe esta en los casos 1º y 2º del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El apartado 5º se condiciona a la unidad de persona imputada por pluralidad de hechos delictivos.

Lo relevante es que la conexidad que obliga a reunificar los plurales objetos procesales en un único procedimiento, tiene un alcance utilitario funcional para el remedio de la inescindibilidad.

Por ello, como dijimos en aquella Sentencia de esta Sala: cuando la unidad procedimental se erige en escollo, causa de dificultades, o cuando desaparece esa inescindibilidad, la unidad de procedimiento es relevada por la misma ley, como ocurre en el caso del artículo 762 y a salvo de las específicas excepciones dirigidas a mantener la competencia específica previstas en la ley, que no la unidad procedimental (artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) cuando establece la prevalencia de la jurisdicción ordinaria frente al aforamiento, (artículo 272 de la misma que atribuye la competencia al tribunal al que uno de los querellados estuviere sometido por disposición especial de la ley, o artículo 5 de la LOTJ).

La unidad procedimental resulta especialmente poco plausible cuando se asienta en la hipótesis del nº 5 del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por ello sin correlato en otras normas como la reguladora del Tribunal del Jurado o de la justicia militar. Una poco leal interpretación de tal norma ha venido dando lugar a una voracidad oficiosa de algunas instrucciones que recuerdan la implicación arrastrante de los ramos de cerezas y que podría poner incluso en cuestión la compatibilidad de tal oficiosidad con la percepción de imparcialidad de los órganos judiciales que así actúan.

Desde nuestra STS nº 990/2013 de 30 de diciembre hemos reflexionado sobre esa práctica originadora de los conocidos como macroprocesos de dudosa pertinencia, postulando que la nada escasa indeterminación del criterio de conexidad establecido en el nº 5 del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no debe impedir la ponderación de intereses contrapuestos en el trance de decidir la acumulación de procesos, con sendos y diferenciados objetos, en un único procedimiento. Más si cabe, cuando las pretendidas ventajas de dicha acumulación son de relevancia muy inferior a la de los perjuicios que conlleva.

Por un lado por la complejidad que redunde en dilaciones de la tramitación. Dilaciones que no se acarrean en el caso de plurales procedimientos e intervención de pluralidad de órganos jurisdiccionales.

La disparatada prolongación de las sesiones de juicio oral, con separaciones en el tiempo de pruebas que versan sobre hechos diversos, en la medida de la flaqueza de la humana memoria, se puede traducir, en un debilitamiento de los deseables beneficios de la inmediatez.

No son desdeñables los perjuicios que implica trasladar a algunos de los sujetos pasivos del procedimiento las consecuencias gravosas inherentes a la dilación, que encuentra su causa en las exigencias temporales de las actuaciones seguidas respecto de otros sujetos, en nada relacionados con los demás intervinientes.

Por otra parte los supuestos beneficios de la acumulación no parecen siempre de obligada renuncia, en caso de tramitación autónoma del procedimiento. Incluso cuando algunos de los sujetos tengan participación en todos los hechos objeto de cada uno de los procesos acumulados. Ni en cuanto a la prueba, pues siempre

será menos oneroso la parcial reiteración de la misma en diversos procedimientos de los concretos aspectos comunes, que subordinar la duración de lo sencillamente enjuiciable a la demora exigida por lo de enjuiciamiento dificultoso. Ni en cuanto a los beneficios penológicos para el reo, a cuyos efectos la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé los mecanismos necesarios (artículo 988).

4. Esta doctrina de la STS 990/2013, se ha reiterado en el Auto de 13 de noviembre de 2014, en el recurso 20619/2014, en el que se ratifica para un supuesto específico en el que en que, de los plurales imputados, solamente alguno es aforado.

Se recordó en tal ocasión que sin olvidar la importancia que puede presentar la visión de conjunto, procede señalar la conveniencia de que se respete en la máxima medida posible el derecho al juez ordinario respecto de cada una de las personas a las que se imputan hechos punibles (Autos de 29 de junio de 2006 y 23 de junio de 2009).

En consecuencia, la extensión de la competencia a hechos cometidos por personas no aforadas ante el Tribunal Supremo solamente será procedente cuando se aprecie una conexión material inescindible con los imputados a las personas aforadas, lo cual puede apreciarse, en algunos casos, desde un primer momento, y, en otros, ser resultado de la investigación, lo que determinará, en este último supuesto, que la Sala adopte las pertinentes resoluciones sobre el particular, a propuesta del instructor.

A tales resoluciones cabe añadir la cita de las invocadas por el Ministerio Fiscal en su informe.

Que la participación en un mismo hecho no es insalvable para plurales enjuiciamientos se pone bien de manifestó con recordar que la ausencia de uno de ellos al tiempo del juicio oral no determina sin más la suspensión de este, (artículo 746). Bastará que existan elementos suficientes para juzgarles con independencia.

La inescindibilidad no deriva de la evitación de duplicación de actividades probatorias, ya que aquella ni es un concepto económico ni se equipara a mera dificultad. Menos aún de la inexistente, como regla general, extensión en el posterior juicio de los efectos de cosa juzgada, derivada de la previa sentencia, a la decisión del juicio posterior.

5. En el presente caso la prevaricación es un delito especial propio por lo que la imputación al aforado difiere en esencia de la que pueda atribuirse a aquellos en quienes no concurren las circunstancias típicas del sujeto activo y cuya responsabilidad deriva de actos diversos del de dictar una resolución injusta.

La falsedad, por más que atribuibles a diversos sujetos, y entre ellos a los que no la materializan, se imputa también en función de los diversos papeles asumidos en la ejecución del delito, diversidad de conductas que son ajenas a la inescindibilidad que determina la unidad de enjuiciamiento. Incluso siendo reconocible la concurrencia de conexidad procesal.

Por ello la asunción de competencia que llevaremos a cabo en la parte dispositiva se circunscribirá a los actos imputados a la persona aforada».

3.3. MOMENTO DETERMINANTE PARA FIJAR LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL QUE DEBE ENJUICIAR EL CASO

STS 869/2014, de 10 de diciembre de 2014 (TOL 4578270)

El TS, consciente de la importancia de la cuestión relativa al momento determinante para fijar la competencia del tribunal que debe enjuiciar el caso y con la finalidad de sentar así un criterio general y uniforme, adoptó un Acuerdo de Pleno no jurisdiccional en el año 2014 cuyo único asunto era el de los efectos los efectos de la pérdida de la condición de aforado como consecuencia de la renuncia del encausado.

Acordó:

«[...] en las causas con aforados la resolución judicial que acuerda la apertura del juicio oral constituye el momento en el que queda definitivamente fijada la competencia del Tribunal de enjuiciamiento aunque

con posterioridad a dicha fecha se haya perdido la condición de aforado» (Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS, de 2 de diciembre de 2014 (TOL 5727861)

En relación con el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional, el TS señala:

«La decisión unánime del Pleno de la Sala Segunda llevada a cabo el 2 de diciembre de 2014, estimó que tratándose de Causas Especiales por razón de aforamiento, sin perjuicio de reconocer que la determinación del momento en que se fija la competencia del Tribunal de enjuiciamiento y fallo es cuando se toma la decisión de admitir la denuncia o querrela, con nombramiento de un instructor de la causa que concluida la misma, remite la causa a dicho Tribunal para el enjuiciamiento y fallo, pero asimismo consideró que el efecto de la perpetuatio iurisdictionis en favor del Tribunal concernido quedaba definitivamente fijado cuando concluida la instrucción, el Sr. juez instructor acordaba la apertura del juicio oral».

ESTUDIOS

Uso de símbolos totalitarios: ¿es trasladable a España el modelo alemán? una crítica a la aplicación del artículo 510 CP

Margarita Roig Torres

Consideraciones jurídico-filosóficas sobre *Leviatán*, de Andréi Zvyagintsev: nihilismo y crisis del Estado moderno

Alex Corona Encinas

La motivación del veredicto tergiversada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Juan Igartua Dalaverria

USO DE SÍMBOLOS TOTALITARIOS: ¿ES TRASLADABLE A ESPAÑA EL MODELO
ALEMÁN? UNA CRÍTICA A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 510 CP
*USE OF TOTALITARIAN SYMBOLS: IS IT POSSIBLE TO TRANSFER THE GERMAN MODEL
TO SPAIN? A CRITIC OF THE APPLICATION OF THE ARTICLE 510 OF THE PENAL CODE*

Margarita Roig Torres
Catedrática de Derecho penal
Universitat de València

RESUMEN

La proliferación del uso de símbolos fascistas en concentraciones públicas ha llevado a proponer su prohibición e incluso su penalización. En esta dirección apunta la STS 675/2020, de 11 diciembre, que aplicó el artículo 510.1 CP por distribuir emblemas nazis. Conviene analizar la adecuación de esta solución a la doctrina del Tribunal Constitucional y del TEDH. Igualmente, resulta de interés atender al Derecho alemán, que se propone como modelo a seguir para tipificar en nuestro país el empleo de tales signos, en particular el § 86 a StGB y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal que lo avala. Por otra parte, esas propuestas han de valorarse en el marco de la reforma general de los delitos que atañen a la libertad de expresión propuesta por el Gobierno para mantener solo las conductas que ponen en peligro el orden público o inducen a la violencia.

PALABRAS CLAVE

Delitos de odio, libertad de expresión, fascismo, símbolos totalitarios, dictadura.

ABSTRACT

The proliferation of the use of fascist symbols in public gatherings has led to the proposal of their prohibition and even their penalization. In this direction points the Supreme Court in sentence 675/2020, of December 11, which applies article 510.1 CP for distributing Nazi emblems. It is convenient to analyze the adequacy of this solution to the doctrine of the Constitutional Court and the ECHR. Likewise, it is of interest to pay attention to German law, which is proposed as a model to follow to classify the use of such signs in our country, in particular § 86 a StGB and the jurisprudence of the Federal Constitutional Court that endorses it. On the other hand, these proposals have to be evaluated within the framework of the general reform of crimes that affect freedom of expression proposed by the Government, to maintain only those behaviours that endanger public order or induce violence.

KEYWORDS

Hate crimes, freedom of expression, fascism, totalitarian symbols, dictatorship.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2021.033>

USO DE SÍMBOLOS TOTALITARIOS: ¿ES TRASLADABLE A ESPAÑA EL MODELO ALEMÁN? UNA CRÍTICA A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 510 CP

Margarita Roig Torres

Catedrática de Derecho penal
Universitat de València

Sumario: 1. Planteamiento. 2. La penalización del uso de signos prohibidos en Alemania. 2.1. Regulación legal. 2.1.1. El § 86 a StGB. 2.1.2. Comentario. 2.2. Constitucionalidad. 2.2.1. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 1 de junio de 2006. 2.2.2. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 18 de mayo de 2009. 2.2.3. Comentario. 2.3. Refrendo excepcional del TEDH. 2.3.1. El pasado de Alemania. 2.3.2. Comentario. 2.4. Un modelo inasumible en nuestro Derecho. 3. Postura del TEDH sobre el uso de símbolos totalitarios. 4. El uso de símbolos autoritarios en España. 4.1. Encaje constitucional en el derecho a la libertad de expresión. 4.2. Su difusión como forma de incitación a la discriminación. 4.2.1. Contraste con la jurisprudencia tradicional. 4.2.2. Una crítica a la Sentencia del Tribunal Supremo 675/2020, de 11 diciembre. 5. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO

En los últimos años el ascenso de los partidos de extrema derecha ha propiciado la proliferación del uso en el espacio público de símbolos que ensalzan regímenes fascistas. La esvástica, el brazo alzado a modo de saludo, o expresiones emblemáticas como «Arriba España», «Heil Hitler» o «Sieg Heil» abanderan las concentraciones organizadas

por simpatizantes de esa ideología y circulan cada vez con mayor profusión por las redes sociales¹.

Como contrapunto, se intensifica la demanda social de prohibir o incluso castigar esas conductas, consideradas perniciosas para nuestro sistema democrático e indignas para las víctimas de las dictaduras inspiradas en aquella ideología². Algunos líderes políticos se han comprometido a impedir legalmente el uso de esos signos³. Diversas entidades han presentado denuncias por la exhibición de emblemas nazis, pues estiman que este acto es constitutivo de delito⁴. En 2107, el grupo parlamentario de ERC presentó incluso una Proposición no de ley en la que instaba al Gobierno a adoptar iniciativas legislativas para castigar la banalización, apología o enaltecimiento del franquismo, el nazismo, el fascismo, el falangismo y el nacionalsocialismo, considerando como tales el uso de sus símbolos⁵.

La punición de esas conductas comienza a emerger también en la jurisprudencia. Un buen ejemplo es la STS 675/2020, de 11 de diciembre, que condenó a los acusados por la distribución de canciones de carácter xenófobo, pero también de distintivos propios del Tercer Reich. El Tribunal confirmó el fallo condenatorio del tribunal *a quo*, que entendió que ese material era idóneo para promover sentimientos de odio, violencia o discriminación y determinó que los hechos eran subsumibles en el artículo 510.1 CP.

En los medios de comunicación suele citarse el Derecho alemán como modelo para prohibir en nuestro país la simbología fascista⁶. Cabe anticipar, sin embargo, que el § 86 a StGB sanciona el uso, en público o en una reunión, de signos de cualquier partido u organización prohibido o inconstitucional, no solo los del nazismo. Además, ese precepto ha sido avalado por el TEDH en virtud de razones excepcionales difícilmente extrapolables al Estado español.

Entiendo que, si bien los sistemas dictatoriales representados por esos distintivos merecen el máximo reproche moral, la exposición o difusión de tales símbolos forma parte del derecho a la libertad de expresión del artículo 20.1 CE.

Lo cierto es que mientras escribía estas líneas se publicó una noticia esperanzadora sobre el futuro de los delitos que restringen la libertad de expresión que confío que se traduzca en el rechazo de las propuestas de sancionar el uso de emblemas dictatoriales y en la consolidación de una doctrina jurisprudencial ajustada al anunciado propósito de limitar el castigo a los casos de peligro para la convivencia externa. El Ministerio de Justicia declaró que «[...] planteará una revisión de los delitos relacionados con excesos en el ejercicio de la libertad de expresión para que solo se castiguen conductas que supongan claramente la creación de un riesgo para el orden público o la provocación de algún tipo de conducta violenta, con penas disuasorias, pero no privativas de libertad»⁷. Esta iniciativa fue anunciada poco después de que se ordenara el ingreso en prisión del rapero Pablo Hasél para cumplir la pena de nueve meses y un día a la que le condenó el Tribunal Supremo por enaltecimiento del terrorismo e injurias a la Corona, sentencia que fue cuestionada desde el mundo de la cultura a través de un manifiesto en defensa del músico y que generó reacciones sociales de protesta. La reforma del Código Penal proyectada afectaría a los delitos de injurias a la Corona y a otras instituciones de los artículos 490 y siguientes, al llamado delito de

odio del artículo 510, a los delitos contra los sentimientos religiosos de los artículos 522 y siguientes, y al de enaltecimiento y justificación del terrorismo y de humillación a sus víctimas del artículo 578.2⁸.

En realidad, la modificación de este último precepto viene impuesta por la jurisprudencia constitucional sobre ese ilícito. Y la supresión del tipo agravado de injurias a los reyes es ineludible, teniendo en cuenta las reiteradas sentencias condenatorias del TEDH a España por vulnerar la libertad de expresión de los condenados mediante la aplicación del artículo 490.3 CP. En el caso *Otegi Mondragon c. España*, de 15 de marzo de 2011⁹, el tribunal estableció que la mayor protección que esa norma concede al jefe del Estado respecto a otras personas e instituciones no se ajusta al espíritu del CEDH. Más recientemente, en el caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, de 13 de marzo de 2018¹⁰, reiteró la misma tesis.

Pues bien, la mera exhibición o difusión de un símbolo que representa a una dictadura no pone en peligro el orden público ni incita a la violencia, de manera que, si prospera la reforma de esas conductas, quedarán claramente excluidas del artículo 510 CP y no será posible el dictado de fallos como el de la STS 675/2020, de 11 de diciembre. De todos modos, estimo que, bajo la regulación actual, esos hechos ya no tienen encaje en dicha norma.

A continuación, analizaré el Derecho alemán, que se considera el prototipo de sistema que castiga el uso de signos fascistas. Seguidamente, expondré la doctrina del TEDH sobre la utilización de distintivos totalitarios. A partir de estos precedentes, me referiré al Derecho español y examinaré la pertinencia de la tipificación de un nuevo delito que sancione el empleo de esos símbolos, así como la postura adoptada en la STS 675/2020. Finalmente, formularé unas conclusiones en las que sintetizaré mi postura.

2. LA PENALIZACIÓN DEL USO DE SIGNOS PROHIBIDOS EN ALEMANIA

2.1. REGULACIÓN LEGAL

2.1.1. El § 86 a StGB

El § 86 a StGB, ubicado en el Título III, de la Sección I, de la Parte Especial, dedicado a los «Delitos que ponen en peligro el Estado constitucional democrático», tipifica el «Uso de símbolos de organizaciones inconstitucionales» («Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen»).

En concreto, el precepto castiga con una pena de prisión de hasta tres años o multa a quien use signos distintivos de partidos u organizaciones inconstitucionales o prohibidos en público, en una reunión o en un contenido que difunda, así como a quien los divulgue dentro del territorio nacional.

Además, sanciona al que produzca o almacene contenidos o materiales que contengan dichos símbolos para su distribución o uso en Alemania o en el extranjero, así como para su exportación e importación.

A estos efectos, se consideran signos, en particular, las banderas, los distintivos, las piezas de uniformes, los lemas y los saludos, así como aquellos que sean similares o puedan confundirse con ellos.

No obstante, se excluye el delito cuando la conducta tenga fines históricos, culturales o artísticos. El artículo prevé asimismo la posibilidad de que el tribunal no aplique la pena si estima que los hechos carecen de la entidad suficiente como para ser considerados punibles.

El § 86 a StGB fue reformado por Ley de 30 de noviembre de 2020, que entró en vigor el 1 de enero de 2021¹¹. En concreto, se sustituyó la expresión «escrito» por la de «contenido», pues según argumentó el Gobierno al elaborar el Proyecto¹², la difusión del contenido delictivo ya no se realiza principalmente por medios impresos, sino de forma digital¹³.

Así pues, el delito se comete mediante el uso de los signos arriba señalados por cualquier vía, sea material o telemática.

Además, se sanciona la utilización de símbolos de todo partido u organización inconstitucional o prohibido.

En realidad, esta disposición fue creada en 1960¹⁴ con el objetivo explícito de luchar contra la propaganda de extrema derecha que estaba proliferando en Alemania, tendencia que posteriormente motivó la ampliación de las conductas típicas¹⁵. Pese a ello, no se sanciona solo el empleo de estas señas¹⁶.

La antigua Ley de reunión de 1953¹⁷ únicamente prohibía los signos nacionalsocialistas¹⁸. Hasta esa fecha, solo había sido declarado inconstitucional, en 1952, el Partido Socialista del Tercer Reich (Sozialistischen Reichspartei —SRP—)¹⁹, continuador del partido nazi²⁰. Sin embargo, en 1956 se declaró la inconstitucionalidad del Partido Comunista de Alemania (Kommunistische Partei Deutschlands —KPD—)²¹. Desde entonces, ningún otro partido ha sido considerado contrario a la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania²² y actualmente es legal el Partido Comunista Alemán (Deutsche Kommunistische Partei —DKP—)²³.

Por otra parte, la Ley de asociaciones²⁴ prevé la prohibición de asociaciones y de su simbología en consonancia con el artículo 9.2 de la Ley Fundamental, que veta las asociaciones cuyos fines o actividad sean contrarios a las leyes penales o atenten contra el orden constitucional o la idea del entendimiento entre los pueblos. La prohibición corresponde al poder ejecutivo²⁵, que se sirve para ello de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución (Bundesamt für Verfassungsschutz)²⁶.

Entre los signos prohibidos se encuentran fundamentalmente los nacionalsocialistas²⁷, pero también los de otras asociaciones de extrema derecha²⁸, de extrema izquierda²⁹ y, más recientemente, los del Estado Islámico³⁰.

En la medida en que el § 86 a StGB no solo abarca los distintivos nazis, se aparta de su *ratio legis* inicial, y también, como se verá, del fundamento que le ha atribuido el Tribunal Constitucional. Pero, en realidad, esta amplitud viene determinada por el texto constitucional.

El artículo 5.2 de la Constitución alemana dispone que la libertad de expresión solo se puede limitar en virtud de una ley general (o de la legislación que tutela la juventud o que protege el honor). Según declaró el Tribunal Constitucional Federal en sentencia de 4 de noviembre de 2009, ley general es aquella que no prohíbe una opinión como tal, sino que tutela un bien jurídico objetivo e impide, por ello, que la expresión de opiniones pueda dirigirse contra determinadas ideologías, creencias, o actitudes³¹. De esta forma, se hace efectiva la prohibición de discriminación por razón de las creencias o de la concepción política prevista en el artículo 3.3 de la Ley Fundamental.

Por eso, el § 86 a StGB sanciona el uso de símbolos de cualquier partido u organización inconstitucional o prohibido. No obstante, se ha cuestionado que se trate de una ley general, dado que se remite al § 86 StGB, que castiga la difusión de propaganda de aquellos partidos y organizaciones, definiéndolos con mayor precisión. Sin embargo, este precepto dedica un apartado autónomo a las asociaciones continuadoras de la antigua organización nacionalsocialista —que nunca fue declarada inconstitucional o prohibida por las autoridades³²—, de manera que se dirige contra una concreta ideología.

Pese a ello, el Tribunal Supremo (*Bundesgerichtshof*) mantiene que el § 86 a StGB es una ley general, en la medida en que desarrolla el artículo 9.2 de la Ley Fundamental, que, como se ha visto, prohíbe determinadas asociaciones³³, y señala que este precepto sería ineficaz si no fuera acompañado de normas que garanticen su efectividad³⁴.

El Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) se pronunció en el mismo sentido en la sentencia de 9 de julio de 2020. Esta resolución analizó la nueva versión de la Ley de asociaciones y determinó que sus disposiciones son, como el § 86 a StGB, leyes generales, pues protegen los intereses a los que alude el artículo 9.2 de la Ley Fundamental³⁵.

2.1.2. Comentario

A pesar de la referencia genérica a todos los partidos y organizaciones inconstitucionales o prohibidos, el fundamento del § 86 a StGB entronca con el pasado del Estado alemán. La disposición pretendió desterrar de la vida pública cualquier vestigio que evocara el régimen nacionalsocialista³⁶.

Sin embargo, resulta difícil identificar el bien jurídico protegido por esa norma. La doctrina apunta que el precepto trata de impedir el resurgimiento simbólico de los partidos y organizaciones prohibidos y dejar claro que actualmente no se toleran, aunque al mismo tiempo sostiene que su objetivo es preservar la reputación de Alemania en el extranjero³⁷. Además, algunos autores señalan que tutela el orden constitucional³⁸ o la paz pública³⁹.

Pues bien, como se deduce del tipo, el ilícito se comete por el mero uso de un signo prohibido en público o en una reunión; constituye, en este sentido, un delito de peligro abstracto⁴⁰.

Por tanto, basta mostrar el símbolo en una reunión. Incluso si se exhibe en público, los tribunales solo exigen que pueda ser visto por los presentes y precisan que no es necesario

que lleguen a percibirlo⁴¹, más allá de que algunas organizaciones prohibidas son escasamente conocidas, al igual que sus emblemas⁴².

Por otra parte, la jurisprudencia solo exige que el autor conozca que el signo está prohibido, con independencia de su intención⁴³. Únicamente se le exime de responsabilidad penal si manifiesta de forma clara e inequívoca su oposición a la organización que representa el distintivo⁴⁴. En este sentido, en Alemania está muy extendida la imagen de la esvástica tachada como muestra de rechazo a la extrema derecha, imagen que el Tribunal Supremo ha declarado atípica⁴⁵. No obstante, más abajo haremos referencia a un caso, refrendado por el TEDH, en que se condenó al acusado por usar una esvástica con un fin despectivo, concretamente para tachar a otra persona de nazi.

De acuerdo con estos presupuestos, creo que ninguno de los valores apuntados puede ser considerado el bien jurídico protegido en el 86 a StGB. No cabe afirmar que el delito conlleva el peligro de que resurjan organizaciones afines al nacionalsocialismo ni de que se fomente una conciencia de tolerancia de dichas asociaciones que amenace el orden democrático. Eso puede ocurrir si la conducta reviste cierta entidad: por ejemplo, cuando se lleva a cabo de forma reiterada, ante una multitud de personas, mediante símbolos de organizaciones con muchos adeptos, etc. Pero, teniendo en cuenta que el delito se consuma con el simple uso de un solo signo prohibido, el hecho no lleva inherentes esos riesgos.

De igual forma, mostrar un emblema en una reunión no entraña ningún peligro para la paz pública⁴⁶, que el Tribunal Constitucional ha equiparado a la convivencia externa⁴⁷.

A diferencia del § 130.4 StGB, que castiga el enaltecimiento de la violencia y tiranía nacionalsocialista, en público o en una reunión, cuando ponga en peligro la paz pública, el § 86 a StGB solo exige el uso de un símbolo prohibido. Por lo tanto, aunque es evidente que aquel ensalzamiento conlleva una amenaza más grave para la paz pública, se requiere expresamente su perturbación. Partiendo, pues, de la configuración del ilícito tipificado en el § 86 como delito de peligro abstracto, hay que rechazar que la paz pública sea el interés tutelado.

Asimismo, el orden constitucional no es un valor concreto que pueda esgrimirse como un bien preferente a la libertad de expresión. Justamente este último derecho es primordial en el sistema y para restringirlo es necesario que otro derecho esencial resulte afectado por su ejercicio.

En realidad, mediante esta figura se ha pretendido restablecer el prestigio de Alemania e impedir la difusión de las imágenes nefastas que con frecuencia eran difundidas —y que aún pueden verse— en los medios de comunicación en las que aparecen personas portando insignias, realizando gestos o coreando himnos de la etapa de Hitler. De ahí que se hable de impedir el resurgimiento «simbólico» de los partidos y organizaciones, dado que, aunque de forma mediata también se busca evitar la creación de estos grupos, el objetivo directo es impedir que tales signos estén presentes en la sociedad. Pero se trata de un interés ambiguo que no merece la protección penal⁴⁸.

Por otra parte, ese fin simbólico⁴⁹ no es sostenible desde que fueron prohibidos algunos símbolos diferentes a los fascistas, en particular los del Estado Islámico. El ministro del

Interior argumentó que en Alemania se estaban reclutando jóvenes radicales para luchar en Siria e Irak y que muchos habían regresado al país, por lo que era necesario evitar que trajeran la yihad. Eso motivó la prohibición de esta organización y de sus emblemas.

En este caso, ya no se quiere impedir la reaparición de un grupo radical y menos aún restablecer la buena imagen del Estado. El propio ministro afirmó que esa prohibición pretende proteger el orden constitucional⁵⁰. Sin embargo, no resulta posible identificar este propósito legítimo con el objeto de protección de esta norma penal.

De este modo, el § 86 a StGB se convierte en una especie de cajón de sastre con objetivos muy distintos y sin un bien jurídico definido.

Además, en los últimos años se ha producido cierta flexibilización respecto a la simbología nazi, hasta ahora vedada salvo cuando se empleaba con carácter informativo, artístico o científico. Así sucede con los libros de historia, la venta de objetos en anticuarios, la documentación o las obras de arte⁵¹. En 2018 se admitió su incorporación a los videojuegos, decisión que acabó con la precaución sobre las consecuencias nefastas de que los niños crecieran con esos referentes y se acostumbraran a ellos⁵².

En definitiva, hoy solo cabe sustentar el § 86 a StGB aduciendo la defensa del orden constitucional, que por su carácter genérico no puede ser el bien jurídico protegido. Precisamente, y como se verá, el TEDH respaldó esta norma basándose en aquellos fundamentos iniciales relativos a la ruptura con el nazismo.

2.2. CONSTITUCIONALIDAD

2.2.1. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 1 de junio de 2006

El Tribunal Constitucional Federal ha avalado en varias resoluciones el § 86 a StGB, pese a que sitúa la libertad de expresión a la cabeza de los derechos fundamentales y que el § 86 a no tutela un bien jurídico claramente prevalente.

Con carácter general, el Tribunal Constitucional afirma que la libertad de expresión es uno de los derechos esenciales, puesto que posibilita el contraste de opiniones, fundamental en un Estado democrático⁵³. En cierta forma constituye el fundamento de toda libertad⁵⁴. Solo la dignidad tiene carácter supremo y no puede ponderarse con ella.

Pues bien, en la sentencia de 1 de junio de 2006⁵⁵ el Tribunal Constitucional analizó la condena impuesta al recurrente en virtud del apartado 2 por usar un símbolo confusamente similar a otro prohibido. En concreto, durante una manifestación de la extrema derecha proclamó el lema «Gloria y honor de las Waffen-SS», que los tribunales estimaron semejante al empleado por las SS: «Nuestro honor es lealtad».

En este sentido, la sentencia especifica cuándo un símbolo es «confusamente similar» a otro prohibido. Según la resolución impugnada, bastaba que quien lo percibiera pudiera asociarlo a una organización ilegal, aunque no fuera similar a ningún símbolo auténtico. En cambio, el Tribunal Constitucional declaró que es necesario que induzca a confusión respecto a uno realmente existente.

Además, se refiere al fundamento del § 86 a StGB en estos términos:

«El § 86 a StGB tiene como fin evitar tanto la resurrección simbólica de determinadas organizaciones [...] como de las aspiraciones de dichas asociaciones. Con este propósito, el uso de los símbolos de estas organizaciones es punible [...] Por otro lado, no importa si se emplea precisamente con la voluntad de apoyar a la organización que representa [...] La norma prohíbe utilizar tales signos fundamentalmente en la vida política en la República Federal de Alemania y crea así un tabú comunicativo».

2.2.2. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 18 de mayo de 2009

En esta sentencia⁵⁶ el Tribunal Constitucional Federal ratificó la condena impuesta al recurrente mediante la aplicación del apartado 2 del § 86 a StGB por vestir una camiseta con una frase que parecía formar parte de la letra de la canción «Die Fahne hoch», de Horst Wessel, icono del nacionalsocialismo.

En este caso, se pronunció sobre el bien jurídico protegido en el § 86 a StGB:

«El objeto de protección del § 86 a StGB consiste en la prevención del resurgimiento simbólico de ciertas organizaciones, expresado mediante el uso de algún signo, así como [...] de las aspiraciones de tales organizaciones [...] Como delito de peligro abstracto, evita el riesgo que es inherente al uso externo de esos signos».

«No es necesario que exista la voluntad de apoyar a la organización que representa el símbolo. Por lo tanto, la norma básicamente destierra ciertos signos característicos de la imagen de la vida política y establece así un “tabú comunicativo”. Debe evitarse en la República Federal de Alemania, la apariencia de una evolución política contraria al Estado de Derecho, donde se toleran las aspiraciones inconstitucionales que representan los símbolos prohibidos».

2.2.3. Comentario

De estas resoluciones se desprende que el fin del § 86 a StGB es evitar el resurgimiento simbólico de ciertas organizaciones y de sus fines, es decir, la aparición de signos que las evoquen y el riesgo inherente a su difusión en el espacio público, en clara alusión a los del nacionalsocialismo. Ahora bien, aunque el Tribunal Constitucional Federal afirma que este es el objeto de tutela, falta concretar cuál es ese peligro que su uso comporta.

Pues bien, cabe entender que la norma persigue un doble objetivo. Por una parte, impedir la efectiva creación de grupos neonazis. Y, por otra, borrar cualquier seña que recuerde el Tercer Reich con el propósito de restablecer el prestigio de Alemania.

Sin embargo, como he dicho, ninguno de ellos puede integrar el bien jurídico protegido. Exhibir un símbolo en una reunión, o incluso en público, no genera ese riesgo —la creación de organizaciones afines al nacionalsocialismo—, máxime si quien lo muestra es contrario a esta ideología.

Asimismo, salvaguardar la reputación del país presentando una imagen de Estado democrático opuesta a la dictadura nazi es un fin simbólico, no un interés esencial que pueda constituir el objeto de tutela.

Adicionalmente, esos fundamentos no se sostienen respecto a los distintivos de otras organizaciones como los del Estado islámico. Como señaló el Ministerio del Interior, la prohibición de esta asociación y de sus signos pretende frenar la proliferación de los grupos fundamentalistas y de su simbología. Por consiguiente, el objetivo de esta prohibición no es eliminar de la vida pública elementos que recuerdan a una época anterior, sino contener la expansión de grupos más o menos recientes.

Por lo tanto, ni el peligro de que surjan grupos neonazis ni la protección del prestigio del país pueden reputarse bienes jurídicos protegidos.

En cambio, el Tribunal Constitucional no cita como objeto de protección la paz pública ni el orden constitucional.

A mi modo de ver, la libertad de expresión queda restringida sin que exista un bien jurídico prioritario que lo justifique.

2.3. REFRENDO EXCEPCIONAL DEL TEDH

2.3.1. El pasado de Alemania

El TEDH respaldó el § 86 a StGB en el caso *Hans Burkhard Nix c. Germany*, de 13 de marzo de 2018⁵⁷. El solicitante fue condenado por publicar en su blog varios correos electrónicos dirigidos al encargado de la oficina de empleo en los que le acusaba de discriminar a su hija por ser de origen inmigrante, ya que la había orientado a la formación profesional y no a los estudios universitarios. El funcionario había solicitado a la joven copia de su expediente, recordándole la necesidad de inscribirse en la oficina de empleo si se decantaba por ese tipo de formación.

En uno de sus mensajes, el demandante incorporó una imagen de Himmler con una esvástica⁵⁸ y reprodujo una cita sobre la escolarización en Europa del Este durante la ocupación nazi, indicando que los padres que querían ofrecer una buena educación a sus hijos tenían que presentar una solicitud a las SS.

De este modo, el padre pretendía criticar la política educativa de la oficina de empleo actual mediante su equiparación a la que en su día fue aplicada por Hitler.

El TEDH recordó que se ya se habían formulado denuncias sobre menores inmigrantes presuntamente discriminados en las oficinas de empleo, por lo que era posible que el recurrente quisiera contribuir a un debate de interés público.

Sin embargo, confirmó la decisión de los tribunales alemanes y analizó la condena a la luz del artículo 10, apartado 2 CEDH, que exige los siguientes requisitos para restringir la libertad de expresión: que la limitación esté prevista en la ley nacional, que responda a un fin legítimo y que sea necesaria en una sociedad democrática⁵⁹.

El tribunal sostuvo que la conducta estaba regulada en el § 86 a StGB y que el objetivo de la norma es evitar la reactivación de las organizaciones prohibidas o inconstitucionales y

de las ideas que persiguen, vetando sus símbolos con el fin de mantener la paz política. Por lo tanto, concluyó, la injerencia se realizó respetando la legislación y persiguió un fin lícito.

Respecto al tercer requisito, el TEDH subrayó que, al examinar si existe una necesidad apremiante de interferir en la libertad de expresión, es necesario atender al contexto histórico del Estado demandado. Con base en esta consideración, defendió la legitimidad del § 86 a StGB recurriendo a estos argumentos:

«A la luz de su papel y experiencia histórica, puede considerarse que los Estados que han experimentado los horrores nazis tienen una responsabilidad moral especial para distanciarse de las atrocidades masivas perpetradas por los nazis [...] La opción del legislador de sancionar penalmente el uso de los símbolos nazis, prohibir la utilización de tales signos en la vida política alemana, mantener la paz política (teniendo también en cuenta la percepción de los observadores extranjeros) e impedir la reactivación de los símbolos nazis debe concebirse como una forma de oponerse a esos antecedentes [...]

Si bien el uso crítico de los signos no basta para eximir de responsabilidad penal, de acuerdo con uno de los propósitos de la disposición (el de prohibir por completo esos símbolos en la vida política alemana), el Tribunal estima que la exención de responsabilidad penal cuando hay una oposición “clara y evidente” a la ideología representada por los signos utilizados, constituye una salvaguarda importante del derecho a la libertad de expresión».

La Corte señaló que la publicación sancionada no contenía ninguna referencia a las anteriores, por lo que no se advertía que formara parte de un conjunto de reflexiones que contribuyera al debate público, y argumentó que es precisamente el uso gratuito de signos lo que pretende impedir el § 86 a StGB. El objetivo de la norma es evitar que la población se acostumbre a ciertos símbolos, de ahí que prohíba su difusión en todos los medios de comunicación: es el llamado «tabú comunicativo»⁶⁰.

2.3.2. Comentario

El TEDH corroboró en su sentencia los argumentos del Tribunal Constitucional alemán, si bien se refirió directamente a los símbolos nazis como objeto de prohibición. Mediante la norma que aquí es objeto de análisis, el Gobierno actual expresa su ruptura con el Tercer Reich y su rechazo a la barbarie perpetrada por Hitler. Para la corte, esta separación es incluso una obligación del Estado alemán. Se trata de una disposición dirigida a conservar la paz política y referida a la reputación del país. En el caso *Hans Burkhard Nix c. Germany*, la sentencia patentiza dicho fundamento, puesto que cita expresamente a los observadores extranjeros, que han señalado que Alemania debe cuidar su imagen democrática también de cara a las otras naciones.

Además, dado que lo que se persigue es borrar esos signos de la comunidad, la sentencia justifica el castigo impuesto por los tribunales sin atender a la finalidad del autor. Solo se excluirá la tipicidad cuando, al usar tales signos, el autor muestre de manera inequívoca su rechazo al nazismo, porque se habrá logrado igualmente el objetivo de expresar esa oposición.

Así pues, es evidente que para el TEDH el objeto de tutela en el § 86 a StGB es el prestigio del Estado alemán, que se vería dañado si la difusión de símbolos nazis se generalizara.

Ahora bien, este razonamiento ya no es válido en el marco de la regulación actual, que ha prohibido las organizaciones y la simbología de signos diferentes a los nacionalsocialistas.

En consecuencia, la conducta tipificada en el § 86 a StGB no comporta ningún peligro para un bien *concreto* merecedor de tutela.

2.4. UN MODELO INASUMIBLE EN NUESTRO DERECHO

El § 86 a StGB no puede tomarse como referente en nuestra legislación para crear un nuevo delito consistente en la utilización en público de símbolos fascistas, cada vez más presentes en la sociedad.

Por una parte, porque esa norma tipifica el uso de signos de cualquier partido u organización inconstitucional o prohibido y no solo de los nacionalsocialistas, pese a que el motivo que llevó al legislador a crearla fue frenar este tipo de propaganda, razón por la cual cumple la exigencia de ley general del artículo 5.2 de la Ley Fundamental para restringir la libertad de expresión.

En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal ha declarado que esa previsión genérica es conforme con la prohibición de discriminación por razón de las creencias o concepciones políticas prevista en el artículo 3.3 de la Ley Fundamental. No cabe, pues, sancionar en el tipo penal únicamente la utilización de los distintivos de ciertas organizaciones, previsión que sería contraria a ese precepto constitucional.

Pues bien, este mismo principio está consagrado en el artículo 14 CE, que garantiza la no discriminación por razón de las opiniones, de forma que tampoco en nuestro Estado Democrático deben establecerse distinciones entre los diferentes regímenes totalitarios.

Por otra parte, una disposición de ese tenor sería contraria al principio de ofensividad, en la medida en que la conducta no afecta a un bien jurídico definido. El Tribunal Constitucional Federal afirmó que con ella se trataba de impedir el resurgimiento simbólico de las organizaciones inconstitucionales o prohibidas y de sus objetivos. En cambio, la mera exhibición de un signo dictatorial no conlleva el riesgo de que se creen dichos grupos. Además, tal fundamento no es predicable de las asociaciones de reciente aparición en Alemania, distintas a las de extrema derecha, para las que, según manifestó el legislador, se introdujo el § 86 a StGB.

El propio Tribunal Constitucional Federal sostuvo que mediante ese precepto pretende evitar, fundamentalmente, la aparición de dichos signos en la imagen pública alemana y, con ella, la apariencia de que ha habido una evolución política que ha llevado a tolerar las organizaciones prohibidas y sus símbolos. Se impone, así, un «tabú comunicativo», que impide que los distintivos nazis estén presentes en la sociedad.

Por lo tanto, el delito tiene un carácter claramente simbólico, dado que su objetivo es impedir que se vincule a la sociedad actual con su pasado y con la tiranía nacionalsocialista. En definitiva, el precepto persigue la preservación de la reputación de Alemania.

Por ese motivo lo avala el TEDH, que establece el deber del Estado alemán de distanciarse de esa etapa histórica y de las atrocidades cometidas bajo el mandato de Hitler, así como de proyectar hacia el exterior su carácter de sociedad inequívocamente democrática.

Además, hay que tener en cuenta que la Ley Fundamental se adoptó en 1949, poco después del Holocausto, circunstancia que condujo al constituyente a asumir un sistema de «democracia militante» en el que se imponen determinados valores que no son susceptibles de reforma constitucional, en especial los que regulan las bases de la República Federal de Alemania y los pilares que la conforman. En concreto, el artículo 18 prevé la posibilidad de privar de derechos fundamentales en caso de que se empleen para combatir el régimen esencial de libertad y democracia. A la cabeza de esos derechos que pueden negarse se cita la libertad de expresión⁶¹. En este contexto se enmarca el § 86 a StGB, que restringió extraordinariamente este derecho en la medida en que la conducta se concebía como un peligro para el orden político actual.

En cambio, y como se verá, en nuestro ordenamiento no existe una norma similar. Por ello, el Tribunal Constitucional ha rechazado ese modelo de «democracia militante» y ha otorgado una dimensión muy amplia al derecho a la libertad de expresión del artículo 20.1. CE. En este sentido, resulta inconcebible que nuestro ordenamiento acoja un precepto análogo al alemán.

Por consiguiente, en España no tiene cabida un delito semejante al del § 86 a StGB, puesto que en tal caso resultarían frontalmente vulnerados los principios penales esenciales, comenzando por el principio de proporcionalidad (arts. 1, 10 y 17 CE).

3. POSTURA DEL TEDH SOBRE EL USO DE SÍMBOLOS TOTALITARIOS

Con carácter general, el TEDH ha determinado que la exhibición de signos dictatoriales pertenece al derecho a la libertad de expresión garantizado en el artículo 10.1 CEDH.

En el caso *Vajnai c. Hungría*, de 8 de octubre de 2008⁶², estimó que se había violado la libertad de expresión del demandante, que fue condenado por llevar en público una estrella roja de cinco puntas.

A juicio del Gobierno húngaro, todas las ideologías absolutistas deben tratarse en pie de igualdad y, por lo tanto, la exhibición de una estrella roja ha de considerarse una conducta despectiva hacia las víctimas de las dictaduras comunistas⁶³.

El TEDH adujo que dicho emblema también representa a partidos políticos legales, aunque también se pronunció sobre su uso como distintivo de aquel régimen autoritario, y argumentó que en la conducta del demandante no cabía apreciar un peligro real y actual de que cualquier partido o movimiento político restaurara una dictadura comunista en Hungría⁶⁴.

Por otra parte, el Gobierno no apuntó la existencia de un peligro real o incluso remoto de desorden provocado por la exposición de la estrella roja; por ello, el tribunal afirmó que la contención de un riesgo meramente especulativo no puede considerarse una «necesidad social acuciante», como exige el artículo 10.2 CEDH para limitar la libertad de expresión, y añadió que, si esa ostentación provocara disturbios, cabría aplicar otros delitos.

Por consiguiente, el TEDH declaró que la propagación potencial de la ideología totalitaria a través de la exhibición de la estrella roja, por detestable que sea, no puede legitimar la limitación de la libertad de expresión mediante una sanción penal.

La corte reconoce que, dado el terror sistemático empleado para consolidar el régimen comunista en varios países, la exhibición de esa insignia podría crear malestar entre las víctimas y sus familiares, pero determinó asimismo que en un sistema democrático no cabe restringir los derechos humanos con el fin de satisfacer los dictados del sentimiento público, dado no existía una necesidad apremiante.

En consecuencia, resolvió que la imposición de una pena, incluso leve, resultaba desproporcionada⁶⁵.

Así pues, el TEDH dejó claro que la mostración pública de un símbolo dictatorial está amparada por la libertad de expresión, derecho que prevalece aunque se divulgue el ideario tiránico que representa ese signo. La corte sostuvo que, para sancionar ese acto, ni siquiera es suficiente el peligro concreto de que provoque alteraciones del orden público, y añadió que en Hungría no existe el riesgo de que surjan movimientos que pretendan implantar la dictadura comunista. Por lo tanto, concluyó que el uso de tales signos solo podrá prohibirse en aquellos países en los que exista una situación de crispación tal que haga que ese hecho pueda inducir a derrocar al poder democrático.

En el caso *Fratanoló c. Hungría*, de 8 de marzo 2012⁶⁶, el TEDH también entendió que se había infringido la libertad de expresión del demandante, condenado por exhibir una estrella roja de cinco puntas.

La corte declaró aplicable la doctrina establecida en el caso *Vajnai c. Hungría* y recordó que, para que la sanción esté justificada, es necesaria la existencia de un peligro real y presente de que cualquier grupo restablezca la dictadura comunista, y que no basta la propagación potencial de esta ideología autoritaria⁶⁷.

Por su parte, en el caso *Fáber c. Hungría*, de 24 de octubre de 2012⁶⁸, el TEDH determinó que el Estado húngaro vulneró la libertad de expresión del recurrente al castigarle por no retirar una bandera a rayas-Árpád (utilizada por los nazis húngaros)⁶⁹ durante una manifestación.

Para el TEDH, la exhibición de un símbolo asociado a cualquier movimiento político, aunque suponga identificación con sus ideas, está tutelada por ese derecho.

En la medida en que la bandera se alzó en una manifestación, la corte europea hizo referencia al derecho de reunión pacífica garantizado en el artículo 11.1 CEDH, y afirmó

que el mismo queda protegido aunque las ideas que se promuevan puedan molestar u ofender⁷⁰. Además, citó el caso *Christians against Racism and Fascism c. Reino Unido*, de 16 julio 1980⁷¹, en el que había declarado que la posibilidad de contramanifestaciones violentas o el ejercicio de violencia por personas ajenas a la organización no pueden limitar ese derecho⁷². Y agregó que el riesgo de desencadenar episodios de violencia no es suficiente para prohibir una manifestación, aunque en ella se exhiban signos contrarios al sistema democrático.

En consecuencia, la mera muestra de un símbolo dictatorial en público o en una manifestación, por repudiable que resulte, e incluso aunque pueda provocar acciones violentas, queda amparada por los artículos 10 y 11 CEDH.

Ahora bien, como se ha señalado, el TEDH se ha apartado de estas tesis al analizar el § 86 a StGB, teniendo en cuenta las dramáticas circunstancias históricas de Alemania. En este caso, admite la sanción del simple uso de un signo de una organización inconstitucional o prohibida porque entiende que el Estado debe mostrar su rechazo absoluto a la tiranía vigente durante el régimen nacionalsocialista.

Al igual que la Ley Fundamental alemana, el CEDH fue adoptado en 1950⁷³, tras el genocidio nazi, por lo que su objetivo primordial era proteger la democracia e impedir la implantación de nuevos regímenes dictatoriales con la mira puesta, particularmente, en el fascismo que había asolado Europa⁷⁴. Esto explica la incorporación del artículo 17 —prohibición de abuso del Derecho—, que responde a la idea de la «democracia militante» y que, según el TEDH, tiene por objeto evitar que los partidarios del totalitarismo puedan utilizar en su favor los derechos reconocidos en el Convenio⁷⁵. En este supuesto, el TEDH rechaza *ab initio* la demanda presentada cuando estima que las expresiones vertidas por el solicitante son tan graves que niegan los valores esenciales del Convenio⁷⁶. Por ello, no entra a valorar si se dan las condiciones previstas en el artículo 10.2 CEDH para imponer eventualmente «formalidades, condiciones, restricciones o sanciones»⁷⁷ a la libertad de expresión garantizada en el apartado primero de ese precepto. Pues bien, el TEDH aplica el artículo 17 especialmente respecto a declaraciones relativas al nacionalsocialismo y, en particular, a la negación del genocidio nazi⁷⁸, al entender que no cabe utilizar la libertad de expresión para lesionar la dignidad de las víctimas⁷⁹. En este sentido, es paradigmática la sentencia del caso *Garaudy c. Francia*, de 24 de junio de 2003⁸⁰, en la que aplicó el art.17 y señaló expresamente que la negación del Holocausto supone siempre una difamación contra los judíos.

Dentro de este modelo, coincidente con el de la Ley Fundamental alemana, el TEDH admite, pues, una mayor restricción de la libertad de expresión, y justifica la admisión del § 86 a StGB porque constituye un instrumento creado para evitar la difusión y exhibición simbología nazi y para desaprobado las atrocidades protagonizada por Alemania durante el Tercer Reich.

4. EL USO DE SÍMBOLOS AUTORITARIOS EN ESPAÑA

4.1. ENCAJE CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El Tribunal Constitucional español mantiene una postura semejante a la de su homólogo alemán y reconoce la primacía de la libertad de expresión sobre los demás derechos fundamentales⁸¹ —excepción hecha de la dignidad humana— en la medida en que garantiza una opinión pública libre⁸², y declara que, cuando colisiona con otro derecho, procede llevar a cabo un juicio de ponderación⁸³ y solo cabe su restricción cuando la conducta rebase su contenido⁸⁴, debiéndose evitar, además, que el Derecho penal disuada de su ejercicio legítimo⁸⁵.

Pues bien, en lo que atañe al apoyo a dictaduras y, en concreto, al nacionalsocialismo, nuestro Tribunal Constitucional se pronunció en la conocida STC 214/1991, de 11 de noviembre⁸⁶, sentencia en la que declaró que las meras opiniones sobre la actuación nazi con respecto a los judíos, por reprobables o tergiversadas que sean, están amparadas por la libertad de expresión (art. 20.1 CE) y la libertad ideológica (art. 16 CE). No obstante, añadió que en los supuestos en los que se emitan juicios de valor discriminatorios⁸⁷ u ofensivos para el honor de sus víctimas, estas expresiones quedan excluidas de la cobertura de los preceptos arriba citados⁸⁸.

Igualmente, en la STC 176/1995, de 11 de diciembre, relativa a expresiones sobre el Holocausto plasmadas en un cómic, el TC afirmó que «[...] al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático»⁸⁹, si bien fijó como límite los apelativos formalmente injuriosos, innecesarios para la labor informativa o la formación de la opinión⁹⁰.

En la STC —Pleno— 235/2007, de 7 de noviembre, afirmó que nuestra Constitución no permite tipificar como delito la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que sean execrables por resultar contrarias a la dignidad humana y, como es sabido, declaró inconstitucional el ilícito consistente en la difusión de ideas o doctrinas que nieguen los delitos de genocidio. En cambio, considera que la difusión de aquellas que justifiquen estos crímenes es constitucional en dos casos: primero, si supone una provocación, aunque sea indirecta, al genocidio, y, segundo, cuando represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de discriminación⁹¹. Sin embargo, el TC no se pronunció sobre la tercera conducta prevista en el artículo 607.2 CP, que castigaba la difusión de ideas o doctrinas que pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen los delitos de genocidio, al entender que no era objeto de la cuestión planteada⁹². Ahora bien, tratándose de la transmisión de una opinión es razonable pensar que la respuesta habría coincidido con la primera⁹³.

Por otra parte, el TC declara que en nuestro sistema no cabe un modelo de «democracia militante» en el que se imponga no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. En consecuencia, determinó que la libertad de expresión no puede restringirse porque se ejerza para divulgar ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la norma fundamental⁹⁴.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha aplicado la doctrina de esta sentencia al delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo del artículo 578.1 CP, al estimar que estas conductas presentan una «similitud estructural» con los tipos de negación y justificación del genocidio analizados en esa resolución⁹⁵. En consecuencia, ha declarado que solo cabe sancionarlas penalmente cuando «[...] puedan ser consideradas como una manifestación del “discurso del odio” por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades»⁹⁶, es decir, cuando inciten a la violencia⁹⁷.

En definitiva, frente las crecientes demandas y propuestas para sancionar la exhibición de símbolos totalitarios, es preciso recordar la jurisprudencia constitucional, de acuerdo con la cual esos signos no pueden prohibirse, aunque quien los exhiba refleje su oposición al sistema democrático actual y su deseo de que se implante algún tipo de régimen dictatorial, dado que esta conducta no ofende el honor de las víctimas ni conlleva una incitación a la discriminación o la violencia que legitime su castigo.

4.2. SU DIFUSIÓN COMO FORMA DE INCITACIÓN A LA DISCRIMINACIÓN

4.2.1. Contraste con la jurisprudencia tradicional

Los hechos enjuiciados en la STS 675/2020, de 11 de diciembre, a la que luego me referiré, presentan cierta similitud con los que dieron lugar a la STS 259/2011, de 12 de abril, sobre el conocido caso de la librería Kalki. Esta resolución absolvió al titular del establecimiento que, junto a otros, había sido condenado por un delito de difusión de ideas genocidas del artículo 607.2 CP. La resolución declaró probado que vendía y distribuía a través de su página web publicaciones que justificaban los crímenes cometidos durante el Tercer Reich, que incitaban a la eliminación del pueblo judío y que tenían por finalidad generar discriminación, odio y violencia contra ellos, propugnando la reinstauración de regímenes totalitarios. Dichos textos ensalzaban la simbología nazi («La cruz gamada es la bandera»).

El TS argumentó que «[...] la Constitución no prohíbe las ideologías que se sitúan en los dos extremos del espectro político, tradicionalmente, y aún hoy, identificados como izquierda y derecha. Incluso podría decirse que tampoco prohíbe las ideas que, por su extremismo, se sitúen fuera de ese amplio espectro político, por muy rechazables que puedan considerarse desde la perspectiva de los valores constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas», añadiendo que el legislador puede intervenir penalmente solo cuando los hechos lesionen o creen un peligro real para la integridad de bienes jurídicos esenciales. En este sentido, precisa que la difusión de ideas violentas solo puede ser perseguida si supone una incitación hacer efectiva esa violencia. En el caso enjuiciado, el TS resolvió que la divulgación del citado material no comportaba este riesgo.

Adicionalmente, los recurrentes habían sido condenados por un delito de pertenencia a una asociación ilícita que promueve la discriminación, el odio y la violencia contra los judíos (art. 515.4º CP).

El Tribunal Supremo tomó en consideración los emblemas nazis intervenidos para confirmar la ideología xenófoba del grupo, pero señaló que para aplicar ese ilícito no basta acreditar que los acusados profesan esas ideas, sino que es preciso demostrar que la organización promovía la discriminación, lo que no se deduce de la resolución recurrida⁹⁸. Por lo tanto, estimó que la posesión y el eventual uso de los signos fascistas no inducían a la discriminación.

Así pues, el TS concluyó que ni la distribución de textos con lemas totalitarios ni la tenencia y posible utilización de tales símbolos incitan a realizar actos ilícitos, sino que forman parte de la libertad de expresión.

Esta doctrina jurisprudencial se ha mantenido hasta resoluciones recientes. En la STS 223/2020, de 24 de septiembre, el TS declaró que para aplicar el artículo 510 CP «[...] no basta con expresar ideas u opiniones “odiosas”, sino que será necesario que se inste o se anime a la ulterior comisión de hechos discriminatorios, de forma que exista el riesgo real, aunque sea potencial, de que se lleven a cabo»⁹⁹.

Esta sentencia restringe incluso el campo de aplicación de este precepto y precisa que la conducta fomente el odio y que debe comportar un peligro cierto de que se ejecuten acciones discriminatorias.

A tenor de esta jurisprudencia, la exhibición o difusión de un signo dictatorial no puede sancionarse *ex* artículo 510 CP, en la medida en que esas conductas no comportan el favorecimiento o la provocación exigidos por esta norma.

4.2.2. Una crítica a la Sentencia del Tribunal Supremo 675/2020, de 11 diciembre

En esta resolución, el Tribunal Supremo ratificó la sentencia impugnada, que aplicó a los recurrentes el artículo 510.1 CP por distribuir canciones de contenido discriminatorio, así como materiales con mensajes racistas y signos nazis.

A juicio del TS, la difusión de esa simbología no sirve meramente para constatar la ideología xenófoba de los autores, sino que constituye un hecho delictivo autónomo al que se atribuye el mismo significado de incitación al odio y la violencia que a las canciones.

El TS sostuvo que los únicos elementos que exige el tipo son la emisión del mensaje provocador o discriminatorio (elemento objetivo) y la voluntad de emitirlo, pese a ser conocedor de ese contenido (elemento subjetivo), lo cataloga como un delito de peligro abstracto¹⁰⁰ y afirma que, para consumarlo, basta que la conducta sea potencialmente idónea para incitar al odio, la violencia o la discriminación¹⁰¹.

Para justificar el fallo, el TS trae a colación varias resoluciones, concretamente la STS 72/2018, de 9 de febrero, en la que declaró que el artículo 510 CP exige «[...] la realización de unas ofensas incluidas en el “discurso del odio” pues esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación¹⁰². De alguna manera son expresiones que, por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad»¹⁰³.

Además, el TS citó la STS 646/2018, de 14 de diciembre, en la que afirmó que el delito del artículo 510 CP no exige la generación de una situación de peligro abstracto, concreto o hipotético, aunque sí una aptitud para crear una situación de peligro, que sea tenida por seria, para la dignidad de las personas a las que se refiere¹⁰⁴.

Por consiguiente, el Tribunal Supremo únicamente precisa que las expresiones deben ser idóneas para fomentar el odio, la hostilidad, violencia o discriminación y presupone esta idoneidad cuando el mensaje es discriminatorio atendiendo a los sentimientos comunes de la ciudadanía.

Pues bien, si respecto a las composiciones musicales el Tribunal pudo entender que eran aptas para inducir al odio y la violencia y aplicar el artículo 510.1 CP, la distribución de emblemas fascistas no es equiparable a ellas ni tiene cabida en esa norma¹⁰⁵.

Quienes adquieren esos artículos suelen ser personas afines a la dictadura que representan los signos. En este caso, el hecho de facilitarlos o dispensarlos no provoca sentimientos racistas o discriminatorios, sentimientos que ya poseen las personas que los compran. Por otra parte, es posible que los adquieran únicamente para poseerlos. No obstante, aunque pretendan exhibirlos en manifestaciones o en otros escenarios públicos, estas conductas simplemente reflejan la adhesión de quien los muestra a un sistema autoritario. Y, como ha declarado el Tribunal Constitucional, la emisión de estas opiniones, incluso si revelan el deseo de que se instaure ese régimen, constituyen un ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Si ello es así respecto a quienes utilizan los emblemas, con mayor razón cabe sostener que su venta está amparada por este derecho, dado que se trata de una actividad previa y que es perfectamente posible que quien los adquiera no los muestre en público.

Por esta razón, no comparto la tesis de que la distribución pueda considerarse una forma de incitación, ni siquiera indirecta, al odio o la violencia.

Suele citarse el Derecho alemán como referente para castigar este tipo de actos. Sin embargo el ordenamiento jurídico germano no sanciona el uso de símbolos prohibidos por entender que incita al odio o la violencia contra ciertos grupos nacionales, raciales o religiosos, o contra sus miembros, o porque afecte a su dignidad, dado que las expresiones que provocan estos efectos se prevén en el § 130.1 StGB¹⁰⁶, precepto cuyo primer supuesto requiere que el autor reclame medidas violentas o tiránicas¹⁰⁷. Esa conducta se tipifica en el § 86 a StGB, que, como se ha visto, tiene un fundamento distinto.

En definitiva, la exposición de esos símbolos forma parte del derecho a la libertad de expresión y no puede ser castigada mediante la aplicación del artículo 510.1 CP.

5. CONCLUSIONES

En nuestro país, los límites del derecho a la libertad de expresión son cada vez más difusos. El legislador trató de garantizar cierta holgura al derecho cuando reguló con carácter general la apología en el artículo 18.1 CP, que requiere una incitación directa al delito. Sin

embargo, pecó de excesiva ambigüedad en algunas figuras, particularmente en el delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo del artículo 578.1 CP —en el que no plasmó esta exigencia—, y en el delito tipificado en el artículo 510 CP —que tan solo exige el favorecimiento indirecto del odio contra determinados grupos o sus integrantes—.

Además, la identificación del elemento circunstancial, que contribuía a precisar la gravedad e idoneidad para provocar acciones delictivas cuando las expresiones se hicieran en manifestaciones o mítines, se ha visto actualmente dificultada con la irrupción de las redes sociales, en las que los mensajes a menudo se expresan mediante la difusión de canciones u otras obras culturales o artísticas¹⁰⁸.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha mantenido la senda correcta, declarando que la restricción de la libertad de expresión es constitucional solo cuando la conducta genere, al menos, un riesgo para otros bienes superiores como la dignidad, el derecho a la no discriminación o el orden público. Así lo estableció en su célebre sentencia 235/2007 y, más recientemente, lo ha hecho respecto al delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo, en el que, pese a que el tipo no lo especifica, precisa que es necesario que concurra el peligro de que se desencadenen acciones violentas.

En contraste, en la práctica judicial y, en especial, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se echa en falta esa uniformidad¹⁰⁹. La disparidad se advierte en las resoluciones relativas al artículo 578.1 CP y, en particular, en las que se refieren a la humillación a las víctimas del terrorismo, sentencias en las que se combinan los fallos condenatorios y los absolutorios por la expresión de determinadas frases y consignas en internet que, en algunos casos, no son sustancialmente distintas¹¹⁰. En cuanto al enaltecimiento y justificación del terrorismo, en los últimos años el Tribunal Supremo sí había adoptado la doctrina del Tribunal Constitucional, que exige que se incite indirectamente a su comisión para aplicar aquel precepto¹¹¹. Sin embargo, en la polémica STS 135/2020, de 7 de mayo, que condenó a Pablo Hasél, tras afirmar esa exigencia, declara que es un delito de peligro abstracto que se agota con la realización de la conducta, estimando, por tanto, inherente a la misma la peligrosidad salvo que en el caso concreto se pruebe que quedó excluida de antemano¹¹². Por tanto, se advierte un lamentable retroceso, en la medida en que presume esa provocación en las acciones típicas y fija su punición como regla general.

Lo mismo sucede con el artículo 510.1 CP, que castiga a quienes públicamente fomentan, promueven o incitan directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo o sus miembros por motivos de intolerancia. En algunas resoluciones, el Tribunal Supremo considera suficiente la idoneidad de las expresiones para promover esos efectos, y no exige, como establece el Tribunal Constitucional, la concurrencia de un riesgo real de que puedan realizarse actos de discriminación.

Pero, como se ha visto en la STS 675/2020, de 11 diciembre, el TS dio un paso más y aplicó el 510.1 no solo por la difusión de canciones que, a su juicio, incitaban al odio y la discriminación, sino también por la venta de artículos y símbolos nazis, conductas a las que atribuyó similar potencial provocador.

La disparidad que se advierte en el plano jurídico se ve acrecentada en la esfera social, donde se reclaman reformas de signo opuesto de los delitos que atañen a la libertad de expresión. Por un lado, se reivindica el castigo de los actos de ensalzamiento del franquismo y el uso de símbolos fascistas y, por otro, se viven escenarios como los protagonizados por las personas que reclamaron la libertad de Pablo Hasél y la despenalización del enaltecimiento del terrorismo. La primera propuesta conlleva una mayor restricción de la libertad de expresión, mientras que la segunda supone su ampliación; paradójicamente, algunas voces defienden la pertinencia de ambas reformas. Por otra parte, las críticas a esas posturas no dependen tanto de su contenido cuanto del perfil político del grupo que las alienta.

A su vez, estas demandas ciudadanas se han reflejado en diversas iniciativas de los poderes públicos¹¹³. Se han planteado varias Proposiciones de Ley dirigidas a sancionar penalmente el enaltecimiento del franquismo¹¹⁴ y una Proposición no de Ley que plantea tipificar también el uso de la simbología fascista. Algunos dirigentes políticos han manifestado su intención de prohibir estos signos, y el Gobierno ha anunciado que propondrá una reforma del Código Penal para que las conductas relacionadas con la libertad de expresión solo se castiguen cuando claramente creen un riesgo para el orden público o inciten a la violencia, excluyendo en todo caso las penas privativas de libertad.

Pues bien, en medio de esta escalada de confusión, inseguridad y utilización partidista del Derecho penal, es preciso hacer una llamada a la racionalidad. Y para ello resulta imprescindible recordar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 20.1 CE: la libertad de expresión ampara cualquier opinión, por equivocada o peligrosa que puedan ser, incluso aquellas que suponen un ataque al propio sistema democrático.

Obviamente, la libertad de expresión no es un derecho absoluto, sino limitado, y entre estos límites se encuentra la dignidad humana (art. 10 CE) y el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación (art. 14 CE)¹¹⁵. El Tribunal Constitucional se pronunció sobre el balance entre estos derechos y el del artículo 20.1 CP respecto al derogado artículo 607.2 CP. Entonces anuló el tipo consistente en la difusión de ideas o doctrinas que negaran el genocidio, al entender que no afectaba a ningún bien jurídico protegido. En cambio, mantuvo la posibilidad de castigar la difusión de aquellas que justifiquen ese delito cuando inciten a cometerlo o creen un clima de violencia y hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de discriminación. De esta forma, pone de relieve que, para ser punibles, las expresiones han de fomentar un clima social de tensión que propicie la realización actuaciones concretas de carácter discriminatorio.

El Tribunal Supremo acogió esta tesis en la sentencia 259/2011, de 12 de abril, en la que declaró amparadas por la libertad de expresión todas las opiniones políticas, aunque sean contrarias al sistema democrático. En consecuencia, absolvió a los acusados por editar y distribuir publicaciones que, según la resolución impugnada, incitaban a la discriminación, el odio y la violencia contra los judíos, abogaban por la reinstauración de regímenes totalitarios y ensalzaban la simbología nazi. Pese a todo, el Tribunal consideró que no existía un peligro real para ningún bien tutelado.

Por su parte el TEDH ha atribuido el máximo valor a la libertad de expresión en el ámbito del discurso político. Bajo la cobertura de ese derecho, reconocido en el artículo 10.1 CEDH, sitúa el uso de símbolos dictatoriales, que no cabe prohibir para impedir la difusión de dicha ideología, ni siquiera cuando comporte un peligro para el orden público. No obstante, ha hecho una excepción respecto al Derecho alemán, respaldando la punición de esa conducta. Sin embargo, como ya se ha dicho, no la apoya porque entienda que induce al odio, la violencia o la discriminación contra un grupo o sus miembros, o porque ofende a su dignidad, dado que las expresiones que provocan estos efectos se sancionan en el § 130.1 StGB. La Corte estima que el § 86 a StGB, que castiga la utilización de signos de partidos u organizaciones inconstitucionales o prohibidos, es un precepto idóneo para alcanzar el objetivo, a su juicio necesario, de mostrar a los demás países la condena del Estado democrático actual de las atrocidades cometidas por el nacionalsocialismo.

Pues bien, partiendo de esta jurisprudencia, me parece indefendible la creación de un delito consistente en la exhibición de símbolos fascistas o nazis, como se ha reclamado a raíz de su exhibición en algunas concentraciones de personas afines a la extrema derecha. El uso de esos u otros signos autoritarios está, sin duda, amparado por el derecho a la libertad de expresión.

En mi opinión, la decisión adoptada por el Gobierno de impulsar la revisión los delitos que afectan al derecho a la libertad de expresión para despenalizar todas aquellas conductas que no entrañen un riesgo para el orden público o la convivencia externa es positiva. En realidad, este no solo es el criterio que mantienen tanto el Tribunal Constitucional como el TEDH, sino también el más coherente con la función que el derecho a la libertad de expresión desempeña en nuestra democracia y con el principio de *ultima ratio* del Derecho penal. Sin embargo, esa línea político-criminal, que por fin parece ajustarse al principio de proporcionalidad y se aleja de la tendencia punitiva de las últimas reformas, se vería lamentablemente ensombrecida si se introdujera aquel nuevo ilícito.

Personalmente, me resultan despreciables todas las dictaduras y creo que el único sistema político admisible es el democrático. Ahora bien, por mucho que algunos símbolos que las encarnan repugnen a una inmensa mayoría de la ciudadanía, su uso está amparado por la libertad de expresión. La mera exhibición de esos distintivos no lesiona la dignidad de las víctimas del régimen al que representan ni constituye incitación a la discriminación. Es llanamente una manera de exponer una opinión política. Por lo tanto, esa conducta no es subsumible en el artículo 510.1 CP. Por el mismo motivo, tampoco es sancionable en virtud de esta norma la distribución de esos símbolos, es decir, el acto de facilitarlos a quienes pretendan tenerlos o usarlos¹¹⁶. De ahí que no comparta la postura adoptada en la STS 675/2020, de 11 diciembre, que confirmó la condena a los acusados por el hecho de vender distintivos nazis.

El legislador debe seguir la dirección anunciada por el Ministerio de Justicia, limitando la sanción penal a los excesos en el ejercicio de la libertad de expresión que afecten a bienes jurídicos esenciales, lo que no sucede con la exhibición de símbolos autoritarios, fascistas o de otro carácter.

NOTAS

1. Sobre la excesiva criminalización de los delitos de expresión a través de las redes sociales en los últimos años, extensamente, *vid.* Miró Llinares (2017: 21 ss.). Dopico Gómez-Aller (2018: 15 ss.) también hace una síntesis muy interesante de este fenómeno
2. El presidente del Movimiento contra la Intolerancia abogaba por introducir un delito semejante al previsto en Alemania, que prohíba los símbolos contrarios a la Constitución. Diario *ABC*, 30 de septiembre de 2013. Disponible en: <<https://www.abc.es/espana/20130930/abci-simbolos-nazis-espana-201309271858.html>>.. Asimismo un sector doctrinal ha criticado que no se castiguen las consignas fascistas y la exhibición de su simbología. Diario *El País*, 1 de julio de 2017. Disponible en: <<https://www.elperiodico.com/es/politica/20170701/saludos-fascistas-tolerados-espana-delito-alemania-italia-6061594>>.
3. La coalición política Compromís propone prohibir en la futura Ley de Memoria Democrática de España la exhibición de símbolos nazis o fascistas. *Europa Press*, de 13 de octubre de 2020. Disponible en: <<https://www.europapress.es/comunitat-valenciana/noticia-compromis-propone-simbolos-nazis-fascistas-esten-prohibidos-espana-marcha-ultra-valencia-20201013151644.html>>.
4. Tras una concentración convocada por VOX en la que se mostró simbología nazi, el Ayuntamiento de Barcelona y otras entidades presentaron denuncias en el orden penal. Diario *La Vanguardia*, 9 de diciembre de 2020. Disponible en: <<https://www.lavanguardia.com/politica/20201209/6107849/barcelona-denuncia-exhibicion-simbolos-nazis-acto-vox-dia-6.html>>, y *El Periódico*, 8 de diciembre de 2020. Disponible en: <<https://www.elperiodico.com/es/politica/20201208/cuatro-entidades-denuncian-moscos-simbolos-vox-nazis-10423615>>.
5. «El Congreso de los Diputados insta al Gobierno español a: Impulsar las iniciativas legislativas oportunas para incorporar el siguiente artículo en la sección la del capítulo IV del Título XXI de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: «1. Los que desarrollen conductas de banalización, apología o enaltecimiento del franquismo, el nazismo, el fascismo, el falangismo y el nacionalcatolicismo serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. Se entenderá que incurrir en dichas conductas los que desarrollen cualquier acción, propuesta, discurso, propaganda, gesto, uso de simbología, símbolo propio o apoloético». Disponible en: <https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-317-1.PDF>. Sobre ello, ampliamente, Simón Castellano (2021: 564 ss.).
6. Diario *ABC*, 30 de septiembre de 2013. Disponible en: <<https://www.dw.com/es/las-esv%C3%A1sticasy-los-s%C3%ADmbolos-nazis-a-veces-son-legales-en-alemania/a-45099131>>. Cadena Ser, 1 de octubre de 2013. Disponible en: <https://cadenaser.com/ser/2013/10/01/espana/1380585032_850215.html>. *Nueva Revolución*, de 17 de abril de 2017. Disponible en: <<https://nuevarevolucion.es/alemania-vs-espana-los-simbolos-del-pasado/>>. *El periódico*, 1 de julio de 2017. Disponible en: <<https://www.elperiodico.com/es/politica/20170701/saludos-fascistas-tolerados-espana-delito-alemania-italia-6061594>>., *El Diario.es*, 2 de septiembre de 2018. Disponible en: <https://cadenaser.com/ser/2013/10/01/espana/1380585032_850215.html>., *El Diario.Cat*, 7 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://www.elnacional.cat/es/politica/fija-alemania-prohibicion-total-simbolos-nazis_563676_102.html>. La Sexta, 8 de febrero de 2021. Disponible en: <https://www.lasexta.com/noticias/nacional/justicia-plantea-despenalizar-delitos-libertad-expresion-visperas-ingreso-prision-pablo-hasel_202102086021a820c7101f001540ed8.html>.
7. Sobre la progresiva restricción de la libertad de expresión en nuestro país, *vid.* Comas D'Argemir (2018: 11 ss.).

8. Diario *El País*, 8 de febrero de 2021. Disponible en: <<https://elpais.com/espana/2021-02-08/el-gobierno-cambiara-la-ley-para-que-casos-como-el-del-rapero-hasel-no-tengan-penas-de-carcel.html>>. Diario *El Mundo*, 8 de febrero de 2021. Disponible en: <<https://www.elmundo.es/espana/2021/02/08/60219b5e21efa076758b4667.html>>. Diario *Público*, 8 de febrero de 2021. Disponible en: <<https://www.publico.es/sociedad/gobierno-plantea-reforma-delitos-libertad.html>>. Diario *El Confidencial*, 8 de febrero de 2021. Disponible en: <https://www.elconfidencial.com/espana/2021-02-08/justicia-delito-libertad-expresion-eliminara-prision_2941839/>. Diario *ABC*, 9 de febrero de 2021. Disponible en: <https://www.abc.es/espana/abci-justicia-revisara-delitos-sobre-libertad-expresion-y-eliminara-penas-prision-202102082124_noticia.html>.

9. Disponible en: <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-104449>>.

10. Disponible en: <<http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-182461>>.

11. «Sexagésima ley que modifica el Código penal: modernización del término «escrito» y otros términos, así como ampliación de la responsabilidad penal en virtud de los §§ 86, 86 a, 111 y 130 StGB por actos en el extranjero» («Sechzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches - Modernisierung des Schriftenbegriffs und anderer Begriffe sowie Erweiterung der Strafbarkeit nach den §§ 86, 86 a, 111 und 130 des Strafgesetzbuches bei Handlungen im Ausland»), 30 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl120s2600.pdf%27%5D__1610713160826>.

12. Disponible en: <<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw25-de-stgb-698630>>.

13. Disponible en: <<https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Schriftenbegriff.html>>. Puede verse un estudio sobre la relación entre los mensajes de miembros de extrema derecha en las redes y la producción de actos de violencia en Salzborn y Maegerle (2016: 213-231).

14. «Sexta Ley de reforma del Código penal» («Sechstes Strafrechtsänderungsgesetz»), 30 de junio de 1960. Disponible en: <https://dejure.org/BGBI/1960/BGBI_I_S_478>.. Esta ley reguló su contenido en el § 96 a StGB, pasando al § 86 a StGB con la «Octava Ley de reforma del Código penal» («Achstes Strafrechtsänderungsgesetz»), de 25 de junio de 1968. Disponible en: <https://dejure.org/BGBI/1968/BGBI_I_S_741b>. Los demás cambios fueron introducidos en la «Vigésimo primera Ley de reforma del Código penal» («Einundzwanzigstes Strafrechtsänderungsgesetz»), de 13 de junio de 1985. Disponible en: <https://dejure.org/BGBI/1985/BGBI_I_S_965>. y, la «Ley que modifica el Código penal, el Código de procedimiento penal y otras leyes» («Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und anderer Gesetze»), de 28 de octubre de 1994. Disponible en: <<https://dejure.org/gesetz/StGB/86a.html>>. Puede verse un comentario en Landa Gorostiza (1996: 529 ss.).

15. Enders y Lange (2006: 105); Poscher (2005: 1316); Stegbauer (2002: 182); Stegbauer (2007: 173); y Trips-Hebert (2014: 7).

16. Sobre los orígenes y evolución de la legislación alemana antirracista, Landa Gorostiza (1996: 532; y 2020: 16 ss.).

17. «Gesetz fiber Versammlungen und Aufzuge», de 24 de julio de 1953. Disponible en: <https://dejure.org/BGBI/1953/BGBI_I_S_684>.

18. § 4: «Está prohibido usar en público o en una reunión un signo distintivo de la antigua organización nacionalsocialista». Por su parte, el § 28 establecía una pena de prisión de hasta dos años o multa en caso de incumplimiento.

19. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 23 de octubre de 1952. Disponible en: <<https://openjur.de/u/360815.html>>.

20. Schulz (2015: 288-303).

21. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 17 de agosto de 1956. Disponible en: <<https://openjur.de/u/335396.html>>.

22. «Grundgesetz für des Bundesrepublik Deutschland», 23 de mayo de 1949, modificada por los artículos 1 y 2 de la Ley de 29 de septiembre de 2020. Disponible en: <<http://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>>.

23. Horst (1987: 460-473); Schulz (2015: 288); y Trips-Hebert (2014: 8).

24. «Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts», de 5 de agosto de 1964, reformada por la Ley de 30 de noviembre de 2020. Disponible en: <<https://www.gesetze-im-internet.de/vereinsg/BJNR005930964.html>>.

25. Trips-Hebert (2014: 8).

26. «Bundesamt für Verfassungsschutz». Disponible en: <<https://www.verfassungsschutz.de/>>.. Sobre las asociaciones prohibidas por este órgano en los últimos años, puede verse *La Nación*, 2 de septiembre de 2018. Disponible en: <<https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/esvasticas-banderas-saludo-prohibidos-nid2167986>>.

27. Güntge (2009: 769); Sternberg-Lieben (2019: 1355); y Schwarz-Friesel (2013: 143-144).

28. Pueden consultarse en Bundesamt für Verfassungsschutz (2018: 19 ss.); y Trips-Hebert (2014: 8 ss.).

29. Están prohibidos los símbolos del PKD, aunque no la hoz y el martillo, salvo que se identifiquen con este partido. La punición de los del FDJ es polémica, pues esta organización estaba prohibida en la vieja República Federal pero no en los nuevos estados federales, si bien la doctrina mayoritaria los considera sancionables. Trips-Hebert (2014: 12).

30. Die Bundesregierung, 12 de septiembre de 2014. Disponible en: <<https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/terroriliz-is-in-deutschland-verboden-426666>>. Además de los símbolos de grupos de extrema derecha e izquierda, se prohíben los de asociaciones de extranjeros islamistas o radicales, como Kurdistan-Komitee e.V., Verband der islamischen Vereine, Gemeinde e.V., Al-Aqsa e.V., y Hizb ut-Tahrir (Trips-Hebert, 2014: 9 ss.).

31. «El § 130.4 StGB no es una ley general en el sentido del artículo 5.2 de la Ley Fundamental. De acuerdo con esta norma, la libertad de expresión encuentra sus límites en las disposiciones de las leyes generales. Con esta expresión se entienden las leyes que no prohíben una opinión como tal, sino que sirven a la protección de un bien jurídico que debe tutelarse sin tener en cuenta una determinada opinión [...] Falta la generalidad de una ley cuando [...] se dirige únicamente contra ciertas creencias, actitudes o ideologías. La universalidad de la ley garantiza así una prohibición específica y estricta de la discriminación contra determinadas opiniones de conformidad con la prohibición de la discriminación o la preferencia por opiniones políticas (artículo 3.3 de la Ley Fundamental) por ser una injerencia en la libertad de expresión» (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 4 de noviembre de 2009). Disponible en: <<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/bverfg/08/2-bvr-2202-08.php>>. Sobre la jurisprudencia anterior, Ludwings, Zentgraf y Axmann (2020: 9).

32. Entiende que no es una ley general Stegbauer (2002: 183).

33. Este precepto es una manifestación de la «democracia militante» que rige en Alemania, donde se impide que las normas constitucionales se utilicen en contra del sistema democrático. Cfr. Jaschke (2004: 109 y ss); y Swistek (2001: 1 ss.).

34. Degenhart (2010: 307); y Stegbauer (2007: 176).
35. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 9 de julio de 2020. Disponible en: <<https://dejure.org/dienste/lex/StGB/86a/1.html>>.
36. Wolfgang y Schmidt (2006: 140).
37. Sternberg-Lieben (2019: 1354). Sobre la crítica doctrinal a la protección de la reputación del país a través del Derecho penal, Grünwald (1979: 293).
38. Fischer (2012: 778); Güntge (2009: 768); Kühl y Heger (2018: 710); y Stegbauer (2007: 175).
39. Fischer (2012: 778); Güntge (2009: 768); Horsch (2008: 100); Kühl y Heger (2018: 710); Stegbauer (2002: 183); Stegbauer (2007: 174); Trips-Hebert (2014: 17); y Wolfgang y Schmidt (2006: 141).
40. Fischer (2012: 778); Güntge (2009: 768); Kühl y Heger (2018: 710); Stegbauer (2002: 184); Sternberg-Lieben (2019: 1354); Trips-Hebert (2014: 6); y, Wolfgang y Schmidt (2006: 140).
41. Trips-Hebert (2014: 16).
42. Stegbauer (2002: 185).
43. Sternberg-Lieben (2019: 1359).
44. Güntge (2009: 768); y Trips-Hebert (2014: 15).
45. En Alemania suscitó controversia la condena por el § 86 a StGB de un estudiante que durante un mitin entró en un control policial vistiendo una chaqueta con una esvástica tachada con dos barras rojas, de forma similar a una señal de prohibido estacionar, para manifestar su aversión a la extrema derecha. Posteriormente, la Fiscalía ha rechazado acusar por hechos semejantes (Wolfgang y Schmidt, 2006: 140).
46. Sobre la interpretación de esta expresión en la doctrina, Hefendehl (2007: 186); y Hörnle (2007: 386 y 387).
47. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 4 de noviembre de 2009. Disponible en: <<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/bverfg/08/1-bvr-2150-08.php>>.
48. El «orden básico democrático libre» («freiheitliche demokratische Grundordnung») es el concepto central de la democracia militante, base para prohibir asociaciones y declarar la inconstitucionalidad de partidos políticos (Schulz, 2015: 288).
49. Respecto al contenido simbólico de algunos delitos alemanes relacionadas con la ideología nacional-socialista, Landa Gorostiza (2001: 107 y 108).
50. Die Bundesregierung, 12 de septiembre de 2014. Disponible en: <<https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/terroriliz-is-in-deutschland-verboden-426666>>.
51. Bundesamt für Verfassungsschutz (2018: 16).
52. Diario *El Mundo*, 24 de agosto de 2018. Disponible en: <<https://www.elmundo.es/tecnologia/2018/08/24/5b7fceb022601db46b8b4572.html>>.
53. El Tribunal Constitucional Federal alemán desarrolló originalmente su posición a partir de la concepción de la libertad de expresión garantizada en la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana, que le atribuye primacía sobre los demás derechos fundamentales (Enders, 2008: 1093).

54. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de enero de 1958. Disponible en: <<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=15.01.1958&Aktenzeichen=1%20BvR%20400%2F51>>.
55. Disponible en: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2006/06/rk20060601_1bvr015003.html>.
56. Disponible en: <<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/bverfg/08/2-bvr-2202-08.php>>.
57. Disponible en: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-182241>>.
58. Curiosamente, el tipo no se aplica a los retratos de Hitler o de Rudolf Heß, aunque sí a la cabeza de Hitler, símbolo del nazismo (Fischer, 2012: 780).
59. Para valorar esa necesidad se tiene en cuenta la proporcionalidad estricta, que depende de la severidad y naturaleza de las medidas y del efecto de desaliento en el ejercicio del derecho afectado (Cuerda Arnau, 2013: 218).
60. Puede verse un comentario en Fischer (2012: 778-779); Kühl y Heger (2018: 710); y Sternberg-Lieben (2019: 1354).
61. El artículo 9.2 prohíbe las asociaciones cuyos fines o actividades sean contrarias a las leyes penales, al ordenamiento constitucional o al entendimiento internacional. El artículo 18 prevé la posibilidad de limitar derechos fundamentales en caso de que sean usados ilícitamente contra el orden democrático liberal. El artículo 21.2 declara inconstitucionales aquellos partidos que pongan en peligro la propia existencia de la República Federal de Alemania. Y el artículo 79.3 impide cualquier reforma constitucional que afecte a la organización de la Federación en Länder, al principio de la participación de los Länder en la legislación, o a los principios enunciados en los artículos 1 y 20, donde se reconocen, respectivamente, la dignidad como inviolable y los derechos humanos como fundamento de la comunidad, y la República Federal de Alemania. Puede verse un comentario en Bilbao Ubillos (2008: 19 ss.); Camarero González (2018: 2794); Jaschke (2004: 109 ss.); Rosenfeld (2001: 40); Stratenwerth (2007: 366 y 367); y Swistek (2001: 1 ss.).
62. Disponible en: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87404>>.
63. Caso *Vajnai c. Hungría* (§ 22).
64. *Ibidem*: § 49.
65. *Ibidem*: § 51 a 58.
66. Disponible en: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107307>>.
67. Caso *Fratanoló c. Hungría* (§ 25).
68. Disponible en: <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-112446>>.
69. Diario *El País*, 30 de septiembre de 2006. Disponible en: <https://elpais.com/diario/2006/09/30/internacional/1159567207_850215.html>.
70. Caso *Fáber c. Hungría* (§.36 y 37).
71. Disponible en: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-74286&filename=001-74286.pdf>>.
72. Caso *Christians against Racism and Fascism c. Reino Unido* (§ 5).

73. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales fue adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor en 1953.

74. García Arán (2018: 877-878); Porras Ramírez (2018: 201); y Rodríguez Montañés (2012: 225).

75. Caso *Vajnai c. Hungría* (§ 21).

76. artículo 17 CEDH: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo».

77. Ampliamente, Correcher Mira (2021: 103 ss.).

78. Sobre la aplicación del artículo 17 CEDH en los casos de negación del Holocausto, Hong (2010: 93); y Roig Torres (2020a: 46 ss.).

79. Roig Torres (2020a: 27 ss.).

80. Disponible en: <<http://www.proyectos.cchs.csic.es/transitionaljustice/sites/default/files/maps/info/case-law/GARAUDY%20v.%20FRANCE.pdf>>.

81. Crítica la atribución de esta superioridad puesto que no la prevé la Constitución Vives Antón (1995a: 368 y 369).

82. STC 6/1981, de 16 de marzo (FJ 3).

83. STC 159/1986, de 16 de diciembre (FJ 6). El Tribunal opta por dicha preeminencia no por la literalidad del artículo 20 CE ni en virtud de su ubicación sistemática sistemática entre los derechos fundamentales, sino por el papel que intrínsecamente compete a la libertad de expresión en la libre formación de la opinión pública y a esta en el Estado social y democrático de Derecho (Carbonell Mateu, 1994-1995: 16). Extensamente, sobre la ponderación entre los derechos en conflicto, Mira Benavent (1995: 22 ss.).

84. Vives Antón (1977: 12; 1995b: 118; y 2018: 675).

85. STC 112/2016, de 20 de junio (FJ 2). La STC 136/1999, de 20 de julio, que resolvió el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia del Tribunal Supremo que condenó a los miembros de la mesa nacional de Herri Batasuna, puso el acento en el efecto de desaliento que la desproporción de la reacción provoca en el ejercicio del derecho fundamental (Cuerda Arnau, 2007: 18). Sobre el «efecto desaliento», además, Colomer Bea (2019: 97 ss.).

86. Puede consultarse bibliografía sobre el derecho a la libertad de expresión y la jurisprudencia constitucional al respecto en Roig Torres (2020a: 227 ss.).

87. Sobre el concepto de no discriminación y sus consecuencias, en especial la obligación de intervención positiva de las autoridades, *vid.* Añón Roig (2014: 109 ss.).

88. STC 214/1991 (FJ 8).

89. STC 176/1995 (FJ 2).

90. STC 176/1995 (FJ 5).

91. STC 235/2007 (FFJJ 6 a 9). Vives Antón señala que en esta resolución el Tribunal Constitucional solo autoriza el castigo de las conductas de negación o trivialización del genocidio cuando haya provocación o incitación. Esta doctrina será trasladable a los preceptos del Código, que deberán interpretarse

conforme a la Constitución cuando sea posible y, en los demás casos, merecen una derogación fulminante (Vives Antón, 2019a: 319-320).

92. STC 235/2007 (FJ 2).

93. Puede verse un comentario a estas sentencias en, Álvarez García (2014: 63); Corcoy Bidasolo (2012: 55 ss.); Cuerda Arnau (2008: 61 ss.); García Álvarez (2004: 52 ss.); Gómez Martín (2012: 89 ss.); Landa Gorostiza (2012: 311 ss.) y (2018: 49 ss.); Lascuraín Sánchez (2010: 69 ss.); Laurenzo Copello (1999-2000: 193); Martínez Sospedra (2000: 99 ss.); Ramos Vázquez (2009: 120 ss.); y Sainz-Díez De Ulzurrun Escoriaza (2009: 310 ss.).

94. STC 235/2007 (FJ,4). La misma postura se mantiene en las SSTC 48/2003, de 12 de marzo (FJ 7), 12/2008, de 29 de enero (FJ 6), 126/2009, de 21 de mayo (FJ 9) y 42/2014, de 25 de marzo (FJ 4).

95. Sobre esta jurisprudencia, pueden consultarse excelentes trabajos citados en Roig Torres (2020b: 1 ss.).

96. Vives Antón (2011: 824 y 825) señala que no cabe atribuir a los actos de expresión las consecuencias que de ellos deriven a causa de las acciones de otros realizadas en virtud de un proceso de deliberación racional y libre.

97. ATC 4/2008, de 9 de enero (FJ 7), SSTC 112/2016, de 20 de junio (FJ 3), y 35/2020, de 25 de febrero (FJ 4).

98. STS 259/2011, de 12 de abril (FFJJ 1 y 2).

99. STS 223/2020, de 24 de septiembre (FJ 4).

100. Para una crítica a la configuración de los «delitos de odio» como delitos de peligro abstracto, *vid.* Díaz y García Conlledo (2018: 19).

101. STS 675/2020 (FJ 1).

102. El recurso al «discurso de odio» se ha utilizado para etiquetar aquellas conductas contra las que reacciona la sociedad con el fin de excluirlas de la libertad de expresión y justificar su punición (Cancio Meliá y Díaz López, 2019: 96 ss.).

103. STS 72/2018 (FJ único). Carbonell Mateu (2018: 1421 ss.) señala que los delitos que solo afectan a sentimientos no pueden superar un test de constitucionalidad, puesto que la libertad de expresión no está justificada. *Vid.* también, Alcácer Guirao (2018: 6-7; y 2019: 4); Fuentes Osorio (2017: 131 ss.); García Arán (2018: 867 ss.); y Sáez Valcárcel (2018: 3 ss.).

104. STS 646/2018 (FJ Único).

105. «Pues bien, en cuanto que se da por probado que estos acusados, a través de sus entidades, tenían por actividad la edición y distribución del referido material, tanto de manera presencial en su establecimiento, como por medio de redes sociales, no habrá dificultad para entender que están promoviendo, favoreciendo o facilitando su puesta a disposición pública, así como que la publicidad que de esta actividad realizan es una manera de incitar al consumo de dicho material, conscientes de que su contenido es potencialmente peligroso, que en esto cabe sintetizar la conducta punible, por más que ellos no fueran autores de ese material que difunden, pero que, porque lo difunden, les reportaba pingües beneficios» (STS 675/2020 (FJ 2)).

106. En este precepto se persiguen las conductas racistas y xenófobas, sin abarcar más ampliamente otras conductas discriminatorias. Al respecto, Landa Gorostiza (2004: 65). Sobre la diferencia entre la regu-

lación del racismo y de la discriminación en las legislaciones europeas, puede consultarse Borja Jiménez (1999: 244 ss.).

107. Esta modalidad implica una inducción enérgica que requiere una intervención concluyente y expresa sobre otra persona con el objetivo de hacer nacer en ella la determinación de llevar a cabo ciertas acciones (Garro Carrera, 2018: 44).

108. Como indica Correcher Mira, en este marco adquiere un papel preponderante el concepto de *guerra cultural*, que reenvía a la existencia de disputas derivadas de opiniones enfrentadas sobre cuestiones sensibles para la vida social (Correcher Mira, 2020: 168).

109. Como señala Martínez Garay, en esta materia la tendencia a ofrecer seguridad a los ciudadanos a través del Derecho penal ha conducido a un cambio desafortunado en la concepción de los derechos fundamentales y en el principio de proporcionalidad. Ampliamente, Martínez Garay (2020: 513 ss.).

110. Por ejemplo, la STS 4/2017, de 18 de enero, dejó sin efecto la SAN de 18 de julio de 2016, que absolvió al cantante que ensalzó los atentados de GRAPO y de ETA y le condenó por un delito de humillación a las víctimas del artículo 578.1 CP. En cambio, la STS 95/2018, de 26 de febrero, casó la SAN 9/2017, de 29 de marzo, que condenó a la acusada por ese mismo delito por difundir imágenes y chistes relativos al atentado de Carrero Blanco. El Tribunal Supremo alegó que, considerando el tiempo transcurrido, podía considerarse ya un suceso histórico, estimando innecesaria la intervención penal.

111. SSTS 354/2017, de 17 de mayo, 52/2018, de 31 de enero, 135/2020, de 7 de mayo y 291/2020, de 10 de junio.

112. STS 135/2020 (FJ 2).

113. La demanda social es una lógica expresión de solidaridad ante el dolor de víctimas de conductas execrables frente a las que brotan sentimientos de venganza, fácilmente manipulables por los poderes fácticos. Pero el Estado surge como una institución que sustituye esa reacción impulsiva por una respuesta racional que parte de que la libertad ha de sacrificarse lo menos posible (Vives Antón, 2019b: 104-105).

114. Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario socialista. Disponible en: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-190-1.PDF>; y Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea. Disponible en: <https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-317-1.PDF> Esta última requiere incitación al odio, violencia o intimidación. Sobre estos textos, León Alapont (2020: 1 ss.); y Roig Torres (2020b: 6 ss.).

115. Al valorar estos límites debe tenerse en cuenta la naturaleza del bien jurídico protegido que lo fundamenta y, en particular, el contenido del artículo 20.4 CE (Teruel Lozano, 2015: 8-9).

116. Como indica Portilla Contreras, se ha hecho una desafortunada interpretación de este precepto, utilizándolo para la persecución del pensamiento político disidente. Ampliamente, Portilla Contreras (2017: 87 ss.).

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2018): «Si Bryan levantara la cabeza», *Boletín Juezas y Jueces para la Democracia*, 6-7.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2019): «Símbolos y ofensas. Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-15, 1-38.

- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (2014): «La nueva reforma penal de 2013», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 6, 16-71.
- AÑÓN ROIG, María José (2014): «The antidiscrimination principle and the determination of disadvantage», *The Age of Human Rights Journal*, 2, 109-128, [en línea] <<https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/TAHRJ/article/view/1406>>. [Consulta: 22/02/2021.]
- BILBAO UBILLOS, Juan María (2008): «La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión», *Revista de Derecho Político*, 71-72, 17-56.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano (1999): *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, Granada: Comares.
- BUNDESAMT FÜR VERFASSUNGSSCHUTZ (2018): *Rechtsextremismus: Symbole, Zeichen und verbotene Organisationen*, Köln [en línea] <<https://www.verfassungsschutz.de/embed/broschuere-2018-10-rechtsextremismus-symbole-zeichen-und-verbotene-organisationen.pdf>>. [Consulta: 9/02/2021.]
- CAMARERO GONZÁLEZ, Gonzalo (2018): «De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución. Arts. 510 al 521», en A. Del Moral García (dir.) y R. Escobar Jiménez (coord.), *Código penal. Comentario y jurisprudencia*, Madrid: Dykinson, 2792-2826.
- CANCIO MELIÁ, Manuel y Juan Alberto DÍAZ LÓPEZ (2019): *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista?*, Cizur Menor: Aranzadi.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos (1994-1995): «Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, 18, 7-44. [en línea] <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2104173>>. [Consulta: 15/01/2021.]
- (2018): «Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal. El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas “más allá de la provocación y la injuria”», en *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. H.c. Juan M^a Terradillos Basoco*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1413-1432.
- COLOMER BEA, David (2029): «La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 41, 97-116.
- COMAS D'ARGEMIR, Montserrat (2018): «Conflicto entre la libertad de expresión y los delitos de opinión», *Boletín Juezas y Jueces para la Democracia*, 11-14.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (2012): «Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales», *Revista de Derechos Fundamentales*, 8, 45-76.
- CORRECHER MIRA, Jorge (2020): «Discurso del odio y minorías: redefiniendo la libertad de expresión», *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 28, 166-191.
- (2021) «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», 2, *InDret*, 2, 86-149.
- CUERDA ARNAU, María Luisa (2007): «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento», *Revista General de Derecho Penal*, 8, 1-43.
- (2008) «Terrorismo y libertades políticas», *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 3, 61-97.
- (2013) «Libertad de expresión y crítica política a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 13, 215-232.
- DEGENHART, Christoph (2010): «Verfassungssrechts», *Juristen Zeitung*, 6, 306-310.
- DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (2018): «El discurso del odio y el delito de odio de los arts. 510 y 510 bis del Código penal: necesidad de limitar», *Boletín Juezas y Jueces para la Democracia*, 18-21.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (2018): «Desconciertos de Brandemburgo», *Boletín Juezas y Jueces para la Democracia*, 15-17.
- ENDERS, Christoph (2008): «Die Freiheit der Andersdenkenden vor den Schranken des Bundesverwaltungsgerichts», *Juristen Zeitung*, 8, 1092-1099.

ENDERS, Christoph y LANGE, Robert (2006): «Symbolische Gesetzgebung im Versammlungsrecht?», *Juristen Zeitung*, 3, 105-156.

FISCHER, Thomas (2012): *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München: C.H.Beck.

FUENTES OSORIO, José Luis (2017): «Concepto de odio y sus consecuencias penales», en F. Miró LLinares (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, Madrid: Marcial Pons, 131-154.

GARCÍA ARÁN, Mercedes (2018): «De las reformas bienintencionadas con resultados represivos: el delito de promoción del odio», en F. Morales Prats, J.M. Tamarit Sumalla y R. García Albero (coords.), *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Cizur Menor: Aranzadi, 867-881.

GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora (2004): *El Derecho penal y la discriminación*, Valencia: Tirant lo Blanch.

GARRO CARRERA, Enara (2018): «Los discursos de odio en el ordenamiento jurídico penal alemán: el “laberinto dogmático” del tipo de incitación a la población del § 130 StGB», en J.M. Landa Gorostiza y E. Garro Carrera (coords.), *Delitos de odio. Derecho comparado y regulación española*, Valencia: Tirant lo Blanch.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor (2012): «Discurso del odio y principio del hecho», en S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo (dir.), *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 89-120.

GRÜNWARD, Gerald (1979): «Meinungsfreiheit und Strafrecht», *Kritische Justiz*, (12), 3, 291-301.

GÜNTGE (2009): «§ 86 a StGB», en H. Satzger, B. Schmitt y G. Widmaier: *Strafgesetzbuch Kommentar*, München: Carl Heymanns, 767-773.

HEFENDEHL, Ronald (2007): «El bien jurídico como eje material de la norma penal», en R. Hefendehl (coord.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 179-196.

HONG, Mathias (2010): «Hassrede und extremistische Meinungsäußerungen in der Rechtsprechung des EGMR und nach dem Wunsiedel-Beschluss des BverfG», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 70, 73-126. [en línea] <https://www.zaoerv.de/70_2010/70_2010_1_a_73_126.pdf>. [Consulta: 16/02/2021.]

HÖRNLE, Tatjana (2007): «La protección de sentimientos en el StGB», en R. Hefendehl (coord.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 383-402.

HORSCH, Andreas (2008): «Das Bundesverfassungsgericht, die Ähnlichkeit im Sinne des § 86 a Abs. 2 Satz 2 StGB oder: Zeit für die Entdeckung der Lebenswirklichkeit», *Juristische Rundschau*, 3, 99-104.

HORST, Meier (1987): «Als die Demokratie streiten lernte. Zur Argumentationsstruktur des KPD-Urteils von 1956», *Kritische Justiz*, (20)4, 460-473.

JASCHKE, Hans Gerd (2004): «Die Zukunft der «streitbaren Demokratie»», *Totalitarismus und Demokratie*, 1, 109-123.

KÜHL, Kristian y HEGGER, Martin (2018): *Strafgesetzbuch Kommentar*, München: C.H.Beck.

LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena (1996): «La regulación penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras la nueva “Ley de Lucha contra la Criminalidad” (Verbrechensbekämpfungsgesetz) de 28 de octubre de 1994», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XLII, 529-589.

– (2001) *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal*, Granada: Comares.

– (2004) «Racismo, xenofobia y Estado democrático», *Eguzkilore*, 18, 59-71.

– (2012) «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 7, 297-346.

– (2018) *Los delitos de odio*, Valencia: Tirant lo Blanch.

– (2020) «Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contracorriente», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22, 1-34.

- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (2010): «La libertad de expresión tenía un precio. (Sobre la STC 235/2007, de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6, 69-78.
- LAURENZO COPELLO, Patricia (1999-2000): «La protección penal frente a las conductas racistas y xenófobas», en J. Soroeta Liceras (ed.), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, II, San Sebastián: Universidad del País Vasco, 179-196.
- LEÓN ALAPONT, José (2020): «Defensa de regímenes totalitarios: aspiraciones punitivas en tiempos democráticos», *Diario La ley*, 9572, 1-11.
- LUDWINGS, Markus, Patricia ZENTGRAF y Matea AXMANN, (2020): *Entscheidungssammlung Staatsrecht -Grundrechte-*, Universität Würzburg, [en línea] <<https://opus.bibliothek.uni-wuerzburg.de/frontdoor/index/index/docId/21190>>. [Consulta: 12/03/2021.]
- MARTÍNEZ GARAY, Lucía (2020): «Terrorismo, proporcionalidad, seguridad y derechos fundamentales», en J.L. González Cussac (dir.) y J. León Alapont (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 513-532.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel (2000): «Aplatar la serpiente en el huevo. Acerca de la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 607.2 del CP», *Revista General de Derecho*, 664-665, 99-116.
- MIRA BENAVENT, Javier (1995): *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MIRÓ LLINARES, Fernando (2017): «Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión», en F. Miró Llinares (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, Madrid: Marcial Pons, 21-65.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (2017): «El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas», en F. Miró Llinares (dir.): *Cometer delitos en 140 caracteres*, Madrid: Marcial Pons, 87-105.
- POSCHER, Ralf (2005): «Neue Rechtsgrundlagen gegen rechtsextremistische Versammlungen», *Neue Juristische Wochenschrift*, (58), 19, 1316-1318.
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio (2009): «La declaración de inconstitucionalidad del delito de «negacionismo» (art. 607. 2 del Código Penal)», *Revista Penal*, 23, 120-137.
- PORRAS RAMÍREZ, José María (2018): «El “discurso del odio” como límite a la libertad de expresión en Europa», *Revista Direito Público*, (14), 80, 196-213.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa (2012): *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ROIG TORRES, Margarita (2020a): *Delimitación entre libertad de expresión y «discurso del odio»*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2020b) «El delito de apología y exaltación del franquismo. Contraste con la regulación alemana», *Revista General de Derecho Penal*, 33, 1-51.
- ROSENFELD, M. (2001): «Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis», *Cardozo Law School*, 1522-1567. [en línea] <<https://core.ac.uk/download/pdf/230446528.pdf>>. [Consulta: 21/04/2021.]
- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA, Jaime (2009): «El peligro de las palabras. A propósito del delito de apología del genocidio», en A. Cuerda Riezu y F. Jiménez García (dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional*, Madrid: Tecnos, 283-332.
- SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón (2018): «La libertad de expresión», *Boletín Jueces y Jueces para la Democracia*, 3-5.
- SALZBORN, Samuel y Anton MAEGERLE (2016): «Die dunkle Seite des www: Rechtsextremismus und Internet», *Zeitschrift für vergleichende politikwissenschaft*, 10, 213-231.
- SCHWARZ-FRIESEL, Monika (2013): «Dies ist kein Hassbrief —sondern meine eigene Meinung über Euch!— Zur kognitiven und emotionalen Basis der aktuellen antisemitischen Hassrede», en J. Meibauer (Hrsg.), *Hassrede/Hate Speech. Interdisziplinäre Beiträge zu einer aktuellen Diskussion*, Gießener Elektro-

nische Bibliothek, 143-164. [en línea] <<http://geb.uni-giessen.de/geb/volltexte/2013/9251/>>. [Consulta: 12/02/2021.]

SCHULZ, Sarah (2015): «Die freiheitliche demokratische Grundordnung — strafrechtliche Anwendbarkeit statt demokratischer Minimalkonsens», *Kritische Justiz*, (48), 3, 288-303.

SIMÓN CASTELLANO, Pere (2021): «La libertad de expresión como límite a la respuesta penal frente al discurso político. Sobre el delito de apología y exaltación del franquismo», en J. León Alapont (dir.), *Temas clave de Derecho penal*, Barcelona: Bosch, 557-586.

STEGBAUER, Andreas (2002): «Rechtsextremistische Propaganda und das Kennzeichenverbot des § 86 a StGB», *Juristische Rundschau*, 5, 182-188.

– (2007) «The Ban of Right-Wing Extremist Symbols According to Section 86 a of the German Criminal Code», *German Law Journal*, 2, 173-184. [en línea] <<https://germanlawjournal.com/volume-08-no-02/>>. [Consulta: 17/01/2021.]

STERNBERG-LIEBEN (2019): «§ 86 a StGB», en A. Schönke y H. Schröder: *Strafgesetzbuch Kommentar*, München: C.H. Beck, 1353-1359.

STRATENWERTH, Günter (2007): «La criminalización contra los bienes jurídicos colectivos», en R. Hefendehl (coord.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 365-372.

SWISTEK, Göran (2001): *Die Konzeption der «streitbaren Demokratie» im Grundgesetz und im Öffentlichen Dienst der Bundesrepublik Deutschland. Grenzen von Partizipation und Pluralismus in Deutschland*, Hamburg. [en línea] <<https://www.grin.com/document/230333>>. [Consulta: 15/01/2021.]

TERUEL LOZANO, Germán Manuel (2015): «La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal», *InDret*, 4, 1-51.

TRIPS-HEBERT, Roman (2014): *Das strafbare Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen. § 86 a StGB im Spiegel der Rechtsprechung*, Wissenschaftliche Dienste, Deutscher bundestag, 1-20. [en línea] <https://www.bundestag.de/resource/blob/195550/4db1151061f691ac9a8be2d9b60210ac/das_strafbare_verwenden_von_kennzeichen_verfassungswidriger_organisationen-data.pdf>. [Consulta: 16/01/2021.]

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (1977): *Libertad de prensa y responsabilidad criminal. (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de imprenta)*, 14, Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense.

– (1995a): *La libertad como pretexto*, Valencia: Tirant lo Blanch.

– (1995b): «La libertad de expresión e información. Límites penales», en M. Ramírez Jiménez (coord.), *El derecho a la información: teoría y práctica*, Zaragoza: Libros Pórtico, 111-119.

– (2011): *Fundamentos del sistema penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

– (2018): «La libertad y las libertades», en J.M. Suárez López, J. Barquín Sanz, I.F. Benítez Ortúgar, M.J. Jiménez Díaz, y J.E. Sainz-Cantero Caparrós (coords.): *Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. D. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, I, Madrid: Dykinson, 669-677.

– (2019a): en J.L. González Cussac (coord.): *Derecho penal. Parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 319-320.

– (2019b): *Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la justicia*, Valencia: Tirant lo Blanch.

WOLFGANG, Kahl y Reiner SCHMIDT (2006): «Neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Umweltrecht», *Juristen Zeitung*, 3, 140-143.

Fecha de recepción: 24 de marzo de 2021.

Fecha de aceptación: 21 de mayo de 2021.

CONSIDERACIONES JURÍDICO-FILOSÓFICAS SOBRE *LEVIATÁN*, DE ANDRÉI ZVYAGINTSEV: NIHILISMO Y CRISIS DEL ESTADO MODERNO
LEGAL-PHILOSOPHICAL CONSIDERATIONS ABOUT ANDREY ZVYAGINTSEV'S LEVIATHAN: NIHILISM AND CRISIS OF THE MODERN STATE

Álex Corona Encinas

*Investigador postdoctoral
Universidad de Navarra, ICS
Cátedra Álvaro d'Ors*

RESUMEN

El presente trabajo trata de ofrecer un análisis desde el punto de vista jurídico y filosófico del filme *Leviatán* (Andrey Zvyagintsev, 2014). Para ello, se explora la importancia de la figura jurídica de la expropiación forzosa como elemento argumental de la obra, así como la visión crítica de la sociedad contemporánea rusa en materias tales como la corrupción política, la separación de poderes, las relaciones entre el poder político y la Iglesia ortodoxa, y la crisis de valores morales y de la familia como institución social fundamental. Del mismo modo, se examinan algunas referencias bíblicas y filosóficas presentes en el largometraje que pueden contribuir a la reflexión en torno a conceptos y temas fundamentales del ámbito iusfilosófico.

PALABRAS CLAVE

Derecho y cine, *Leviatán*, Andréi Zvyagintsev, expropiación, Estado moderno, separación de poderes.

ABSTRACT

This study intends to offer an analysis of the film *Leviathan* (Andrey Zvyagintsev, 2014) from a legal and philosophical point of view. Therefore, it explores the relevance of the forceful expropriation as a storyline element, as well as the critical view of the contemporary Russian society, especially in subjects as political corruption, separation of powers, the relationship between political power and the Orthodox Church, the collapse of moral values and of the family as a key social institution. In the same way, we examine several biblical and philosophical references displayed in the film which can contribute to the critical thinking about key concepts and topics of legal philosophy.

KEYWORDS

Law and Film, *Leviathan*, Andrey Zvyagintsev, expropriation, modern State, separation of powers.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2021.034>

CONSIDERACIONES JURÍDICO-FILOSÓFICAS SOBRE *LEVIATÁN* DE ANDRÉI ZVYAGINTSEV: NIHILISMO Y CRISIS DEL ESTADO MODERNO

Álex Corona Encinas

Investigador postdoctoral
Universidad de Navarra, ICS
Cátedra Álvaro d'Ors

Sumario: 1. Introducción. El Derecho y la expropiación forzosa como elementos narrativos. 2. El leviatán de Job. Corrupción y mecanismos de poder en la Rusia contemporánea. 3. Relaciones entre poder político y religioso. Familia, fe y razón en la obra de Andréi Zvyagintsev. 4. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO Y LA EXPROPIACIÓN FORZOSA COMO ELEMENTOS NARRATIVOS

Durante las últimas décadas ha cobrado especial vigor una corriente que pretende vincular el discurso jurídico y el cine con el fin de articular un renovado método de reflexión y debate aplicable a múltiples áreas del Derecho¹. A partir de los postulados de autores como el pensador galo Alain Badiou, que defienden una concepción del cine como una experiencia filosófica que trascienda el mero entretenimiento (Badiou, 2004), se persigue superar los enfoques científicos más tradicionales, basados principalmente en el análisis de la técnica y, en otros casos, en el devenir histórico de las diversas corrientes artísticas y de la industria cinematográfica. Aunque es necesario señalar la pertinencia de la indagación en las interrelaciones entre cine y Derecho para construir una herramienta didáctica capaz de contribuir a la innovación en el marco de la docencia², el presente trabajo encuentra su

razón de ser en el análisis sistemático del factor narratológico y en la conexión del cine con las ciencias jurídicas en aras del fomento de una visión crítica del Derecho y del arte, pues, como bien expresa Javier de Lucas, «[...] el lenguaje del cine es un instrumento de primer orden para transmitir cuanto está en el núcleo del Derecho» (De Lucas, 2014: 117). Desde esta perspectiva, nos aproximaremos a la obra *Leviatán* (*Leviafan*, 2014), del director ruso Andréi Zvyagintsev.

En esta producción, el cineasta ruso presenta una historia protagonizada por Nikolái, un hombre de mediana edad que reside junto a su familia en un pequeño pueblo a orillas del mar de Barents, al norte de Rusia. La vida de Nikolái se ve perturbada por la ambición del alcalde de la localidad, que ansía apropiarse del terreno en el que se ubica la vivienda del protagonista. Inicialmente, el mandatario local intenta adquirir la parcela, pero la negativa de Nikolái precipita una serie de acontecimientos que se analizarán con posterioridad.

Por su singular naturaleza, el filme que analizaremos presenta un especial interés desde el punto de vista jurídico-filosófico. En *Leviatán*, Zvyagintsev se aleja del registro metafísico de su primer largometraje, *El regreso* (*Vozvrashcheniye*, 2003), que suscitó comparaciones entre Zvyagintsev y el célebre realizador Andréi Tarkovski (Condee, 2016: 568) y fue el germen de estudios académicos de diversa índole³, para adentrarse en una óptica afincada en el análisis social y ético en la que el Derecho y la Administración de Justicia desempeñan un papel clave. El director recurre en *Leviatán* (*Leviafan*, 2014) a la utilización de recursos simbolistas; no obstante, su evolución hacia un estilo de cariz más realista —puesto al servicio de una temática de tintes claramente sociopolíticos— favorece la comprensibilidad del empleo de esos recursos por parte del espectador.

En todo caso, en *Leviatán*, Zvyagintsev consolida su reputación de «[...] author interested in issues of moral responsibility and ethical choice» (Vassilieva, 2018: 1), tendencia que se ha visto refrendada en su último largometraje, *Sin amor* (*Nelyubov*, 2017). Lo cierto es que *Leviatán* constituye un aparte rupturista en la carrera del director, pues los visos de crítica política y el enfoque social desde un menos introspectiva contrastan claramente con las aproximaciones más intimistas que hasta entonces había presentado en su filmografía.

El interés estrictamente jurídico de la película arranca al comienzo de la misma y está vinculado, como ya se ha dicho, por la controversia derivada de la expropiación forzosa de un terreno de Nikolái por parte de la Administración en una localidad de la Rusia rural, actuación que motiva que el perjudicado acuda la vía judicial en defensa de sus intereses. En este tramo, la cinta es explícita y ahonda en los detalles relativos a un procedimiento que, deducimos, se encuentra en fase de apelación al inicio de la historia.

Un análisis de la escenificación del dictado de la sentencia por el tribunal al inicio del largometraje suscita una serie de consideraciones sobre la Administración de Justicia y el papel desempeñado por el Estado. En primer lugar, merece ser destacado el detallismo del desarrollo de la escena. A partir de la exposición realizada por el tribunal, conocemos que el juzgado de la localidad rural de Pribrezhny es el órgano competente para resolver en segunda instancia sobre la impugnación de un particular (Nicolái) de la expropiación forzosa de un fundo de su propiedad, que será destinado a la construcción un centro de

telecomunicaciones, tal y como declara la fundamentación jurídica de la resolución. En su extensa explicación, la jueza competente en el asunto especifica que la demanda del perjudicado se cimenta en aspectos formales —entre ellos la violación del plazo de notificación (de al menos un año de antelación) para iniciar el procedimiento de expropiación—, pero también en razones decididamente sustantivas como el incumplimiento de los trámites necesarios para la determinación del justiprecio de acuerdo con la preceptiva evaluación realizada por de la Administración local. A todo ello se añade el hecho de que, de acuerdo con la argumentación esgrimida por el abogado del perjudicado, la Administración no ha tomado en consideración la valoración del terreno realizada por un experto independiente —y aportada por el demandante—, estimación de acuerdo con la cual Nikolái debería recibir una indemnización sensiblemente superior.

El tribunal prosigue con su alocución y señala que, con base en la argumentación del apelante, la decisión del tribunal de primera instancia no ha tenido en cuenta debidamente los gastos derivados de la mejora de las propiedades, así como el lucro cesante originado en la actividad profesional desarrollada en la parcela, amén del daño emergente derivado de las responsabilidades contraídas con terceras partes. Finalmente, el órgano judicial desestima la pretensión del apelante y confirma la decisión tomada por el tribunal *a quo*.

Resulta particularmente llamativo que, durante toda la escena, el director obvie cualquier intervención de la representación de las partes en el procedimiento y se centre en el planteamiento de la fundamentación jurídica de la decisión y en el propio fallo del tribunal. La intervención de la magistrada se basa, en todo momento, en una lectura rutinaria y flemática que refuerza una sensación de mecanicismo y parece transmitir la impresión de que, en algún sentido, la decisión judicial no es del todo autónoma. Zvyagintsev imprime un carácter claramente realista a la escena, en la medida en que acentúa el registro burocrático de la acción y su acusada impronta técnico-jurídica (son numerosas las alusiones al articulado del Código Civil ruso y a la legislación procesal de aplicación al asunto), estrategia mediante la que el realizador pone en evidencia el distanciamiento entre la Administración de Justicia y los administrados legos en Derecho. En este sentido, el encuadre utilizado durante la mayor parte de la secuencia —que, a través del *zoom*, va centrándose en la figura del tribunal hasta prescindir de las partes implicadas—, así como la localización de la escena en una sala de reducido espacio, contribuyen a transmitir una visión deshumanizada de la Administración de Justicia que evoca claramente algunos pasajes de *El proceso* (*Der Prozess*), la novela de Franz Kafka.

Es interesante apuntar que, pese a la asunción de que el problema de la expropiación que sirve de detonante argumental del filme pudiera servir como un reflejo de buena parte de los males que aquejan a la Rusia post-*Perestroika* en materia de inseguridad jurídica e indefensión frente a la Administración, el realizador, también partícipe del guion, asegura que inicialmente planteó la historia a partir del caso de Marvin John Heemeyer, ciudadano del estado norteamericano de Colorado que, como resultado de una controversia con la Administración local, decidió demoler varios edificios públicos y privados antes de suicidarse⁴. Vemos, pues, que si bien *Leviatán* plasma conflictos morales tomando como referencia la Rusia contemporánea, en muchos casos estos tienen un carácter universal,

como se verá más abajo. La declarada inspiración de la película en un episodio real puede complementarse con su posible relación con la novela breve *Michael Kohlhaas*, de Heinrich von Kleist, basada, a su vez, en un hecho verídico, y en la que el relato de la búsqueda de justicia por parte del protagonista escrito en un estilo existencialista guarda cierta similitud con *Leviatán*.

En efecto, una problemática de índole jurídica alejada de los esquemas cinematográficos más habituales (el Derecho de familia o sucesiones y el siempre popular Derecho penal son los principales marcos contextuales de la narrativa cinematográfica de temática jurídica) es el elemento en torno al cual se fundamenta, en buena medida, el desarrollo narrativo del largometraje, y esta referencia no constituye un mero recurso accesorio, fungible o desechable en la trama, sino que permanece latente a lo largo de toda la obra como un elemento sustancial.

Sin solución de continuidad, el alcalde la localidad, Vadim Shelevyat, es informado del fallo y, paralelamente, Dimitri, el abogado de Nikolái y amigo de juventud del protagonista, asume que el sentido de la decisión judicial no ha sido otro que el esperado, por lo que será necesario negociar con el mandatario local en un ámbito extrajudicial. Zvyagintsev no omite referencias a la ligazón entre el poder judicial y el político, y sugiere asimismo que la policía local actúa bajo los dictados del regidor municipal. El personaje de Vadim responde al arquetipo del cacique local, muy habitual en la narrativa de trasfondo político ambientada en casi cualquier contexto. Hombre de mediana edad, Vadim encarna el continuismo orgánico de una generación que se ha perpetuado en las nuevas instituciones rusas una vez fenecida la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y cuya actuación es, no obstante, heredera de los peores rasgos de dicho sistema, entre ellas, destacadamente, la corrupción y las patologías presentes en una teórica separación de poderes cuyas perspectivas futuras ya se aventuraban a finales de la pasada centuria (Weisman, 1995: 138). De igual modo, este personaje se asemeja a los moralistas políticos de la teoría político-moral kantiana, quienes, según el filósofo germano, subordinan los principios al fin e invalidan, así, cualquier propósito de conciliar la moral con la política (Kant, 2014).

Es este un modo de representar un Estado inexorable, que Zvyagintsev define como una «máquina de impunidad horrible e invencible»⁵ de la que nadie puede escapar y cuya naturaleza quedará patente durante todo el filme, especialmente en episodios como el de la posterior detención de Nikolái, llevada a cabo de forma manifiestamente irregular. Se constata, pues, otro aspecto de la conflictividad latente en el Estado moderno, en el que se adivinan ecos de la discusión entre Hegel y Kierkegaard en torno a la concepción de la libertad y la «negación de la subjetividad» (Rohrmoser, 1964: 5). La contraposición entre el aparato estatal y los derechos fundamentales de los individuos es clara en la cinta, como sostiene el propio director cuando observa que, con independencia de la tipología del poder, su ejercicio conlleva, en ocasiones, «[...] a collision between a little person and a vast structure, the Leviathan» (Rohter, 2014). De nuevo, la analogía con *El proceso* de Franz Kafka parece clara.

En el plano jurídico, la injerencia de esa vasta estructura del poder lleva aparejada una perceptible sensación de inseguridad jurídica entre los ciudadanos y los operadores jurídicos cuyo corolario es el robustecimiento de la sensación de indefensión, inevitabilidad y claudicación que aflige a los personajes. Como contrapunto a los engranajes del poder, Zvyagintsev presenta una dupla de personajes integrada por Nikolái y su abogado Dimitri. Como hemos advertido con anterioridad, el director huye de convencionalismos y presenta unos personajes distanciados del ideal de paladín de la justicia social, de actualidad en algunas de las tendencias narrativas más recientes. La verdadera novedad en el enfoque ofrecido por Zvyagintsev en *Leviatán* radica, pues, en el implacable nihilismo que caracteriza a todos sus personajes, que se alejan de esquemas maniqueos más tradicionales y se sitúan en una zona gris desde una óptica moral, puesto que todos ellos adolecen de «agudos defectos morales» (Vassilieva, 2018: 4). Así, el espectador constata que incluso el alcalde, Vadim, personaje cuyos cuestionables (cuando no directamente censurables) principios éticos lo configuran como un arquetipo antagónico a la justicia, experimenta momentos de duda y debilidad durante alguna de sus reuniones con el obispo.

De resultas del planteamiento inicial, el espectador comprende que Nikolái únicamente pretende conservar un terreno en el que reside y al que su familia ha estado vinculada durante generaciones, pero, a diferencia del Job del relato bíblico, se revela como un personaje con numerosos defectos. En el filme queda en evidencia que Nikolái no es especialmente cariñoso con su familia; es alcohólico, fumador, impulsivo y, con frecuencia, violento. Por su parte, Dimitri, abogado y amigo de juventud llegado desde Moscú para representar a Nikolái, parece ajustarse, en un principio, al arquetipo del abogado que defiende con firmeza el Derecho y la moral frente al poder de determinadas fuerzas de la sociedad, cuyos máximos exponentes en el cine clásico quizá sean el Atticus Finch de *Matar a un ruiseñor* (*To Kill a Mockingbird*, 1962) y el Ransom Stoddard de *El hombre que mató a Liberty Valance* (*The Man Who Shot Liberty Valance*, 1962). Pero Zvyagintsev pone pronto de relieve el relativismo moral que también caracteriza la actuación del abogado y muestra que, a la postre, opta por inhibirse ante el conflicto moral desencadenado a partir de su intento de coacción al alcalde, ello al margen del adulterio que comete con Lilya, esposa de Nikolái. Tanto Nikolái como Dimitri reflejan una compleja situación de crisis acentuada por las circunstancias, pero enraizada en la naturaleza misma de cada individuo (Hristova, 2020: 23) que, en el caso particular del abogado, simboliza la claudicación de la justicia ante el poder político.

En último término, todos los personajes quedan irremediabilmente marcados por la coyuntura originada por una controversia jurídica, pero, sobre todo, por su colisión con unos dispositivos de poder caracterizados por la arbitrariedad y por su naturaleza irresistible. A través de estos elementos, *Leviatán* ofrece un sugestivo contexto para la reflexión iusfilosófica.

2. EL LEVIATÁN DE JOB. CORRUPCIÓN Y MECANISMOS DE PODER EN LA RUSIA CONTEMPORÁNEA

Como ya se ha señalado, la corrupción, arraigada en todos los estratos de las instituciones rusas es una constante en *Leviatán* y está singularmente personificada en la figura del alcalde Vadim. Los intentos del Gobierno de Putin por reconstruir la confianza en el sector público (Cook, 2003: 25) y las sucesivas reformas del modelo federal en pos de un mayor centralismo y una disminución del poder de los líderes regionales (Taylor, 2011: 144) y del faccionalismo no han evitado que la corrupción continúe siendo un problema estructural en la Rusia actual y que sea percibido de ese modo por la ciudadanía, impresión que se manifiesta con claridad en las apreciaciones de varios de los personajes que componen el *dramatis personae* de *Leviatán*. Sobre esta cuestión, Anderson observa:

«By almost any numerical measure, Russia enjoys the dubious distinction of being the most corrupt economic and political system among the major economic powers, consistently outperforming even seasoned veterans of corruption such as Italy and Japan» (Anderson, 2012: 71).

Por este motivo, se representa un poder casi omnímodo en el que la Administración local extiende su radio de influencia (o, más bien, de control) al poder judicial y a las fuerzas y cuerpos de seguridad. Ahora bien, la corrupción, un problema típicamente ruso con una fuerte vertebración histórica en el *iter* de sus instituciones políticas y judiciales, no es un fenómeno ajeno a una buena parte de los países que integran la sociedad occidental. En efecto, Zvyagintsev se sirve de la exposición de un «microcosmos de la realidad nacional rusa» (Vassilieva, 2018: 3) para proponer reflexiones de calado filosófico y moral que pueden ser útiles para cualquier espectador. En palabras del propio realizador, la historia podría «[...] ocurrir en cualquier país con cualquier hombre oprimido por cualquier gobierno» (Koch, 2014).

El tratamiento del fenómeno es extenso en la cinta, que incide en la sensación de malestar que provoca en una parte de los personajes la situación de relativo privilegio derivada de la corrupción de determinados estamentos de las instituciones rusas como las fuerzas y cuerpos de seguridad. Esta desazón es enfatizada desde las escenas iniciales, en las que el protagonista, Nikolái, tiene que hacer frente a un control de tráfico en el que se encuentra con Pasha, agente de una patrulla de tráfico (DPS) y amigo del propio Nikolái, que posteriormente tendrá un papel relevante en la historia. Esta es solo una de las múltiples situaciones que, bajo trazas costumbristas y del *slice of life*, ilustran la percepción de la sociedad rusa respecto a la clase política y en las que se evidencia una notoria sensación de desapego.

Al margen de la contienda entre los partidos políticos (que, significativamente, carecen de peso alguno en el relato de Zvyagintsev), lo que en realidad plantea la película es la absoluta desafección de la sociedad civil hacia todas las instituciones de un Estado que, a la postre, acaba conduciendo a la aceptación generalizada del *statu quo* por la mayoría de la sociedad rusa. A partir de esta idea, se hacen patentes tanto el nexo de la experiencia de Nikolái con el relato bíblico de Job, «perpetuado como arquetipo en la literatura universal» (Del Olmo Lete, 2016: 71) como su resignación ante el sufrimiento que genera lo ineludible. No obstante, en el caso de los protagonistas de *Leviatán* este planteamiento se

origina en el impulso dominador del poder político y, en la mayoría de ocasiones, no se expresa de un modo explícito, sino a través de ciertos recursos narrativos y visuales; por ejemplo, durante las escenas en las que Lilya, esposa de Nikolái, aparece trabajando como operaria en una fábrica, secuencias que, como observa Kondyuk, plasman «the despairing circularity of life» (Kondyuk, 2016b: 12). Asimismo, Zvyagintsev se sirve de referencias del relato de Job y del propio monstruo que da título al filme: los restos de grandes mamíferos marinos constituyen una representación de la figura de los poderes estatales, al tiempo que las escenas marinas parecen escenificar la fuerza irrefrenable de un Estado viciado frente al ciudadano indefenso.

La simbología empleada por el director, empero, no se circunscribe a la esfera religiosa. En contraste con sus anteriores producciones, en *Leviatán* es evidente que el director recurre a un registro más cercano y menos metafórico para transmitir su mensaje. Así, llama la atención que en las reuniones en la oficina del alcalde, lugar en la que se llevan a cabo varias actuaciones censurables desde las perspectivas moral y jurídica, están presididas por un retrato de Vladimir Putin; en esas escenas, el director acentúa la presencia del mandatario ruso mediante secuencias de una notable duración en las que prescinde de primeros planos de los rostros de los personajes y opta por una composición más general que hace hincapié en la aquiescencia al presidente y líder incontestable de la Federación Rusa.

Complementando esta visión del actual régimen político, la escena del picnic, uno de los pocos momentos de desahogo cómico en la obra, brinda otra punzante muestra de la percepción de los dirigentes políticos pretéritos por el ciudadano medio ruso. Así, Nikolái y su amigo Stepanych se entretienen disparando a retratos de líderes de la antigua Unión Soviética. Se suceden como blanco fotografías de Lenin, Brézhnev o Gorbachov. Finalmente, Stepanych, policía local —por tanto, un instrumento más del sistema— acaba afirmando que «es demasiado pronto para los [líderes] actuales». Según él, todo es una cuestión de «perspectiva histórica». En el significativo pasaje de la excursión, es nuevamente Stepanych quien evidencia su conexión expresa con el Leviatán hobbesiano, así como su concepción de la naturaleza del ser humano expuesta por el filósofo inglés, al afirmar vivamente que «el hombre es el animal más peligroso», trasunto obvio de la celeberrima expresión vertida por Thomas Hobbes en *De Cive*, «That Man to Man is a kind of God; and that Man to Man is an arrant wolfe» (Hobbes, 1983: 24).

En este punto, el retrato social plasmado por Zvyagintsev se aleja de los patrones tradicionales del cine soviético y ruso relativos al concepto de «enemigo». En su acerado retrato de la sociedad moderna y sus faltas, el director no señala de manera directa o indirecta a ningún agente externo como causante o catalizador de tales problemas, sino que se distancia del tradicional discurso del enemigo en clave ideológica, religiosa o social para situarse en un eje de coordenadas diferente, que pretende trascender la habitual distinción entre el «bien» y el «mal»; en este sentido, converge con las últimas tendencias del cine ruso al respecto (Sulkin, 2008: 125). A mayor abundamiento, en los últimos instantes de la obra el personaje del obispo se aproxima al tradicional enfoque del enemigo externo en una homilía con la que el director realiza un sarcástico corolario de todo lo sucedido hasta ese momento. En su intervención, que será abordada en el siguiente epígrafe, el prelado alude

a los «enemigos de la fe y de la Madre Patria», pero nada se dice sobre aquellos que, desde las propias instituciones, quebrantan y contravienen premisas cristianas de importancia fundamental.

Por otra parte, algunos pasajes sirven para exponer la dicotomía entre la Rusia urbana —representada por metrópolis como Moscú y San Petersburgo, centros de poder que transmiten la imagen de una población formada, moderna y económicamente pujante (la Rusia encarnada por el personaje de Dimitri)— y la bucólica Rusia rural, personificada por Nikolái, en la que numerosos factores, entre ellos el arraigo de males derivados del pasado comunista, motivan el atraso y la falta de perspectivas futuras de sus habitantes. Una vez más, esta sensación se refuerza por el encuadre de la imagen. Los breves tramos en los que se exhiben interiores en localizaciones urbanas albergan una profundidad de campo reducida y tienen lugar en ubicaciones angostas, como los pasillos de apartamentos de ajustadas dimensiones, en contraposición con la composición de planos más espaciosos y con una mayor profundidad de campo en las escenas del ámbito rural.

A nuestro juicio, el director no pretende elogiar la vida rural, en absoluto idealizada, sino llegar a una conclusión perturbadora. Cabe conjeturar que, detrás de la ambientación rústica, anide la intención de revelar en qué medida el poder estatal es capaz de manifestarse incluso en los rincones más recónditos del territorio y cómo, en determinados sistemas, el ciudadano percibe la proximidad del poder político en cualquier contexto. Para acrecentar esta impresión, la localización en un apartado municipio cercano al Ártico, en el norte de Rusia, contribuye a poner en evidencia el modo en que un poder liberado de las ataduras del Estado de Derecho es capaz de materializarse y alcanzar en cualquier enclave (del mismo modo que haría el Leviatán) a unos ciudadanos cuya respuesta al ejercicio de tal poder oscila entre la resignación y la indefensión.

Finalmente, Nikolái se ve arrastrado por una corrupción sistémica, de naturaleza existencial (Hristova, 2020: 35) y acaba siendo devorado por la fuerza irrefrenable del Estado. Dimitri, su principal apoyo, desaparece tras el intento fallido de coacción al alcalde y su *affaire* con la mujer de Nikolái. Casi simultáneamente, la culpa, la incomunicación y la sensación de vacío existencial conducen al suicidio de Lilya. Una vez hallado el cadáver, la policía y el regidor local aprovechan esta situación y maniobran para alterar las pruebas y e imputar a Nikolái el asesinato de su esposa. En última instancia, las vicisitudes en su pugna con el poder desproveerán al protagonista de cualquier compañía o ayuda. El Leviatán acaba atrapando a todo individuo que manifieste oposición o desafección hacia el sistema establecido.

La celeridad de los tribunales a la hora de ventilar el asunto del asesinato contribuye a arrojar dudas sobre la garantía del debido proceso, derecho cuya vulneración viene dada por un veredicto previamente determinado por los intereses del poder político. Nikolái acaba siendo condenado a una pena de 15 años de prisión en un centro de máxima seguridad por el mismo tribunal que había resuelto sobre su apelación en el proceso sobre la expropiación. El único resquicio para el optimismo estriba en la asunción de la tutela legal de Roma, hijo de Nikolái, por parte de Pasha y Anzhela, quienes, en un gesto que evidencia su genuina compasión hacia el menor, evitan que sufra un destino equivalente al de su pro-

genitor, es decir, que sea absorbido por el sistema y deba ingresar en un centro de menores. El filme finaliza con un plano general que plasma el impacto de las olas marinas contra la escarpada costa del mar de Barents y que semeja el movimiento inevitable de los resortes del poder. La música de fondo es la ópera *Akenatón*, de Philip Glass, una nueva referencia al poder absoluto personificado en el instituto del faraonato del Antiguo Egipto o, en una interpretación menos evidente, una relación simbólica con la situación del reformador que cae víctima del sistema.

3. RELACIONES ENTRE PODER POLÍTICO Y RELIGIOSO. FAMILIA, FE Y RAZÓN EN LA OBRA DE ANDRÉI ZVYAGINTSEV

Una vez analizado el rol que desempeña el poder político en la narración que nos ocupa, es preciso subrayar que el ámbito religioso tiene también un especial interés para Zvyagintsev. El cineasta ruso había mostrado en su obra precedente su preocupación por aproximarse a la cinematografía desde una perspectiva más cercana a la metafísica, por cultivar una sensibilidad estética heredera, en cierto modo, de Andréi Tarkovski y, sobre todo, un gusto por el uso de referencias y simbología religiosa en un registro alejado del gran público. Prueba de ello es, por ejemplo, la utilización de una composición visual basada en la obra *Lamentación sobre Cristo muerto*, del pintor *quattrocentista* Andrea Mantegna, en su primer largometraje, *El regreso*. Para algunos autores, el cine de Zvyagintsev, junto con el de otros realizadores rusos como Pavel Lungin (*Ostrov*, 2006), constituye una muestra de una corriente que reelabora obras de temática bíblica y que ha sido definida como «a certain revival of biblical themes» (Lis, 2018: 83), si bien desde un prisma costumbrista contemporáneo que aborda «the role of the transcendent in the everyday» (Kondyuk, 2016b: 1).

Desde el propio título de la obra, cuyo origen vincula el autor al libro bíblico de Job (Rohter, 2014), los elementos cristianos siguen siendo relevantes en *Leviatán*. No obstante, en comparación con las anteriores producciones del cineasta ruso, las referencias se sitúan ahora en otro plano, más explícito y comprensible. Cabe, en este sentido, resaltar la presencia de citas y paráfrasis del Antiguo Testamento, de imágenes como las de los restos de grandes animales marinos —a modo de presumible identificación con el título de la obra, como ya se ha señalado— o la relevancia ocasional de símbolos como la cruz ortodoxa en el encuadre en determinados momentos. En otros pasajes, la mirada es aún más directa y hace uso de primeros planos o planos detalle de algún elemento de naturaleza religiosa. Ello sucede, por ejemplo, durante la escena de la visita de Nikolái a una antigua iglesia derruida, donde la cámara se centra en un fresco que representa a la decapitación de San Juan Bautista. El derrotismo y la inevitabilidad del destino como temas medulares de *Leviatán* se hacen patentes una vez más; como señala Bekkering, la imagen del Bautista no es sino «[...] a stark reminder that even God's most faithful servants are vulnerable to the destructive whims of the world's rulers» (Bekkering, 2015: 3).

Paradójicamente, la accesibilidad para el espectador contrasta con el aislamiento y la incapacidad de los personajes para comunicarse que transmite el filme, imposibilidad que

parece afectar también al ser humano en su vertiente religiosa y que, por consiguiente, le incapacita para acercarse a Dios. Como sostiene Kondyuk (2016a: 1163), la belleza de la religión se muestra en un contexto de vacío espiritual, pero esta circunstancia no es óbice para la proyección de hondos conflictos morales que afectan a la fe.

En ese marco, el realizador se permite desarrollar una disquisición sobre la legitimación del poder terrenal por parte de Dios mediante un breve diálogo que sirve para introducir a los personajes del alcalde (Vadim) y el obispo. Igualmente explícita es la exposición de la sempiterna dicotomía entre fe y razón cuando, entrada la película, el guion profundiza en el relativismo moral del abogado Dimitri, quien, al ser cuestionado por sus creencias religiosas, replica con una línea de diálogo que no deja lugar a dudas: «Soy jurista. Creo en los hechos». En *Leviatán*, Zvyagintsev deslinda fe y razón, pero a la vez disocia la fe y el poder religioso. Es clara, pues, una interpretación de la fe por parte de los personajes que viene a desproveerla de cualquier andamiaje racionalista y, en contraste, una concepción de la razón que puede definirse de acuerdo con el brillante diagnóstico elaborado por Benedicto XVI en su *Discurso de Ratisbona*:

«Este concepto moderno de la razón se basa, por decirlo brevemente, en una síntesis entre platonismo (cartesianismo) y empirismo, una síntesis corroborada por el éxito de la técnica. Por una parte, se presupone la estructura matemática de la materia, su racionalidad intrínseca, por decirlo así, que hace posible comprender cómo funciona y puede ser utilizada: este presupuesto de fondo es en cierto modo el elemento platónico en la comprensión moderna de la naturaleza. Por otra, se trata de la posibilidad de explotar la naturaleza para nuestros propósitos, en cuyo caso solo la posibilidad de verificar la verdad o falsedad mediante la experimentación ofrece la certeza decisiva. El peso entre los dos polos puede ser mayor o menor entre ellos, según las circunstancias» (Benedicto XVI, 2006).

Otro frente abierto por *Leviatán* que afecta tangencialmente a la esfera religiosa es el relativo a la crisis de la familia. En efecto, a pesar de que no es la cuestión central tratada en la obra, las carencias de fe de la mayor parte de los personajes inducen a reflexionar sobre la quiebra de la familia como una de las instituciones sociales fundamentales, un tema recurrente y elemento simbólico de máxima importancia en la filmografía del director ruso reflejado el brillante tríptico sobre la crisis del instituto familiar en el mundo contemporáneo integrado por *The Banishment (Izgnanie, 2007)*, *Elena (Yelena, 2011)* y *Sin Amor (Nelyubov, 2017)* que, aunque en menor medida, también es abordado en *Leviatán*. En efecto, la película trata con transparencia determinados aspectos como la disfunción en el núcleo familiar avivada por la falta de comunicación, el rol de los menores en los conflictos familiares, la brecha generacional y la inadaptación de los jóvenes o el materialismo dominante entre estos. Así, percibimos con claridad que Roma, el hijo del protagonista de la historia, venera al abogado Dimitri como un referente de éxito, al tiempo que desdeña y manifiesta animadversión hacia su progenitor y su mujer, quien, deducimos, ha contraído matrimonio en segundas nupcias con Nikolái y no es la madre biológica de Roma. Mediante esta subtrama, agravada en las postrimerías del film, Zvyagintsev nos conduce a una sutil reflexión sobre la galopante crisis de la institución matrimonial en la actual sociedad rusa.

En relación con la evolución de este fenómeno, Rimashevskaya señala que la tasa de divorcios por cada 1000 habitantes en Rusia se situaba en 1,5 en el año 1960, mientras que en el año 2000 prácticamente se había triplicado hasta alcanzar el 4,3 (Rimashevskaya, 2003: 80). Otro aporte contextual radica en la comparativa entre las cifras absolutas de matrimonio y divorcio. A este respecto, según datos del Servicio Estatal de Estadística Federal ruso⁶, en 2016 la *ratio* de divorcios respecto a matrimonios ascendía a 1,6, lo que supone que el número de divorcios supera al de enlaces. En todo caso, la evolución experimentada por el matrimonio y las cifras de divorcios en la sociedad rusa constituyen un hecho social complejo que no tiene carácter monocausal. Al igual que en el resto de las sociedades occidentales, las transformaciones socioeconómicas de las últimas décadas y la legislación del divorcio han afectado de distintas maneras a los cambios de patrones de comportamiento, pero no corresponde a este estudio un tratamiento en profundidad de tal hecho.

En el contexto descrito, Zvyagintsev remarca que la falta de comunicación constituye el principal factor causal de las disfunciones familiares. Esta cuestión, por añadidura, agrava la problemática originada por el deterioro de valores morales y el cuestionamiento de la fe religiosa. Indudablemente, el personaje de Lilya evidencia el conflicto en la búsqueda de un sentido vital. Como acertadamente escribe Kondyuk:

«Lilia is searching for the meaning of life and even for God, but she cannot find answers anywhere, so she is consumed by the emptiness she feels. Nikolay, Dimitriy and her friend Angela (having a friend with that name is rather ironic) all ignore Lilia. They do not want to hear her real questions and fears or understand her search for life. When Lilia talks with Dimitriy, he shows that he is not interested in talking about God and does not want to listen to any confessions. Nikolay does not even try to deal with his problems. Vodka and sex are blanket “solutions” for his problems, but they actually prove dehumanizing and depersonalizing. Leviathan presents a quest for identity, even a quest for God» (Kondyuk, 2016b: 14).

En efecto, únicamente dos sucesos conducirán a Nikolái a adoptar una actitud de cuestionamiento y reflexión sobre la fe y el sentido de la vida con trazas existencialistas. El primero es el suicidio de Lilya, su mujer. Este episodio, y el encuentro a la salida de un pequeño comercio con el párroco Vasily —personaje situado al margen de las prácticas colusorias entre el poder político y la Iglesia— llevan a Nikolái a cuestionarse y recapacitar sobre el sentido de lo ocurrido hasta ese momento. La breve aparición del sacerdote local en la escena de la tienda y su conversación con Nikolái es uno de los escasos momentos de optimismo de la obra y vuelve a emplazar en la trama la conexión de *Leviatán* con la historia de Job. El párroco recurre a la enseñanza implícita en el relato bíblico y formula de manera retórica la pregunta del Libro de Job: «¿Puedes pescar con anzuelo al Leviatán o domar su lengua con una cuerda?» (*Job* 41,1). El padre Vasily concluye su monólogo señalando que Job alcanzará la bendición divina solo tras «haberse resignado a su destino». Este mensaje se acerca palmariamente al determinismo, auspiciado por la naturaleza insondable de «los caminos del Señor»⁷. Incluso el personaje de Pasha, carente de cualquier tipo de inquietud filosófica, apostilla en otra escena que, aunque intenten evitarse determinadas situaciones, «no es posible huir de uno mismo».

Los últimos compases del filme reflejan una cáustica visión de las estructuras entretreídas del poder local. En la iglesia ortodoxa edificada sobre el terreno en el que anteriormente se asentaba la vivienda de Nikolái, el obispo predica sobre la importancia de la verdad («Dios no está en la fuerza, sino en la verdad»), incurriendo en una clara contradicción con lo acaecido en el pueblo mediante el ejercicio desviado del poder coercitivo del Estado. Apenas unos segundos antes, el espectador ha presenciado la demolición del inmueble del protagonista, que ejemplifica, una vez más, la irrefrenable fuerza del poder contra el individuo. Mientras tanto, el alcalde susurra cínicamente a su hijo que «Dios lo ve todo». Esta es la última andanada dirigida a acentuar la incongruencia de la jerarquía ortodoxa, que, como muestra el personaje del obispo, ha ignorado las enseñanzas fundamentales contenidas en los textos bíblicos y los fundamentos de la moral cristiana (e incluso de la ley humana).

4. CONCLUSIONES

El filme *Leviatán*, de Andréi Zvyagintsev, demuestra que la cinematografía puede ser una valiosa herramienta para analizar y debatir numerosos problemas jurídicos, políticos y morales contemporáneos. Al mismo tiempo, se trata de un sugestivo ejemplo de narrativa articulada a partir de un tipo de controversia jurídica —la expropiación forzosa— poco común en las producciones audiovisuales, tradicionalmente centradas en el Derecho penal o en controversias típicas del *ius privatum*.

Desde un punto de vista autoral, la cinta es, además, un nuevo paso hacia la consolidación de un *auteur* convertido en un creador capaz de fomentar la reflexión crítica sobre distintos aspectos de la sociedad actual desde una perspectiva ética y filosófica a través de un medio de gran difusión como el cine. Para ello, el director se inspira en una relectura de los textos bíblicos (circunstancia corroborada por diversos autores) y en la obra varios nombres señeros en la historia de la filosofía. En la mejor tradición del relato psicológico del realismo ruso, Zvyagintsev conduce al espectador a una serie de sugestivas consideraciones, pero no pretende imponer sus propias tesis o conclusiones.

Asimismo, el autor propone un espacio para la reflexión sobre los males que aquejan a la sociedad rusa, especialmente aquellos que se verifican en las esferas política y jurídica: la corrupción, el abuso de autoridad, la inseguridad jurídica en determinados contextos, la vulneración del principio de separación de poderes, la colusión entre la Administración de justicia y el poder político o la crisis de valores morales. En menor medida, Zvyagintsev aborda también otros problemas como el alcoholismo, la violencia doméstica o la decadencia de la familia y el matrimonio como instituciones sociales de capital importancia. Como hemos apuntado, el autor expone la compleja problemática de una depresiva sociedad rusa, pero no señala directamente las causas que, en último término, conducen a un devastador nihilismo, pues considera que dicha reflexión corresponde al espectador.

Por este motivo, la obra no puede ser definida como un mero ejercicio de crítica a la deriva autoritaria del Estado postcomunista ruso bajo el timón de Vladimir Putin, sino que su visión trasciende dicho marco político y social, dicho esto en el sentido de que el realizador propone reflexiones sobre problemáticas vinculadas a los valores (o, más bien, a la ausencia de los mismos) que pueden ser aplicables a buena parte de las democracias occidentales actuales. Por lo que respecta al Estado y al poder judicial, la película refleja vivazmente las dificultades para garantizar el principio de separación de poderes, uno de los elementos fundamentales de los sistemas democráticos occidentales, así como el tradicional problema de la corrupción en las instituciones públicas rusas.

Todas estas consideraciones se sustentan en diversos recursos estilísticos y visuales, algunos de los cuales han sido examinados a lo largo de este texto, utilizados para influir en el receptor de la obra desde un plano más elevado. El director recurre a numerosas referencias bíblicas y filosóficas, si bien adopta un registro accesible que permite la comprensión de los temas fundamentales del filme con una mayor claridad. En particular, en estas mismas conclusiones hemos hecho referencia a la relevancia y pertinencia de la actualización de obras filosóficas —y, sobre todo, de los textos bíblicos— como un medio para contribuir a su difusión y para que los receptores de la obra entren en contacto con estos de manera consciente o inconsciente.

En suma, la interpretación predominante de *Leviatán* reenvía a la asunción por parte de sus personajes (y, en consecuencia, por el espectador) de la inevitabilidad de la pujanza del poder como herramienta política, cuyo influjo acabará por contaminar y someter al resto de los aparatos del Estado y a la jerarquía eclesiástica. Ante este panorama, la reacción del ciudadano dista de ser contestataria, pues todo atisbo de discrepancia es neutralizado mediante una *vis* compulsiva que evidencia que, a semejanza del monstruo descrito en *Job* 41,1-34, el Estado es una criatura de difícil o imposible domesticación. Por ello, a nuestro entender, el balance notablemente pesimista del filme debe conducir irremediabilmente al espectador a ponderar la profunda crisis de valores morales que atenaza no solo a Rusia, sino también a la sociedad occidental. Igualmente, en cuanto miembros de una sociedad política, los ciudadanos deben involucrarse en cuestiones como la necesaria resistencia al quebrantamiento de la separación de poderes y la adecuada articulación de mecanismos de control que posibiliten la fiscalización de la actividad política y administrativa con el fin de garantizar su correcto funcionamiento, incluso en un contexto sociopolítico tan adverso como el que retrata la obra objeto de análisis.

NOTAS

1. Pueden mencionarse, entre otros, Soto Nieto y Fernández (2004); Gómez García, (coord.) (2008); y Ortega Giménez *et al.* (eds.) (2013).

2. En el campo de la docencia, sirvan como ejemplo el volumen colectivo de Escribano Gutiérrez (ed.) (2017). Por lo que a la enseñanza del Derecho se refiere, hemos compartido algunos avances en materia de cine e innovación docente en Andrés Santos *et al.* (2020). Obligada es la mención a De Lucas (2014).

3. Pueden citarse, entre otros, Fatu-Tutoveanu (2015); Torres Hortelano (2016); y Urcola Eceiza (2019).
4. Rohter (2014). A este respecto, el autor ruso amplía la influencia de la historia en «Interview with director Andrey Zvyagintsev». *Leviathan* [Blu-ray disc]. Andrei Zvyagintsev, dir. Reino Unido: Artificial Eye, 2014.
5. *Vid.* n. 4. Todas las traducciones son mías, salvo que se indique lo contrario.
6. ROSSTAT. Servicio de Estadística Federal. *Браки и разводы в Российской Федерации. Федеральная служба государственной статистики*.
7. El de los «caminos» es un tópico recurrente en los textos bíblicos, como se expone en Alonso Schökel y Sicre Díaz (2002).

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO SCHÖKEL, Luis y José Luis SICRE DÍAZ (2002): *Job. Comentario teológico y literario*, Madrid: Ediciones Cristiandad.
- ANDERSON, Liam (2012): «Corruption in Russia: Past, Present and Future», en C. Funderburk (ed.), *Political Corruption in Comparative Perspective. Sources, Status and Prospects*, Farnham: Ashgate, 71-94.
- ANDRÉS SANTOS, Francisco J. et al. (2020): «Una propuesta de enseñanza del Derecho y la retórica jurídica a través del cine y otros medios audiovisuales», en A. Delgado García e I. Beltrán de Heredia Ruiz (eds.), *La docencia del Derecho en línea: cuando la innovación se convierte en necesidad*, Barcelona: Huygens, 325-334.
- BADIOU, Alain (2004): «El cine como experimentación filosófica», en G. Yoel (ed.), *Pensar el cine I: imagen, ética y filosofía*, Buenos Aires: Manantial, 23-81.
- BENEDICTO XVI (2006): *Discurso en la universidad de Ratisbona* (12.IX).
- BEKKERING, Denis J. (2015): «Leviathan», *Journal of Religion & Film*, 19, 1, art. 45.
- CONDEE, Nancy (2016): «Knowledge (Imperfective): Andrei Zviagintsev and Contemporary Cinema», en B. Beumers (ed.), *A Companion to Russian Cinema*. Chichester-Malden: Wiley-Blackwell, 565-584.
- COOK, Linda J. (2003): «Social Cohesion in Russia: The State and the Public Sector», en J. Twigg y K. Schecter (eds.), *Social Capital and Social Cohesion in Post-Soviet Russia*, Nueva York-Londres: M.E. Sharpe, 17-33.
- DE LUCAS, Javier (2014): «Comprender y enseñar el Derecho desde el cine», *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 15, 109-122.
- DEL OLMO LETE, Gregorio (2016): «Job. Problema y solución», *HISTORIAE*, 13, 41-76.
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan (ed.) (2017): *El cine como recurso didáctico en la Enseñanza virtualizada. Estudio y análisis de algunas obras filmicas*, Almería: Editorial Universidad de Almería.
- FATU-TUTOVEANU, Andrada (2015): «“The Return of the Sacred”: Implicit Religion and Initiation Symbolism in Zvyagintsev’s *Vozvrashchenie* (2003)», *Journal for the Study of Religions and Ideologies*, 14(42), 198-230.
- GÓMEZ GARCÍA, Juan Antonio (coord.) (2008): *Derecho y cine: el derecho visto por los géneros cinematográficos*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- HOBBS, Thomas (1983): *De Cive: The English Version*, ed. Warrender, H., Oxford: Clarendon Press.
- HRISTOVA, Maria (2020): «Corruption as Shared Culpability: Religion, Family and Society in Andrey Zvyagintsev’s *Leviathan* (2014)», *Journal of Religion & Film*, 24(2), 1-45.
- KANT, Immanuel (2014): *Sobre la paz perpetua*, Madrid: Tecnos.
- KOCH, Tommaso (2014): «Rusia es una simulación democrática», *El País*, 31 de diciembre [en línea] <https://elpais.com/cultura/2014/12/29/actualidad/1419865748_840075.html>. [Consulta: julio de 2020.]

- KONDYUK, Denys (2016a): «Different images of God: theological-aesthetical evaluation of films by Andrey Zvyagintsev and Pavel Lungin», *Journal of Religion and Film*, 20(1), 1151-1165.
- (2016b): «Sensing and Longing for God in Andrey Zvyagintsev's *The Return* and *Leviathan*», *Religions*, 7, 82, 1-16.
- LIS, Marek (2018): «The Bible in the films of Pavel Lungin and Andrei Zvyagintsev», *Studia Religiológica*, 51(2), 83-92.
- ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso *et al.* (eds.) (2013): *Cine y Derecho en 21 películas. Materiales y recursos para el estudio del Derecho a través del cine*, Alicante: Editorial Club Universitario.
- RIMASHEVSKAYA, Natalia (2003): «Family and Children During the Economic Transition», en J. Twigg y K. Schecter (eds.), *Social Capital and Social Cohesion in Post-Soviet Russia*, Nueva York-Londres: M.E. Sharpe, 74-97.
- ROHRMOSSER, Günther (1964): «La teoría del Estado en Hegel y el problema de la libertad en la sociedad contemporánea», *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca*, 32(2), 3-13.
- ROHTER, Larry (2014): «Champion of the Lone Russian Everyman» *The New York Times*, 14 de diciembre [en línea] <<https://www.nytimes.com/2014/12/21/movies/in-leviathan-andrey-zvyagintsev-navigates-tricky-terrain.html>>. [Consulta: octubre de 2020.]
- ROSSSTAT. Servicio de Estadística del Estado Federal. *Браки и разводы в Российской Федерации* [en línea] <https://www.gks.ru/free_doc/new_site/rosstat/smi/prez_love0707.pdf>. [Consulta: julio de 2020].
- SOTO NIETO, Francisco y Francisco Javier FERNÁNDEZ, (2004): *Imágenes y justicia: el derecho a través del cine*, Madrid: La Ley-Actualidad.
- SULKIN, Oleg (2008): «Identifying the Enemy in Contemporary Russian Film», en S. Morris y Z. Torlone (eds.), *Insiders and Outsiders in Russian Cinema*, Bloomington: Indiana University Press, 113-126.
- TAYLOR, Brian (2011): *State Building in Putin's Russia. Policing and Coercion after Communism*, Nueva York: Cambridge University Press.
- TORRES HORTELANO, Lorenzo J. (2016): «La coda fotográfica de *Vozvrashcheniye* (*El Regreso*, Andréi Zvyagintsev, 2003)). El secreto del cofre», *Fotocinema. Revista científica de cine y fotografía*, 12, 179-200.
- URCOLA ECEIZA, Eider (2019): «La figura del padre en las películas de Andrei Zvyagintsev: *El Regreso*, *Elena* y *Leviathan*», en L. Mañas Viniegra y A. De Vicente Domínguez (eds.), *Contenidos audiovisuales, narrativas y alfabetización mediática*, Madrid: McGraw Hill-Interamericana de España, 211-22.
- VASSILIEVA, Julia (2018): «Russian *Leviathan*: Power, Landscape, Memory», *Film Criticism*, 42(1), 1-14.
- WEISMAN, Amy J. (1995): «Separation of Powers in Post-Communist Government: A Constitutional Case Study of the Russian Federation», *American University International Law Review*, 10(4), 1365-1398.

Medios audiovisuales

Leviathan [Blu-ray-disc]. Andrey Zvyagintsev, dir. Reino Unido: Artificial Eye, 2014.

Fecha de recepción: 13 de marzo de 2021.

Fecha de aceptación: 21 de mayo de 2021.

LA MOTIVACIÓN DEL VEREDICTO TERGIVERSADA EN LA
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
*THE DISTORTED MOTIVATION OF THE VERDICT IN THE
JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT*

Juan Igartua Salaverría

*Catedrático emérito de Filosofía del Derecho
Universidad del País Vasco*

RESUMEN

Sobre la motivación del veredicto del Jurado, la doctrina del Tribunal Supremo ha sentado como definitivas tres tesis: 1) no cabe imponer a los Jurados legos el mismo grado de razonamiento intelectual exigible de los jueces profesionales; 2) por ello, la LOTJ demanda de los jurados una «sucinta» motivación del veredicto y nada más; 3) y la misma LOTJ habilita al magistrado-presidente para subsanar las carencias en la motivación del veredicto. En este artículo se cuestionará la primera tesis (en cuanto no fundamentada debidamente) y se negarán la segunda y la tercera (por erróneas).

PALABRAS CLAVE

Veredicto, Jurado, magistrado-presidente, valoración de la prueba, presunción de inocencia.

ABSTRACT

Regarding the motivation for the Jury's verdict, the doctrine of the Supreme Court has established three theses as final: 1) the same degree of intellectual reasoning required of professional judges cannot be imposed on lay Juries; 2) for this reason, the LOTJ demands from the jurors nothing but a «succinct» reason for the verdict; 3) and the LOTJ itself empowers the magistrate-president to correct the deficiencies in the motivation of the verdict. In this article, the first thesis will be questioned (as not duly substantiated) and the second and third will be denied (as erroneous).

KEY WORDS

Verdict, Jury, magistrate-president, assessment of evidence, presumption of innocence.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2021.035>

LA MOTIVACIÓN DEL VEREDICTO TERGIVERSADA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Juan Igartua Salaverría

Catedrático emérito de Filosofía del Derecho
Universidad del País Vasco

Sumario: 1. Introducción. 2. ¿Tergiversaciones o meros desacuerdos interpretativos? 3. ¿Una tarea de imposible cumplimiento? 4. Optimismo a contracorriente en la LOTJ. 5. Un pésimo inicio. 6. El MP al rescate. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

«Todos los santos tienen su novenario». Con esta frase acostumbramos a excusar el retraso de algún día en felicitar a cualquiera de nuestros allegados por su cumpleaños. Algo similar me ocurre con la Ley del Jurado (LOTJ), estando como estamos ya en el *lendemain* de su 25 aniversario. No obstante, en refuerzo de mi disculpa diré que este escrito tiene por objeto abundar en un tema que ha vuelto a ser tratado frontalmente en un artículo deleitoso (marca de la casa) de reciente publicación —o sea, también ya al humo de las velas¹—, así como en otro texto que también aborda la misma temática (aunque de manera menos central y, sin embargo, sustantiva), proveniente de pluma autorizadísima² y publicado recientemente en esta misma revista.

Me ceñiré a algunas consideraciones relacionadas con la motivación del veredicto a cargo de los jueces legos que —como con acierto se ha subrayado— «[...] ha sido y es el principal de los problemas que plantea nuestro sistema de Jurado» (Fernández López, 2021: 357).

2. ¿TERGIVERSACIONES O MEROS DESACUERDOS INTERPRETATIVOS?

Considerando la grave censura que connota la palabra «tergiversación», ¿no sería más ajustado moderar el tono y adjetivar el debate existente como el producto de «[...] importantes dudas interpretativas que no encuentran una clara respuesta legal» (Fernández López, 2021: 355)?

Creo que no. Al menos en lo que respecta a la doctrina del Tribunal Supremo (verdadera tierra nutricia de los principales despistes en la materia³ —gracias también al subsiguiente y acróico seguidismo de los académicos—), estimo de justicia calificarla resueltamente de «jurisprudencia abrogante»⁴, en expresión tomada de prestado; no de *interpretación discutible* (ya que apenas discutida) de la LOTJ. Me parece apropiado llamarla así cuando —como es el caso— va *contra litteram legis* sin mediar ningún razonamiento que aconseje (por la razón que sea, y siempre necesitada de explicitación) desatender o incluso contrariar el significado literal del documento legislativo.

La situación llega al extremo si, pretextando prestar su boca a las palabras de la ley, el Tribunal suplanta aquellas por las propias como si fuera evidente que es la ley la que así habla. Y aunque la letra de la ley no se erige en límite absolutamente infranqueable de la interpretación jurídica, no es juego limpio intentar que cuele pacíficamente como idea del legislador la que es de cosecha propia del Tribunal. «Tergiversar» es el término que conviene a ese proceder.

3. ¿UNA TAREA DE IMPOSIBLE CUMPLIMIENTO?

Ha devenido en propagadísimo lugar común la creencia de que los jurados (legos) carecen de las habilidades necesarias para que pueda exigírseles una motivación del veredicto en paridad de condiciones a las de los jueces (profesionales) que motivan la decisión fáctica de sus sentencias. Algo habrá que decir al respecto para no fomentar prejuiciosamente —como con causa se ha apuntado— «[...] la consideración de una incapacidad nata en los jurados para su función y en los técnicos la de una capacidad incuestionable, sin que lo uno ni lo otro sea comprobado en la práctica» (Varela Castro, 2021: 212).

Pero, por encima de todo, asunto diverso será dar por sentado que la LOTJ participa resignadamente de esa certidumbre cuando, en realidad, su exposición de motivos (EM)— y no solo ella— deja traslucir manifiestamente la contraria. Lo dejo para después.

Toca ahora el turno de la primera cuestión, respecto a la cual no son pocos los cabos sin atar al tratarse de una opinión más bien intuitiva (no diré que falsa —puntualizo—).

i) Empezando por la necesidad de precisar cuál es el modelo de «motivación» para cuyo cumplimiento estaría supuestamente incapacitado el Jurado de la LOTJ: el derivable del art. 24 CE⁵ o el que explícitamente establece el art. 61.1 de la propia LOTJ⁶, si es que acaso difieren entre sí.

ii) Tampoco sobraría identificar cuál es el factor exacto que explica la desigual prestación, de legos y profesionales, para motivar una decisión fáctica. De poco sirve —aunque así suele hacerse— aludir a una imprecisa y genérica «técnica jurídica», presuntamente conocida por los segundos y ciertamente ignorada por los primeros, sin especificar qué ha de entenderse por ella («técnica jurídica») y sin concretar qué elementos de la misma inciden perpendicularmente en la correcta motivación de un veredicto.

Amén de que, igualmente, debería aclararse por qué la motivación, que —como se puntualiza— «no es en modo alguno tarea sencilla para los jurados», tampoco lo es para los jueces técnicos, a la vista de «la inmensa cantidad de ocasiones en las que se declara en vía de recurso la nulidad de sentencias por incurrir en una defectuosa motivación» (Fernández López, 2021: 363). ¿De qué aprovecha, entonces, la «técnica jurídica»?

iii) Y, prosiguiendo en esa misma onda, no debiera pasarse por alto que la *quaestio facti* afrontada por los jurados en un veredicto es, como mucho, la mitad de compleja de la que ha de resolver un juez en su sentencia, lo cual pide alguna aclaración.

El «hecho» objeto de prueba no se refiere a una realidad delictiva descrita de cualquier manera sino ajustada a una secuencia dictada por la propia ley penal (por ejemplo, si se trata de un «robo», habrán de contemplarse tres datos: ánimo de lucro, apoderamiento de cosas muebles ajenas y empleo de fuerza o violencia). Para ello se hace imprescindible el conocimiento de la ley (que el juez sí lo tiene y, en cambio, el jurado no). Los legos son, por tanto, palmariamente incompetentes para elaborar el «objeto» (cuestionario) del veredicto.

De otro lado, cuenta igualmente la especificidad del entrenamiento jurisdiccional. Los jueces son expertos en el «contradictorio» procesal; están habituados a escuchar, examinar y valorar hipótesis contrastantes (de la acusación y de la defensa). En ese contexto, es fácil imaginar cómo se activa la producción de una prueba y de su contraria, a diferencia del ciudadano corriente —como así se ha hecho ver (Giusberti *et al.*, 2013: 33-55)— no acostumbrado a considerar sistemáticamente las pruebas alternativas y potencialmente falsificadoras de la hipótesis contemplada.

Si los jurados recibieran (como sucede con los jueces) una hoja en blanco, probablemente fracasarían en el empeño de componer un veredicto centrado, articulado y completo; no están entrenados para identificar las hipótesis manejadas por la acusación ni las hipótesis contrarias de la defensa, y tampoco para buscar el hilo conductor que da sentido a las distintas pruebas que han presentado las partes durante el juicio seguramente de manera dispersa. Ahora bien, en España, a diferencia de los jueces profesionales (que han de cargar con todo ello), la construcción de un veredicto desmenuzado en enunciados particularizados (o «hechos»), clasificados (según convengan a las hipótesis de la acusación o a las hipótesis contraria de la defensa) y alineados (siguiendo un itinerario discursivo lógico) corre a cargo no del Jurado, sino del magistrado-presidente (MP, en adelante). A los jurados, liberados de tanta complicación, les basta y les sobra con localizar en el arsenal de pruebas aportadas por las partes aquellas informaciones (o «elementos») referidos a los distintos «hechos» (que el MP ha clasificado como «favorables» o «desfavorables») y sobre

cuya base habrán de explicar («sucintamente») por qué los aceptan como «probados» o los rechazan por «no probados». Eso es todo.

Obviamente, de ahí no cabe excluir que los jurados ni siquiera estén capacitados para eso. No obstante, lo expuesto es una realidad a tener presente en prevención de juicios sumarios y a bulto, si no nos preguntamos previamente por «[...] la capacidad técnica del jurado para la (concreta) función (que tiene) atribuida» (Varela Castro, 2021: 225).

iv) Por eso mismo, sin haber identificado cuáles son las carencias típicas de un ciudadano corriente para cumplimentar un veredicto de esas características, tampoco se está en situación de calibrar hasta qué punto serían eficaces (y cuáles debieran ser) las instrucciones del MP para subsanar los hipotéticos déficits culturales de un jurado lego.

A este respecto, además, viene a cuento aludir a un asunto emparentado con la observación, vertida párrafos atrás, sobre las frecuentes deficiencias de los propios magistrados profesionales a la hora de motivar sus decisiones. Porque resultan llamativos los desacuerdos entre muy cualificados tribunales⁷ o hasta en el seno de un mismo alto tribunal (como en el TS a propósito del caso *Wanninkhof*, con cambio de ponente incluido⁸) cuando corresponde apreciar si el veredicto cuestionado ha sido o no debidamente motivado. Esta circunstancia impide concluir si los jurados saben o no *motivar* un veredicto en tanto haya magistrados (y no son pocos ni unos cualesquiera) que no sepan *qué implica* «motivar un veredicto» e impartan a los jurados instrucciones inadecuadas y/o insuficientes; o que —en atención a la pluripersonal composición de un Jurado— el MP de turno cultive una idea trasnochada de cuál es el principal *obstáculo* que ha de superarse en la motivación cuando de un *órgano colegiado* se trata⁹ y, en consecuencia, aleccione a los jurados con instrucciones descarriladas.

De todos modos, no entraré a discutir si «[...] existen muchas razones para afirmar que la institución (del Jurado) se opone frontalmente a la garantía constitucional de motivación de las decisiones judiciales» (Fernández López, 2021: 360); aunque, de haber razones (y seguramente las habrá), nada se malgasta exponiéndolas y analizándolas en lugar de darlas por sobrentendidas. Pero ahora no viene al caso insistir en ello.

4. OPTIMISMO A CONTRACORRIENTE EN LA LOTJ

Porque el problema fundamental —en mi opinión— no reside en hacer un balance confrontando las razones que abogan a favor de la idoneidad de los legos para acometer con plena solvencia la tarea de motivar un veredicto y las razones que militan en sentido contrario. El debate es otro.

Es decir, aunque en abstracto eso fuera plausible (a modo *de lege ferenda*), aquí está fuera de lugar el reproche de que «[...] extremar el rigor en las exigencias de motivación del veredicto del Jurado», con lo que ello implica (anulación de resoluciones, repetición de juicios, dilaciones indebidas), «[...] puede constituir, bajo el manto de un aparente hipergarantismo, la expresión real de una animosidad antijuradista que puede hacer inviable

el funcionamiento de la institución, tal y como ha sido diseñada por el legislador» (STS 1240/2000), si no se ha determinado con antelación a quién debe imputarse el presunto «hipergarantismo»: si primariamente al propio *legislador* o derivadamente a una cuadrilla de *intérpretes* fundamentalistas.

En otros términos: no es lo mismo que el legislador prescriba *qué* debe hacerse (supongamos, por ejemplo: «los jurados motivarán sus veredictos»), pero sin indicaciones acerca de *cómo* eso deba hacerse (en cuyo caso se abre un vasto espacio para una genuina elección *discrecional* —razonada, claro está— entre diversas concepciones teórico-ideológicas sobre la motivación de un veredicto), a que el legislador determine tanto el *qué* como el *cómo* (es decir, que también marque el método a seguir en la motivación del veredicto, tal cual sucede con el art. 61.1 de la LOTJ; lo cual daría lugar —a lo sumo— nada más que a un restringido margen para meras opciones *interpretativas*).

¿Ante cuál de las dos situaciones nos encontramos? Ante la segunda. O sea, el *método* a seguir en la motivación del veredicto ya ha sido trazado puntualmente por el propio legislador histórico (art. 61.1 LOTJ) de conformidad con unas premisas (sobre el sentido de la motivación, las funciones de la misma y la competencia intelectual de los jurados para cumplir con el cometido a ellos confiado) —si excesivamente optimistas o no, es otro asunto— y que con precedencia aparecen explicitadas en la exposición de motivos (en adelante, EM) de la propia Ley.

Por supuesto, sería intolerable amordazar las bocas que censuraran el producto legislativo resultante negando fundamento a las premisas básicas del legislador o bien denunciando el incoherente flujo —si así fuera— que va desde estas a las concretas disposiciones normativas de la Ley. Pero no irán por ahí los tiros de la doctrina predominante en el TS, en la que no asoma el más mínimo atisbo crítico respecto de la LOTJ. El TS *no cuestiona* el significado de la Ley (lo que sería legítimo); el TS *pasa* de la Ley¹⁰.

i) Empieza *pasando* olímpicamente de su EM. Porque en ningún párrafo de esta encontraremos un mínimo refrendo (más bien lo contrario) a la tesis —ya tópica en las SSTS— de que «[...] *no puede exigirse a los ciudadanos* que lo integran (el Tribunal de Jurado) el *mismo grado de razonamiento intelectual y técnico* que puede aportar el juez profesional, que dispone de una *formación específica y de una experiencia* en el enjuiciamiento y *motivación* de la que *carecen los jurados*. *POR ELLO* la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado *SOLO* requiere en el artículo 61.1 d), que conste en el acta de votación la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar como probados unos determinados hechos, lo que debe ser *BASTANTE* para dar adecuada satisfacción a las necesidades que justifican la exigencia de motivación» (STS 190/2017, cursivas y mayúsculas mías).

Llama la atención que el TS nunca haya aportado apoyatura textual alguna (de la EM) para corroborar que esa imagen de inferioridad que retrataría al jurado es compartida por el legislador; y, todavía menos, que, debido a ello, el legislador conceda a la motivación del veredicto el beneficio de una rebaja respecto del canon exigible a un juez profesional. ¿Por qué será? Porque la EM orienta una andadura justo en dirección opuesta.

Así, en el apartado III («Los ciudadanos jurados») de la referida EM, y tras advertir que «[...] se han seleccionado aquellos delitos en los que la acción típica carece de excesiva complejidad o en los que los elementos normativos integrantes son especialmente aptos para su valoración por ciudadanos no profesionalizados en la función judicial», enfatiza que «[...] la *ciudadanía* [...] constituye el índice de la *capacidad* presunta *no necesitada de otras [...] acreditaciones de capacidad probada*» (cursivas mías). En esa onda, el texto de la EM señala que la Ley «[...] exige del Jurado que su *demonstrada capacidad* para decidirse por una u otra versión alcance *el grado necesario para la exposición de sus motivos*» (EM,V.1, cursivas mías), y subraya que «la *exigencia constitucional de motivación* es «[...] desde luego *posible* si se considera que *en modo alguno requiere artificio* y cuenta en todo caso el Jurado con la posibilidad de instar el asesoramiento necesario» (EM,V.1, cursivas mías). De manera que las instrucciones del MP previas a la deliberación del Jurado tienen por objeto «[...] suplir las deficiencias que puedan derivarse del *desconocimiento técnico de la Ley*», pero sin que «[...] puedan *extenderse a aspectos en los que los jurados deben y pueden actuar con espontaneidad*» (EM,V.2, cursivas mías); con la salvedad de que, a la vista de «[...] una injustificada dilación en la emisión del veredicto que afectaría al prestigio de la institución», el MP pueda impartir instrucciones a fin de evitar que «[...] la *inexperiencia* de los deliberantes unida a su reticencia a instar la instrucción» ocasione «[...] una innecesaria prolongación de la deliberación» (EM,V.2, cursivas mías).

Ni siquiera un zahorí alcanzaría a detectar en el subsuelo de estas citas de la EM el pretendido (por el TS) reconocimiento del legislador de que el Jurado, en lo *suyo* —donde *no* ha lugar al *artificio*—, se encuentra en inferioridad (respecto de los profesionales) por carencias estructurales. Como mucho, la EM alude a la «inexperiencia» del Jurado, la cual, en contadísimas ocasiones (por incidentales demoras en la entrega del veredicto), puede requerir una instrucción complementaria (perfectamente asimilable por él, se supone) pero no un curso de técnica jurídica. En suma, la EM nos pinta el cuadro de un Jurado legítimamente desacomplejado para hacerse cargo en plenitud de una obligación, sin dispensas de ninguna clase.

ii) Claro que la lectura de las singulares disposiciones normativas (que luego se desgranar en el articulado de la LOTJ) induce, en el peor de los casos, a sospechar que en ellas al legislador le ha traicionado el subconsciente (como suele decirse). Esto es: que, en el fondo, el legislador no estaba muy convencido de lo que dejó dicho en la EM. ¿Cómo se entiende, si no, que exija del Jurado «[...] una *sucinta explicación* de las razones por las que han declarado o rechazado declara como probados unos determinados hechos» (cursiva mía)? ¿Acaso no es sintomática la adjetivación («sucinta») elegida por el legislador? Eso piensa el TS, pero está por ver.

ii.a) De entrada, ha de encarecerse la fidelidad textual, pues no pocas veces nos topamos con la expresión «motivación sucinta» (del veredicto) que por ningún lado aparece en la LOTJ¹¹. En el art. 61.1, la palabra «sucinta» no califica a la motivación del veredicto en su conjunto, sino únicamente una de sus partes. En efecto, la motivación del veredicto que configura la LOTJ consta de dos partes: la primera, *descriptiva* (llamémosla así), consiste en la relación de los elementos de convicción que los jurados han atendido; la segunda,

argumentativa, contendrá una «*sucinta* explicación» de las razones por las que se declaran o rechazan declarar determinados hechos como probados. Por tanto, solo a esta segunda parte —pero no a la entera motivación— se circunscribe la extensión del predicado «*sucinta*».

¡Atención! Hay más todavía. Nótese que, incluso en esta segunda parte, el adjetivo «*sucinta*» califica a la «*explicación*», no a las «*razones*». La literalidad del precepto es meridiana: «*sucinta explicación* de las razones». Desde un punto de vista lógico (el único pertinente cuando se habla de «*razones*»), las «*razones*» serán válidas o inválidas, fuertes o débiles, suficientes o insuficientes... pero nunca *sucintas* o *prolijas*; esto último se predica de la *forma* de presentar o exponerlas o explicarlas.

ii. b) Por otro lado, el TS omite el más mínimo esfuerzo por acotar el significado de «*sucinta*», cediendo a la imprecisa sugestión de «*rebaja*» que connota aquella palabra; es decir, sin especificar de qué cosa se despoja una explicación «*sucinta*» respecto de una explicación estandarizada, lo cual abre la veda a un uso indiscriminado de ese calificativo («*sucinta*») habilitándolo así para justificar minoraciones de naturaleza y cuantía heterogéneas. En este contexto doctrinal, se echa de menos la definición de «*sucinta*», que no tendría por qué ser, a su vez, *sucinta* (dependiendo de qué se entienda por ello) y mucho menos *inexistente*, como aquí ocurre.

La «*sucinta explicación*» no es aquella en la que *algo* puede *faltar*, sino aquella en la que *nada* debe *sobrar*. Si a la explicación le faltara algo, no sería *sucinta*, sino «*insuficiente*». De ahí que, para delimitar adecuadamente la restricción que inevitablemente parece implicar el término «*sucinta*», sea imprescindible trazar la raya de la «*explicación suficiente*», por debajo de la cual estaría vetado descender.

Como anillo al dedo viene recordar que lo decisivo es, por tanto, identificar un modelo legal de motivación al que tomar como referencia¹². Y con razón se ha escrito que existe: «Un único modelo legal: el de la *motivación esencial*. No existe una motivación simplificada y otra complicada. Una larga y otra breve. Existe un único modelo de motivación: el que dice todo y solo lo que ha de decirse» (Iacoviello, 2013: 920).

¿Alguna vez ha intentado el TS reconstruir un «*modelo legal*» de motivación a partir de todos los datos constitucionales y legislativos de nuestro ordenamiento? ¿Ha intuido siquiera que haga falta? Probablemente, ni siquiera eso.

ii. c) Más todavía. ¿Por qué prescribir una explicación o una motivación «*sucinta*» implica automáticamente reconocer alguna deficiencia en el destinatario de la prescripción¹³? A quien así piense, le toca responder.

De entrada, en la legislación española que disciplina la actuación de jueces profesionales, no suenan a estrafalarias algunas ocasionales referencias a la «*motivación sucinta*». Ahí está, por ejemplo, la LEC que en su art. 208 («*Forma de las resoluciones*») dispone —apartado 1— que las providencias «*incluirán además una sucinta motivación*»; y en el art. 210 («*Resoluciones orales*») establece —igualmente en su apartado 1— que «[...] las resoluciones que deban dictarse en la celebración de una vista, audiencia o comparecencia ante el tribunal se pronunciarán oralmente en el mismo acto, documentándose este con expresión del fallo y *motivación sucinta* de aquellas resoluciones». ¿Se trata, quizás, de ex-

cepciones debidas a una entidad menor de la resolución («providencias») o a una específica idiosincrasia de la misma (documentación de «resoluciones orales»)? No lo sé. Desde luego, no a la impericia de los profesionales.

Conforta mi opinión —me parece— algún dato de Derecho comparado (no es el único proveniente del italiano Codice di Procedura Penale, cuyo art. 546 («Requisitos de la sentencia») prescribe —con carácter generalísimo, por tanto— en su letra *e*): «La *concisa esposizione*¹⁴ de los motivos de hecho y de derecho sobre los que se ha fundado la decisión, con la indicación de los resultados obtenidos y de los criterios de valoración de la prueba adoptados y con la enunciación de las razones por las que el juez retiene no atendibles las pruebas contrarias»¹⁵. Desconozco a qué intención del legislador italiano obedece la elección de la fórmula «concisa exposición»; si acaso, al intento de poner freno a la «cromosómica»¹⁶ verbosidad de la prosa judicial¹⁷, pero no al menos al reconocimiento de carencias técnico-jurídicas en los jueces de aquel país.

ii.d) Ahora bien, por encima de todo, existe un argumento más contundente que echa por tierra la presunción (del TS) de que la profanidad de los jurados (frente a la profesionalidad de los jueces de carrera) sería la razón por la que el legislador exija de aquellos una motivación más reducida (digámoslo así) que la obligada para los jueces. Pues bien: ¡niego la mayor! —como protestaría un escolástico—.

Porque, curiosamente, el TS nunca ha hecho un esfuerzo previo por cerciorarse de si, verdaderamente, el legislador se mostró en este terreno menos riguroso con los jurados que con los jueces; o —más estrictamente— si la Ley Orgánica que disciplina, entre otras cosas, «las resoluciones judiciales» ya en la actual era constitucional (Cap. IV de la LOPJ, de 1985) se mostraba más severa con los jueces profesionales (respecto de sus sentencias) que la posterior Ley del Jurado (LOTJ, de 1995) con los legos (en la motivación de sus veredictos)¹⁸. Hagamos, pues, la comparación por nuestra cuenta.

Así, en lo que toca a la decisión fáctica de la sentencia, el art. 248.3 LOPJ¹⁹ dispone: «Las sentencias se formularán expresando [...] (los) hechos probados, en su caso [...]». Eso es todo.

Por su parte, La LOTJ obliga al Jurado a extender un «acta de votación» en cuyo primer apartado consigne los hechos declarados «probados» indicando si es por unanimidad o mayoría, y en el segundo apartado repita esa misma operación respecto de los hechos «no probados» (art. 61.1 a) y b). Con respecto al cuarto apartado, el art. 61.1 d) establece en los siguientes términos su contenido: «Un cuarto apartado, iniciado de la siguiente forma: “Los jurados han atendido como elementos de convicción para hacer las precedentes declaraciones a los siguientes: ...”. Este apartado contendrá una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados». El balance arroja un resultado inesperado:

ii.d.a) De conformidad con la Ley del Jurado, son cuatro —nada menos— las tareas que el Jurado debe acometer (y que el «acta del veredicto» debe reflejar): una, identificar los hechos que se han declarado como probados (precisando si por unanimidad o mayoría); dos, indicar los elementos de prueba y explicar sucintamente las razones

que justifican el porqué se declaran probados; tres, señalar qué hechos se consideran no probados (aclarando si por unanimidad o mayoría); y cuatro, explicar sucintamente las razones por las que se declaran no probados.

En suma: se trata de dos decisiones (la declaración de los hechos probados y la de los hechos no probados) con sus dos correspondientes motivaciones.

ii.d.b) Atendiendo, en cambio, a lo dispuesto en la LOPJ, la *letra* de la norma obliga los jueces a expresar en sus sentencias la relación de «hechos probados, en su caso», sin más. Es lo único que consta con claridad.

No sucede lo mismo con el significado de la expresión «fundamentos de Derecho», sobre la que se cierne la duda de si tiene un carácter distintivo (para diferenciar los «fundamentos de Derecho» de los «fundamentos de hecho») o bien un carácter inclusivo (que abarca indistintamente las dos clases de fundamentos: jurídicos y fácticos)²⁰. Sea como fuere, y aun suponiendo —en el mejor de los casos— que ahí estuviera comprendida la *motivación* de los hechos probados, lo cierto es que esta quedaría abandonada a la más absoluta indeterminación (no se sabe si es suficiente que el juez manifieste su convicción o si debe hacer algo más; si vale con una referencia a las pruebas tomadas en bloque o si es preciso enumerarlas individualmente; si es suficiente con identificarlas sin más o si es necesario explicitar la información que proporcionan, y así sucesivamente). Y, desde luego, el texto legal guarda el más radical silencio respecto de si las eventuales explicaciones habrían de ser detalladas o sucintas.

Añádase que en el art. 248.3 LOPJ no hay rastro de la relación de «hechos no probados» y, por consiguiente, tampoco de la motivación que debiera acompañarlos²¹.

En síntesis: una decisión (declaración de hechos probados) y —quizás (no está claro)— una motivación de aquella (además sin definir ni imponer requisitos vinculantes). O sea, como mucho, solo dos de las cuatro tareas demandadas a los jurados. Sobran comentarios porque los números cantan.

ii.e) Visto el cuadro normativo existente en la época, concluir de ahí que, en el cumplimiento de sus funciones, los jurados desmerezcan —por su falta de preparación— comparados con los jueces togados es algo que no se le ocurriría ni al *apuntador*²². Desde luego, esta idea no fue barajada —ni de lejos— por legislador (histórico). No digo que este llevara razón; quizás se equivocó, pero es otro asunto.

Lo que aquí y ahora trato de mostrar es algo más simple, a saber: que es un invento del TS el propósito que este atribuye al legislador de la LOTJ; y no solo porque en su EM se proclama explícitamente lo contrario, sino, además, porque, si fuera como asegura el TS, el articulado de la Ley entraría en contradicción con aquel imaginario proyecto atribuido (por el TS) al autor de la LOTJ (esto es, exigir más al que había considerado menos capacitado).

Se trata, a decir verdad, de una crítica nada original, pues bastantes años atrás algún autor (y no era el único) ya manifestó «[...] la extrañeza que produce ver que la LOTJ (art. 61.1 d)) exige a los jurados legos lo que no exigen la LECrim y la LOPJ a los órganos

jurisdiccionales integrados solo por jueces y magistrados de carrera» (De la Oliva, 2003: 469). No ha de sorprender, por tanto, que la Sala Segunda se haga eco de la misma (si bien ha esperado mucho), aunque sí el tono de indisimulado fastidio que se percibe en sus descalificadoras palabras cuando alude a «[...] la perspectiva de la doctrina *más extrema*, que a partir de una confrontación entre lo dispuesto en el art. 61.1 LOTJ, para el Jurado, y en el art. 248.3 LOPJ, para las sentencias en general, llega a la *forzada* conclusión de que el Legislador exige una motivación fáctica más rigurosa al Jurado que a los Tribunales profesionales» (STS 25/2015, cursivas mías).

Desconozco quién (si alguno) ha afirmado que el legislador (así, en abstracto y descontextualizado, como *figura institucional* a la que se endosa el conjunto de la legislación sistematizada por la dogmática jurídica) es más exigente con el Jurado que con los tribunales profesionales; en cambio, conozco no pocos para quienes el legislador de la LOTJ exige una motivación fáctica más rigurosa a los jurados que el legislador de la LOPJ a los tribunales profesionales. ¿Qué tiene de *forzada* esa conclusión?

Obviamente, a nadie se le escapa la anomalía de que, para la misma actividad (motivar la valoración de las pruebas, ya sea en la sentencia o en el veredicto) y para las mismas funciones y a los mismos efectos, se hayan estipulado dos regulaciones legislativas desiguales (art. 248.3 LOPJ y art. 61.1 LOTJ, respectivamente) ¿Cabe alguna solución para equipararlas? Varias, seguramente.

Se me ocurre una. Interpretar la *lex posterior* (LOTJ) de manera *extensiva* (o aplicarla *analógicamente* en virtud de una «identidad de razón») a fin de integrar lo que falta en la *lex anterior* (LOPJ). Desde el punto de vista de la cirugía jurídica (como de cualquier otra) es más cruento amputar que rellenar. Es más grave *no hacer* lo que está expresamente prescrito (en la LOTJ) que hacer lo *no prescrito*, pero tampoco expresamente excluido (en la LOPJ).

Pero no voy a demorarme en meandros que desorientan del curso de la argumentación.

ii.f) El problema real e inmediato no radica en el modo de armonizar normas que se recaban de documentos legislativos distintos (LOPJ y LOTJ) ni en dictaminar a quién debe exigirse más o a quién se exige más (si al Tribunal profesional o al Jurado lego), sino en algo más básico y directo: ¿qué programa de motivación marca la LOTJ para el Jurado? Por ahí hay que empezar.

5. UN PÉSIMO INICIO

Caigo en la cuenta de que el TS recurre a un razonamiento revestido de inconfundible aspecto de circularidad; más o menos es este: da por sentado que el art. 61.1 expresa un modelo rebajado de motivación (como si se tratara de una constatación nada problemática), lo cual serviría para demostrar que el legislador ha actuado a sabiendas de que «[...] no puede exigirse a los ciudadanos [...] el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico» que al juez profesional (o sea, que: «*Por ello* (que) la LOTJ *solo* requiere en el art. 61.1 [...], etc.» —STS 190/2017—); de ahí que proceda interpretar a la baja los requisitos que impo-

ne el art. 61.1 d), pues están destinados a ciudadanos legos, no a jueces profesionales. De forma más breve: los rebajados requisitos de motivación (respecto de los dispuestos para los jueces) que preceptúa el art. 61.1 d) evidencian que el legislador asume que no puede exigirse a los ciudadanos legos el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que a los jueces profesionales; a la vista de lo cual, los ya aminorados requisitos del art. 61.1 habrán de ser interpretados, a su vez, de manera rebajada (con flexibilidad) y no de manera rigurosa (exigente).

Henos, pues, ante el art. 61.1 d), convertido en alfa y omega de la argumentación del TS, que pasa de presentarse —inicialmente— como la *solución* de un problema para tornarse —finalmente— en el *problema* a solucionar.

i) De las dos partes que configuran la motivación legal del veredicto, la primera se centra en la referencia obligada a los «elementos de convicción» que «los jurados han atendido».

i.a) Como antes precisé, a esta parte no le alcanza ninguna hipotética rebaja derivada del adjetivo «sucinta» (que la LOTJ reserva en exclusiva para la segunda parte).

Ello, sin embargo, no parece impedir que el TS haya sostenido con despreocupada desenvoltura que «[...] el Jurado ha de *fundar* sus decisiones *sucintamente*, lo que supone que no es necesario reseñar todos los *medios de prueba* tomados en consideración» (donde se aprecia que la Sala Segunda primero extiende el adverbio «sucintamente» al global «fundar» sin limitarlo a una de sus partes y luego se equivoca de parte). O también que «[...] el *legislador ha expresado*, y así debe admitirse sin excesivas y artificiales exigencias descalificadoras de la institución, que basta para cumplir el deber de motivación con que los jurados expresen de forma *sucinta* las *pruebas* que han determinado su convicción» (STS 151/2014, cursivas mías).

Advertiré, tangencialmente, que, si bien no es necesario pasar revista en la motivación al cuadro probatorio entero —incluidas las pruebas superfluas y redundantes— (y esto vale también para los profesionales), no ocurre lo mismo en el caso de los «elementos de convicción» que «los jurados *han atendido*» «*para hacer* las precedentes declaraciones» sobre hechos probados y no probados. Ahí, lo único que importa es determinar si los «elementos de convicción» que los jurados manifiestan «haber atendido» son suficientes o no para fundamentar las «declaraciones» que aquellos han hecho (pues los elementos de convicción no se cuentan, se pesan). No entiendo bien, entonces, qué implicaría el criterio de la explicación «sucinta» en este contexto. Pero intuyo el uso espurio al que se presta, dado que, cuando los elementos de convicción que se mencionan no están provistos de fuerza probatoria suficiente, siempre cabe alegar la excusa de que en una relación «sucinta» de elementos de convicción no hay sitio para todos. Y a callar.

i.b) Cosa distinta es plantear cómo debe ser la descripción de esos elementos de convicción, si sucinta o minuciosa. La LOTJ guarda mutismo absoluto. Pero el TS se transforma en ventrílocuo de la Ley introduciendo de contrabando lo que no está en la misma cuando afirma que «[...]el *legislador ha expresado* [...] que los jurados expresen de manera *sucinta* las *pruebas* que han determinado su convicción»). ¿Dónde lo ha «expresado»?

No se trata solo eso. El TS, además, aprovecha esa ilegítima mercancía para determinar por cuenta propia no el *cómo* (si con amplitud o brevedad) sino el *qué* ha de reflejarse en la motivación del veredicto. Conozca o no el TS las convenciones terminológicas de la actual teoría jurídica sobre la prueba (donde «*medio* de prueba» y «*elemento* de prueba» denotan realidades distintas), es claro que al TS no se le ha escapado la diferencia entre *continente* y *contenido*; es decir: asignar al Jurado la inexcusable tarea de reseñar los «*medios* de prueba» (*continente*) pero atribuyendo el MP la misión de «expresar el *contenido* incriminatorio de esos *elementos* de convicción señalados por los jurados» (STS 151/2014, cursivas mías). Sería ventajista por mi parte replicar que es la propia LOTJ la que —no por nada— denomina expresamente «*elementos* de convicción» (no «*medios*») al contenido que debe constar en el *veredicto* del Jurado (al margen de lo que el MP haga en su sentencia), porque no consta en ningún lado que el legislador histórico haya elegido precisamente ese término a sabiendas de las convenciones teórico-doctrinales ya imperantes (aunque, en el peor de los casos, desconocidas o pasadas por alto en la España de la época).

i.c) A pesar de ello, tampoco se vislumbra cuál puede ser la razón de que —pongamos un ejemplo (real)—, ante un diversificado cuadro probatorio (sobre todo, poblado de declaraciones variopintas y contradictorias de los imputados —unas ante la policía, otras en sede judicial—, así como de declaraciones de algún coimputado y de dos testigos sobre hechos indiciarios), se considere suficiente que, respecto a un hecho probado (el primero)²³, los jurados se limiten a decir: «Hemos atendido como elementos de convicción [...]: las pruebas periciales presentadas por los médicos forenses y policía científica; las testificales y la documental, de la certificación en extracto de descripción de defunción de Cecilia». Ni que, para mayor asombro, que el TS se deshaga luego en plácemes como estos: «Rara vez hemos contemplado, en el análisis de los recursos de casación formulados frente a las resoluciones del Tribunal del Jurado, una motivación más completa. El Jurado señala, de modo suficientemente expresivo, detallado y racionalmente comprensible, cuáles son los elementos probatorios tomados en consideración para declarar acreditados individualizadamente cada uno de los puntos del cuestionario fáctico del veredicto» (STS 1240/2000). No se entiende, la verdad, dónde están aquí la suficiencia en la expresividad y el detalle ni la racional comprensibilidad a los que hace referencia la Sala Segunda.

Y pasaría de castaño oscuro, por supuesto, escudarse en la dicotomía «lego/profesional» para contemporizar con vacíos informativos (relativos, por ejemplo, a cuestiones tales como ¿*quién* dijo?, ¿*qué* dijo? o ¿*dónde* lo dijo?) referidos a obviedades que son habituales en narraciones de asuntos cotidianos²⁴.

En fin, por lo menos alguien ha de hacerse cargo de esa información. Y el TS adjudica esa función al MP, quien redactará la sentencia «[...] expresando el contenido incriminatorio de esos elementos de convicción señalados por los jurados» (STS 151/2014). Lo malo es que los jurados desconocen en qué términos lo hará el MP, puesto que la sentencia se redacta tras la emisión del veredicto.

ii) Si ya es grave *per se*, la calamitosa condescendencia del TS se torna letal al encarar la segunda parte (la «argumentativa») de la motivación del veredicto, a saber: *explicar* sucinamente las razones por las que se declaran tales o cuales hechos como probados o no pro-

bados. Se trata de una obligación de imposible cumplimiento para el Jurado, dado que, sin que se hayan explicitado cuáles son los contenidos (*elementos*) de los *medios* de prueba, no hay manera de *explicar* si son fiables o no ni qué relación tienen con los hechos (si alguna o ninguna, si fuerte o débil) para declararlos probados o no probados.

ii.a) De nuevo, para algo está la Sala Segunda, para echar un capote: o bien las explicaciones son innecesarias, o bien el MP puede hacerse cargo de ellas, dos soluciones que dependen de si se trata de pruebas directas o de pruebas indirectas.

ii.a.a) Si es lo primero, o sea, «[...] cuando, como sucede en este caso, la convicción del Jurado se fundamenta de modo inmediato en su percepción sobre la prueba directa practicada en su presencia, ha de estimarse que la remisión a la misma satisface mínimamente la exigencia legal de “sucinta” motivación, máxime cuando se adopte la opción más favorable al reo, como sucede en el caso actual» (STS 956/2000).

¿Y si no favorece al reo? Pues también. Respecto del crimen de Capdepera (mencionado hace nada), el TS calificaba de «[...] acertadas consideraciones (las) efectuadas en su Sentencia por el MP», entre las cuales este expresamente se desentendía de los ignotos «[...] motivos y razones, por las que la mayoría del Jurado ha otorgado crédito a una versión», descartando otras alternativas²⁵ (Cfr. STS 1240/2000).

Y todo ello porque —se justificaba el TS— «[...] en los supuestos de prueba directa» basta «[...] con la mención o referencia a os testimonios, informes periciales, documentos, etc.», «[...] sin que sea necesario extenderse en los mecanismos puramente psicológicos del convencimiento, que no son exigibles, en realidad, a ningún tribunal ni en nuestro ordenamiento ni en los ordenamientos jurídicos de los países de nuestro entorno» (STS 1240/2000)²⁶.

Es deplorable que, iniciado ya el siglo XXI, se escribieran afirmaciones tan obsoletas (desde la perspectiva teórico-jurídica) y desinformadas (sobre la realidad del entorno) como esas. En esas fechas, ya era moneda de curso corriente (en Italia, sin ir más lejos) la tesis de que la valoración de un elemento de prueba debía empezar con la acreditación de su fiabilidad (o sea: «Toda prueba, antes de probar, debe ser probada»²⁷) y su consiguiente justificación, operación más imprescindible todavía cuando ese elemento se enfrenta a otro(s) elemento(s) de prueba contrapuesto(s).

ii.a.b) Un cariz más complejo presentan las pruebas indirectas (a las que —bien o mal— solemos llamar «pruebas indiciarias»), pues en ellas las explicaciones son necesarias por partida doble.

Simplificando: la prueba indiciaria comprende la concatenación de dos razonamientos; el primero, que parte de un *elemento* de prueba y conduce a la prueba del *indicio* (o hecho secundario); y el segundo, que empieza por el *indicio* ya probado (y que funciona ahora como elemento de prueba) y conduce a la prueba del *hecho* (delictivo).

En las SSTS no suele prestarse atención al primero de los tramos (el razonamiento que relaciona el *elemento* de prueba inicial con el *indicio*), lo cual estaría en consonancia con la doctrina expuesta hace poco a propósito de las «pruebas directas» (cuya valora-

ción —recuérdese— no exigiría ser motivada). Es el segundo (el recorrido argumental que enlaza el *indicio* con el *hecho*) el único que amerita la consideración del TS, pero de cuya expresión escrita este exonera al Jurado, cargando de nuevo sobre la espalda del MP la tarea de explicitar «[...] la inferencia cuando se trate de prueba indiciaria o de hechos subjetivos» (STS 151/2014).

(Un paréntesis: creo imprescindible precisar que la explicitación de la inferencia, lejos de ser requisito de una «motivación reforzada»²⁸, constituye un componente *básico* —no es un mero «refuerzo»— en la motivación de las pruebas indiciarias. Fin del paréntesis).

Aunque sea discutible, el MP queda, pues, encargado de plasmar negro sobre blanco la inferencia que conecta el indicio con el hecho a probar. No obstante, parece que el TS no ha percibido un aspecto capital de la prueba indiciaria: que, por lo común, del indicio no fluye de manera espontánea e incontestable una inferencia (y solo una). Y así, parece desconocer que la inferencia que el MP haya de trazar está mediatizada por una serie de opciones (y de valoraciones, por tanto) que dependen de si el *indicio* es *ambiguo* (porque da pie a varias inferencias) o *unívoco* (solo da lugar a una inferencia), de si la *inferencia* retenida es *vaga* (abierta a varias interpretaciones) o *precisa* (de interpretación única) y, finalmente, de si la *inferencia* ya interpretada es *débil* (sustentada en regularidades empíricas escasas o medianas) o *grave* (porque condensa lo que sucede siempre o casi siempre). Ya la misma elección de una inferencia entra en la valoración del elemento de prueba correspondiente²⁹. Pero de ello no puede percatarse quien —como la Sala Segunda— cultiva una imagen simplista, beatífica y acrítica de la inferencia y la presenta como «[...] el proceso racional que conduce de *forma natural* desde unos hechos ya probados hasta otros hechos, objetivos o subjetivos, necesitados de prueba» (STS 151/2014, cursivas mías)³⁰. Se ha evaporado la valoración en el tramo en el que más urgía su necesidad.

La inferencia es fruto de una valoración. ¿Y a quién corresponde justificarla? No, desde luego, a quien ni siquiera ha formulado la inferencia (o sea, el Jurado). Y —desde la perspectiva del propio TS— tampoco a quien (como el MP), ocupado en «[...] la constatación de la concurrencia de prueba de cargo», no le concierne «[...] su valoración, que es una actividad posterior competencia del Jurado» (STS 1240/2000). ¿Entonces?

ii. b) ¿Qué se ha hecho por fin con el art. 61.1 de la LOTJ? En resumidas cuentas: el TS extiende la modalidad de la «explicación sucinta» a una parcela en la que el legislador no había previsto su vigencia (o sea, los «elementos de convicción»), y después lo sustituye por el desgobierno de una *nula explicación* allí donde sí estaba prescrita su obligatoriedad (es decir, para explicar las «razones» por las que se declaran probados o no probados los «hechos» contemplados). No se trata de un balance caricaturesco; se ajusta con claridad auroral a lo que reconocía la misma Sala Segunda cuando declaró que «[...] la motivación del veredicto [...] solo debe consistir en la referencia a los elementos de convicción que (se) han tomado en consideración» (STS 1240/2000). ¿Es únicamente esto lo que dispone el art. 61.1 LOTJ?

Ah, y los hechos no probados han desaparecido definitivamente del horizonte: en silencio y sin avisar.

6. EL MP AL RESCATE

Catorce años más tarde, la Sala Segunda del TS persevera y defiende sustancialmente la misma tesis (si bien con evidente desaliño textual³¹). Literalmente (y sin ninguna elisión): «La Ley Orgánica del Tribunal del Jurado solo exige (art.61 d) “una sucinta explicación de las razones...” que han tomado en consideración los ciudadanos jurados como elementos de convicción para declarar probados los hechos y la participación en ellos del acusado» (STS 151/2014).

La Sala es consciente que este bagaje no es suficiente para cumplir con «[...] la motivación de los hechos» en cuanto «[...] parte esencial de la exigencia motivadora». Por ello, persiste en que las aludidas razones «[...] deberán ser *complementadas*, cuando sea necesario y de forma congruente con lo expresado por el Jurado, por el magistrado presidente en tanto en cuanto pertenece al tribunal y ha contemplado atentamente el desarrollo del juicio, motivando la sentencia de conformidad con el art. 70.2 de la LOTJ». Y reitera la forma en que «[...] esta motivación fáctica debe ser *desarrollada* por el magistrado presidente al redactar la sentencia»: «[...] expresando el *contenido incriminatorio* de esos elementos de convicción señalados por los jurados y *explicitando la inferencia* cuando se trate de prueba indiciaria o de hechos subjetivos» (STS 151/2014, cursivas mías).

i) Si bien, visto lo que hay, sería excesivo exigir a la Sala Segunda un diezmo de claridad sobre el uso indistinto de dos términos cuyo significado es distinto («complementar» y «desarrollar»), sí debe formularse la siguiente objeción: «Que la motivación, en los términos del tan discutido art. 61.1 d) LOTJ, deba ser sucinta, no implica que deba aceptarse una motivación escasa que, en caso de necesitarlo, haya de ser completada por el magistrado presidente en la sentencia, como si este fuera un miembro cualificado del Jurado que, paradójicamente, no ha formado parte de las deliberaciones [...] en definitiva, solo podría calificarse como auténtico disparate que el magistrado presidente tuviera que dar razones que avalen una decisión que le es totalmente ajena y respecto de la que tiene absolutamente vetada la participación en la deliberación. Solo quien valora la prueba puede motivar el resultado, y debe hacerlo aludiendo al porqué real de la decisión, y no a razones que podrían no tener reflejo en el *iter* decisorio» (Fernández López, 2021: 369).

ii) Bien es cierto que no ignoro los visos de una socorrida réplica («a falta de pan buenas son las tortas») para redimir un mal procedimiento si los resultados conseguidos se estiman plausibles. Cosa que aquí está por ver, no obstante. Me gustaría saber, en efecto, cuántas veces (si alguna), en vía de apelación, el recurrente declina arteramente prestar atención a una *sentencia* finalmente bien fundada (gracias al combinado aporte del Jurado y del MP) para focalizar su queja exclusivamente en las carencias del *veredicto*; y, por lo mismo, cuántos recursos se han desestimado mostrando únicamente, de manera socialmente per-

suasiva, que el MP ha compensado en la *sentencia* las aducidas y reconocibles insuficiencias del *veredicto*.

iii) De cualquier modo, aquí encaminaré mi desacuerdo en otra dirección: mostrando la violencia que el TS ejerce sobre la LOTJ para hacer pasar por legalmente legítima y lógicamente pacífica una solución (la suya) que se caracteriza justo por lo contrario.

iii.a) De entrada, el TS no aclara *quién* impone la obligación de que las «razones» (sucintamente explicadas en el veredicto) «[...] deberán ser complementadas, cuando sea necesario y de forma congruente con los expresado por el Jurado, por el magistrado presidente en tanto en cuanto pertenece al tribunal y ha contemplado atentamente el desarrollo del juicio» (STS 151/2014), si es el legislador o el propio TS.

No hay en la LOTJ ni rastro de previsión normativa de ninguna *colaboración* del MP con el razonamiento del Jurado. Y extrañaría que la hubiera, porque —al menos con la LOTJ en la mano— el legislador nunca contempló la eventualidad de que tal apoyo fuera alguna vez necesario.

iii.b) Además, la combinación por la que aboga el TS está plagada de contraindicaciones, ya que los artículos 70.2 y 61.1 d) de la LOTJ se relacionan con: *a) sujetos* diferentes (el MP en un caso, el *Jurado* en el otro); *b) decisiones* adoptadas en *momentos procesales* distintos e *incomunicadas* (una *previa* a la deliberación del Jurado y, por tanto, *sin conocimiento* de esta, la otra con *posterioridad* pero *desconociendo* el contenido de lo decidido por el MP); *c) funciones* que difieren entre sí (como son: *justificar* —*a posteriori*— el *paso a la deliberación* del Jurado y *fundamentar* la *declaración* sobre la *culpabilidad o no* del acusado); *d) finalidades* diversas (*constatar* la *existencia* de *pruebas de cargo* y *declarar* como *probados o no probados* determinados *hechos*, respectivamente); *e) criterios epistemológicos* dispares (en un caso, exclusivamente *verificacionista* —existencia de prueba de cargo— siendo determinante en el otro la *razonabilidad* de la *valoración*); etcétera.

iii.c) Por si algo faltara, la propuesta del TS discrimina allí donde la LOTJ no es discriminadora. El art. 70.2 LOTJ entra en escena únicamente «[...] si el veredicto fuese de culpabilidad». Es decir, la colaboración del MP sería entonces selectiva, pues si el veredicto es de no culpabilidad, el MP abandona al Jurado a su suerte. Sin embargo, lo dispuesto en el art. 61.1 LOTJ es indistintamente aplicable a todos los veredictos, sean de culpabilidad o de no culpabilidad (por ningún lado aparece distinción alguna entre unos y otros).

Por ello, el único modo de compaginar ambos artículos de la LOTJ consistiría en considerar al art. 61.1 como el *régimen común* para *todo tipo* de veredictos y el art. 70.2 como una *garantía añadida* a los *veredictos de culpabilidad* (pero no como un «complemento» por algo que *faltara* en la base común ni como un «desarrollo» de algo todavía *germinal* en la base común).

Resumiendo: ¿de qué chistera saca el TS la idea de que el art. 70.2 indica al MP cómo «complementar» o «desarrollar» la motivación del veredicto (a cargo del Jurado) tal cual aparece prescrita en el art. 61.1 d)?

En suma: los artículos 61.1 y 70.2 de la LOTJ, destinados respectivamente a los jurados legos y a los magistrados presidentes, determinan —como aclara quien posee un conocimiento privilegiado de esta cuestión— «[...] la heterogeneidad de competencias y la diferencia de responsabilidades en la motivación de la sentencia», «[...] pero sin suplencias ni complementaciones entre los unos y los otros, sino desde el equilibrio de poderes» (Varela, 2021: 212).

NOTAS

1. Me refiero al artículo de Fernández López (2021).
2. Porque a la *auctoritas* profesional de quien lo escribe, magistrado emérito del Tribunal Supremo, se une su protagonismo en la *autoría* material del documento legislativo (la LOTJ) que centrará mi atención. Me refiero, cómo no, al artículo de Varela (2021).
3. A no olvidar que en el seno de la Sala Segunda cohabitaron (en algún periodo) dos líneas doctrinales: «flexible» (mayoritaria) y «exigente» (minoritaria). Cfr., al respecto, Casado Navarro (2004). Ha prevalecido la primera.
4. Sirviéndome de la expresión crítica utilizada por el principal redactor del texto de la Ley, quien buscando «[...] constatar en qué realidad se había convertido *la voluntad del legislador*, cuando dio cumplimiento al mandato constitucional, entregando a los ciudadanos el poder de juzgar en materia penal», concluía que «[...] me parece haber encontrado una cierta distancia, por no decir frontal discrepancia, entre mi estimación de *lo querido por la norma*, y las conclusiones impuestas por el Tribunal Supremo» (Varela, 2003: 550-551, cursivas mías).
5. Por ejemplo, en el artículo de Fernández López (2021: 357) se subraya la circunstancia de que «[...] fueran muchas las críticas dirigidas a la LOTJ, que se decantó por el Jurado de corte anglosajón, incompatible a todas luces con la garantía constitucional de motivación de las resoluciones judiciales exigidas por el artículo 24 de la Constitución».
6. La misma Fernández López (2021: 357) nos recuerda que Gimeno Sendra puso especial énfasis «[...] en evidenciar el imposible cumplimiento para los jurados, sin la intervención de un juez técnico, del deber de motivación de su decisión establecido en el art. 61.1 LOTJ».
7. Me viene a la memoria el caso *Pagasarri*, cuyo veredicto exculpatario anuló el TSJ del País Vasco por falta de motivación; la resolución fue, a su vez, posteriormente volteada por el TS al ratificar la correcta motivación de la absolución inicial (STS 652/2014).
8. Y con anejo voto particular del ponente sustituido (STS 279/2003).
9. Como la que deja traslucir un ponente cuando escribe: «Las razones que fundamentan la convicción de cada uno de los nueve jurados pueden ser parcialmente divergentes, y algunos pueden haber puesto el acento en una fuente de prueba a la que otro da menos crédito, u obtenido su convicción a través de un razonamiento parcialmente diferente. La inexistencia de un ponente profesional que concilie todas esas razones, conducirían, previsiblemente, a una alta prevalencia de supuestos de discordancias irreductibles en la motivación, si se exigiese una minuciosidad exhaustiva en el detalle» (STS 151/2014). O sea, como si la motivación consistiera en integrar armónicamente en un todo la suma de los variopintos soliloquios mediante los cuales los individuales componentes del Jurado expresan los distintos itinerarios seguidos, cada uno por su cuenta, para llegar a una convicción personal. ¿Para qué sirve, entonces, la deliberación,

cuya metodología dialéctica posibilita cambiar de opinión a la luz de los argumentos ofrecidos por los otros colegas? ¿Y dónde queda la regla de la mayoría, que permite confeccionar una motivación impersonal e imputable al jurado en su conjunto, con la consiguiente irrelevancia de las opiniones nada más que particulares? Encima, el argumento del TS pasa por alto algo muy elemental: que apreciar y controlar (en vía de recurso) si la explicación ofrecida por el Jurado es «sucinta» (pero suficiente) o —por el contrario— insuficiente y/o incompleta para nada depende de si es «sucinta» (pero suficiente) la *descripción* de cuanto haya dicho cada uno de los jurados (de lo que además no hay constancia), sino de si son «sucintas» (pero suficientes) las explicaciones plasmadas en el acta del veredicto sobre las razones con las que se *justifica* la decisión de considerar probado o no probado cada hecho cuestionado. El «hecho» a probar es la referencia a tener en cuenta para apreciar la suficiencia de la motivación y no los desahogos de los nueve jurados durante la deliberación.

Invito a la lectura de un artículo (Cassano, 2014) referido a Italia, pero válido en más amplio entorno, que fue publicado el mismo año en que fue dictada la mencionada STS.

10. Expuse hace años algunas de las consideraciones que seguirán en Igartua (2014).

11. Tampoco el TS ha evitado siempre incurrir en esa inexactitud. Por ejemplo, en la STS 956/2000 hay una referencia a «[...] la exigencia legal de “sucinta” motivación». Lo mismo sucede en en otras SSTs.

12. Particularmente cuando, como aquí, y según se ha escrito: «El objetivo de alcanzar motivaciones que, aun siendo concisas, sean completas requiere un discurso nuevo para nuestra cultura jurídica y, por tanto, no fácil de ser elaborado» (Lupo y Amodio, 2009: 80).

13. Objeción que también me atrevería a dirigir a Fernández López (2021: 368) cuando escribe: «La dificultad de que un órgano integrado por personas legas en Derecho motive sus decisiones, aun mediante esa mitigada exigencia de que la explicación sea “sucinta”, no ha pasado desapercibida al legislador».

14. Procede puntualizar que, pese a los diferentes *étimos* de «sucinta» y «concisa», son palabras sustancialmente equivalentes en el lenguaje común. Cfr. Colesanti (2017: 1407). Y lo mismo podría valer para la palabra «escueta» si atendemos a estas palabras de la Sala Segunda: «Como recuerdan las sentencias de esta Sala núm. 591/2001, de 9 de abril y núm. 300/2012, de 3 de mayo, el Acta del veredicto contiene un apartado en el que el Jurado debe hacer constar, de *modo escueto* pero suficiente, cuáles han sido los fundamentos de su convicción» (STS 151/2014, cursivas mías).

15. Subrayaré, por si acaso, que si es objeto de «concisa exposición» todo cuanto abarquen los «motivos de hecho», entonces ahí va incluida «[...] la indicación de los resultados obtenidos y de los criterios de valoración de la prueba adoptados y la enumeración de las razones por las que el juez retiene no atendibles las pruebas contrarias».

16. En expresión del celeberrimo procesalista italiano Franco Cordero (cit. en Triggiani, 2017:132).

17. Pues ya en el Codice di Procedura Penale de 1930 había llamamientos a la síntesis en la motivación de las sentencias; y de ahí que su art. 474.4 requiriera «[...] una concisa exposición de los motivos de hecho y de derecho» (Triggiani, 2017:132).

18. ¡Atención! No tomo en cuenta el art. 218 de la actual LEC (año 2000) por ser posterior a la LOTJ (año 1995). Solo interesa averiguar si, en el entorno legislativo donde germinó la Ley del Jurado, existía alguna disposición legal que regulara con mayor exigencia las motivaciones de los jueces que la LOTJ la motivación de los veredictos.

19. Por si alguien siente curiosidad por conocer la literalidad íntegra del mencionado art. 248.3, helo aquí transcrito: «Las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados

y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último el fallo. Serán firmadas por el juez, magistrado o magistrados que las dicten».

20. En efecto, hubo quien puso el acento en que el art. 218.2 de la posterior LEC, al distinguir los elementos «fácticos y jurídicos» del pleito que habrían de considerarse individualmente y en conjunto, introducía una novedad (De la Oliva, 2000: 417); lo que no sé si ello implica que hasta entonces (la LOPJ comprendida) el legislador no habría previsto ningún espacio en la sentencia para la motivación fáctica.

21. A ese respecto, me parece oportuna la siguiente observación: «Aunque las normas que disciplinan la formación externa de la sentencia suelen descuidar este aspecto, lo cierto es que lo correcto es que se relacionen expresamente los hechos que se tengan por no probados. Y a su consignación debe seguir la plasmación de las razones por las que se ha alcanzado la convicción sobre su falta de prueba» (De Miranda, 2015: 302). Requisitos, en cambio, cumplidamente atendidos en la Ley del Jurado, como se ha visto.

22. Y lo digo con toda intención porque las palabras de quien fuera autor material del Anteproyecto de la LOTJ son significativas: «Lo que permite calificar al juez como científico es una formación bien limitada: la dogmática. Y esta constituye pertrecho bien exiguo en lo tocante a la tarea de comprobación de la verdad de lo ante él alegado mediante el estudio y análisis de la actividad persuasiva de los sujetos del proceso» (Varela, 1995: 51).

23. Cuyo contenido era (según la STS 1240/2000) el siguiente: «Que en la madrugada del día 10 de septiembre de 1996, Cecilia, entonces de 29 años de edad, vendedora de la ONCE por su defecto visual y madre de cinco hijos, fue llevada en el vehículo Ford Fiesta TN...W hasta el vertedero de Capdepera (Mallorca), donde, quienes habían allí llegado con ella para intimidarla con la finalidad de que les diera el dinero que le pedían, la hicieron bajar, siendo sucesivamente golpeada con puñetazos en la cara (lo que la hizo caer al suelo), maniatada y, tras colocársele una mordaza en la boca, introducida en una nevera abandonada en el vertedero, para después rociar una manta con varios litros de gasolina, manta con la que fue cubierto el cuerpo de la mujer, prendiéndole fuego y produciéndose, en consecuencia, la muerte, por combustión de Cecilia, cuyo cadáver calcinado fue encontrado en dicho vertedero por la Policía Local de Capdepera a primera hora de la mañana del siguiente día 20 de septiembre de 1996».

24. Situación diversa es la que generan las confrontaciones sobre pruebas científicas, antes las cuales, sin embargo, ningún auxilio aporta la técnica jurídica a los jueces de carrera.

25. «No es incumbencia de este magistrado indagar en los motivos, y razones, por las que la mayoría del Jurado ha otorgado crédito a la primera versión dada por Rafael, descartando las siguientes vertidas ante el Juzgado el día 8 de octubre (y que también habían sido leídas a instancias del Ministerio Fiscal) y después, en términos distintos, al sacerdote del Centro Penitenciario (que fue oído como testigo de referencia); para formar su convicción la mayoría de los Jurados sin duda han valorado como pruebas, y de ahí que el acta del veredicto lo consigne de manera expresa, las declaraciones de Gabriel y Rodolfo, y en relación al acusado Luis Antonio, las aportadas por la Policía Local de Capdepera; quiere ello decir que el Jurado ha creído a aquellos dos testigos y han entendido que la actuación de la Policía fue en todo momento correcta e imparcial» (STS 1240/2000).

26. Tesis, no obstante, menos desafortunada que otra del mismo año, cuando se sostiene que «[...] la convicción del Jurado se fundamenta de modo inmediato en su percepción sobre la prueba directa practicada en su presencia» (STS 956/2000).

27. Como decía el fiscal italiano (y finalmente procuratore ante la Corte di Cassazione) Iacoviello (1997: 166).

28. Lo digo como reacción cautelar a esta consideración: «No es difícil que los jurados deban enfrentarse a procedimientos con numerosas pruebas indirectas, circunstancia que, lejos de entenderse como un motivo legitimador de una motivación menos rigurosa —atendida su dificultad— requiere una motivación reforzada» (Fernández López, 2021: 363).

29. Y todo eso sin contar con que la fuerza probatoria resultante de cada indicio puede sufrir variaciones en función de cómo se inserta ella en el conjunto de los resultados de los demás indicios concernidos.

30. Si resulta difícil que un lego, sin las debidas instrucciones ni algún entrenamiento, pueda acometer con acierto las complejas operaciones que entraña la valoración de una prueba indiciaria, algo similar cabrá suponer de un profesional que ignora aspectos tan básicos de la misma, como los recién apuntados.

31. Las «razones» de las que se habla en el art. 61.1 no son, por sí mismas, «elementos de convicción» (los cuales primariamente están constituidos por las informaciones que vehiculan los medios de prueba). Las «razones» del Jurado confieren plausibilidad o implausibilidad a los «elementos» (contenidos en las pruebas aportadas por las partes procesales); de ahí la fórmula: «Los jurados *han atendido* como elementos de convicción [...]», que implica identificar, primero, cuáles son esos *elementos* y, después, cuáles las *razones* por las que aquellos han sido atendidos.

BIBLIOGRAFÍA

- CASADO NAVARRO, Carmen (2004): «La motivación del veredicto. Los jueces legos y los jueces profesionales: delimitación de funciones según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 50.
- CASSANO, Margherita (2014): «Il segreto della camera di consiglio», *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 9.
- COLESANTI, Vittorio (2017): «Note in tema di crisi e “rinascenza” della motivazione», *Rivista di diritto processuale*, 6.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (2000): *Derecho Procesal Civil*, Madrid: Ramón Areces.
- (2003): «Algunos aspectos de la presunción de inocencia y los juicios con jurado», *Estudios de Derecho Judicial*, 45.
- DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (2015): «La motivación del juicio de hecho: un poco de luz en un mar de sombras», *Justicia*, 2.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes (2021): «Deliberación y motivación del veredicto. Las facultades del magistrado-presidente del Tribunal del Jurado», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 1.
- IACOVIELLO, Francesco Mauro (2013): *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milán: Giuffrè.
- (1997): *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milán: Giuffrè.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan (2014): «La ley del jurado por montera (a propósito de la STS 1511/2014)», *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 81.
- GIUSBERTI, Fiorella, Luca BENSI, Luca y Raffaella NORI (2013): *Oltre ogni ragionevole dubbio. Decidere in tribunale*, Roma-Bari: Laterza.
- LUPO, Ernesto y Ennio AMODIO (2009): «Alla ricerca di linee guida affidabili per una motivazione concisa», *Giustizia insieme*, 2-3.
- TRIGGIANI, Nicola (2017): «Sentenze penali *italian style*», en N. Triggiani (ed.), *Il linguaggio del processo. Una riflessione interdisciplinaria*, Bari: Quaderni del Dipartimento Jonico.
- VARELA CASTRO, Luciano (1995): «Fundamentos político-constitucionales y procesales», en L. Varela (dir.), *El Tribunal del Jurado*, Madrid: CGPJ.

- (2003): «El enjuiciamiento de ciudadanos por ciudadanos. Algunas prácticas conformadas por una jurisprudencia abrogante», *Estudios de Derecho Judicial*, 45.
- (2021): «El jurado y la legitimación del enjuiciamiento criminal», *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 29.

Fecha de recepción: 25 de julio de 2021.

Fecha de aceptación: 13 de octubre de 2021.

NORMAS DE EDICIÓN DE LA REVISTA

<http://teoriayderecho.tirant.com>

I. CRITERIOS GENERALES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS A LA REVISTA *TEORÍA & DERECHO*

1. Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.
2. Los originales de los artículos de las dos primeras secciones («Debate» y «Estudios») tendrán una extensión de entre 8.000 y 14.000 palabras como máximo, un interlineado de 1.5 y letra de cuerpo 12. Deberán presentarse en soporte informático, preferentemente en Word (o formato revisable).
3. Los términos de presentación de originales finalizan el 1 de mayo (para el número que se publica en diciembre) y el 1 de noviembre (para el número que se publica en junio del año siguiente).
4. Al comienzo del texto han de indicarse el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, su cargo o profesión y la vinculación institucional con la que los autores o autoras desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo.
5. Los autores y autoras harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la Revista se pueda poner en contacto con ellos (dirección postal, teléfono y dirección electrónica).
6. Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen de 10 líneas o 1.000 caracteres en castellano y en inglés. También hay que incluir una lista de cinco o seis palabras clave o descriptores de la materia en castellano y en inglés. El título del artículo debe escribirse en español y en inglés.
7. Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados en que se estructuran. Los títulos y subtítulos de los textos seguirán el denominado «Sistema de numeración decimal de capítulos» y se escribirán solo con cifras arábigas. Las secciones se numerarán correlativamente a partir de 1; cada sección o epígrafe puede subdividirse en *n* partes (subtítulos o subepígrafes) desde 1 hasta *n*; cada subepígrafe, a su vez, puede dividirse en otras subsecciones o partes menores desde 1 hasta *n*, y así sucesivamente: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...) (4., 4.1, 4.1.1, 4.1.2...).
8. En el caso de los artículos publicados en la sección «Temas de Hoy», se podrán obviar algunos requisitos formales de la revista (resumen, informes externos, extensión, originalidad), pero nada impide que el original enviado los cumpla plenamente, en cuyo caso la Revista lo hará constar.
9. En las traducciones y textos de la sección titulada «Varia» no se exige el cumplimiento de los requisitos anteriores.

II. ADMISIÓN DE ORIGINALES Y SISTEMA DE EVALUACIÓN

Los originales publicados en las secciones «Debates» y «Estudios» serán sometidos al criterio de expertos. El sistema de arbitraje recurre a evaluadores externos y la Revista garantiza su anonimato. Cualquiera de los evaluadores puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado. Los autores recibirán el resultado de la evaluación y, en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores.

Los evaluadores tendrán en cuenta, especialmente: *i*) la idoneidad temática; *ii*) la calidad y el rigor de los argumentos que se presentan; *iii*) la adecuación de la estructura expositiva del texto; *iv*) la oportunidad y relevancia del artículo para la discusión de problemas en su área de investigación; y *v*) la validez de los datos y las fuentes bibliográficas.

Tras la evaluación realizada por los expertos, la publicación definitiva de los trabajos será sometida de nuevo a la consideración del Consejo Editorial de *Teoría & Derecho*, que se reserva la facultad de revisar y corregir los textos si estos presentan errores ortotipográficos, gramaticales o de estilo.

III. CORRESPONDENCIA CON LA REVISTA

Los originales deben ser enviados por correo electrónico a la dirección: teoria.derecho@uv.es. Los autores deben mandar dos archivos diferenciados en formato Word o compatible. El primero de ellos será el texto original que deberá estar completamente cegado y no contener ninguna referencia que permita al revisor/a conocer su autoría. En este mismo deberá aparecer el título, resumen y palabras clave en español e inglés. Asimismo, deberá suprimirse cualquier propiedad del archivo que haga referencia al autor o autora. El segundo documento debe contener título del texto, nombre y apellidos del autor, institución de origen, puesto que se ocupa en la actualidad, dirección de correo electrónico, así como los agradecimientos y referencias a proyectos de investigación en los que se enmarque la investigación del artículo.

Adjunto a los anteriores debe remitirse cumplimentado el formulario relativo a la gestión y protección de los datos personales por parte de la editorial de acuerdo con la normativa vigente. Dicho formulario puede encontrarse en la web de la revista: teoriayderecho.tirant.com.

También pueden remitirse por correo postal (copia impresa y en soporte digital) a la siguiente dirección: Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, Valencia 46010.

IV. SISTEMA DE CITAS

1. Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo Editorial considera que la forma óptima de presentar las referencias es a través de una nota bibliográfica general situada al final del texto que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de las tesis del autor.

2. Podrá utilizarse también el sistema fecha / autor (o «sistema Harvard») de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se insertarán en el texto con un paréntesis que contenga: autor (coma), año de aparición de la obra y número(s) de página(s) precedido(s) de dos puntos. Ejemplo: (Vives, 2011:129).

Si se trata de una segunda (o posterior) edición de la obra, tal circunstancia se indicará con una voladita situada antes del año de publicación. Ejemplo: (Vives, ²2011: 129).

– Al final del artículo se incluirá un elenco con las referencias completas de todas las obras mencionadas, según los criterios que se indican seguidamente.

En el caso de que se citen varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. En la segunda y siguientes menciones, se sustituirán los apellidos y el nombre del autor por una doble raya (—) seguida de un espacio fijo y sin ninguna puntuación antes del paréntesis en el que se indica el año de publicación.

Si se citan varias obras del mismo autor y año, tanto en las referencias del texto principal como en el elenco bibliográfico se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula, que se escribirá en cursiva (2011*a*).

Si la obra referenciada es de dos o más autores, únicamente se invertirá el orden del nombre y los apellidos del primer autor de la obra, pero no el de los autores sucesivos. Ejemplo: Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

La fórmula anterior es preferible a la de consignar únicamente el nombre del primer autor seguido de las expresiones *et al.* (en cursiva) o «y otros», que también son admisibles.

Tanto en el texto principal como en la bibliografía se utilizarán las comillas angulares o latinas (« »), no las inglesas (“ ”). Si dentro de una oración o segmento de texto ya entrecomillado hay una expresión o un enunciado también entrecomillado, se utilizarán las comillas inglesas: (« “ ” »)

– En todo caso, las referencias completas del elenco bibliográfico deberán ser presentadas de la siguiente forma:

- Libros: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero), año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del libro (en cursiva y con mayúscula sólo en la inicial de la primera palabra: la mayúscula en todas las palabras del título es una práctica anglosajona), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección).

Ejemplo: Vives Antón, Tomás S. (2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- Capítulos de libro: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra (entre comillas angulares), responsables subordinados (compiladores, editores, etc., precedidos de «en»; el nombre de pila de los responsables subordinados puede consignarse con la inicial antes del apellido), título del libro (ver arriba), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

- Artículos de revista científica: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del artículo (entre comillas angulares y con mayúscula solo en la primera palabra), nombre de la revista (en cursiva y mayúsculas), (eventualmente, volumen y número de la revista) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

- Recursos electrónicos: la inclusión de la referencia de los textos en formato electrónico en el elenco bibliográfico solo será obligatoria cuando el documento *únicamente* sea accesible en la red y no esté publicado en una revista o libro (incluidos los electrónicos). En este caso, la cita deberá presentarse del siguiente modo: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra, indicación de soporte entre corchetes («[en línea]»), dirección completa y disponibilidad, que empezará siempre con el protocolo de transferencia de hipertexto (http) e irá entre antitildas y con punto después de la antitilda de cierre (< >.), y fecha de consulta (entre corchetes y con punto final antes del corchete de cierre).

Ejemplo: Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <<http://www.arxiv.org/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>>. [Consulta: 12/06/2014.]

V. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los autores y autoras ceden en exclusiva a la Revista los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos. Asimismo, permiten al Consejo de la revista distribuir sus contenidos en todas aquellas bases de datos científicas en la que se encuentre indexada la Revista, siempre con el objetivo de asegurar una amplia distribución de los contenidos cedidos por los autores.

VI. ÍNDICES DE CALIDAD Y BASES DE DATOS

Cumple todos los criterios de calidad de revistas establecidos por el Comité 9 CNEAI (sexenios) Journal Scholar Metrics. Revistas Españolas de Derecho

http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5_index&sort=DESC&related=T&country=es

ERIH PLUS (European Index for de Humanities and the Social Sciences) La revista Teoría y derecho ha sido incluida en este índice en febrero de 2017.

<https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info?id=488762>

Google Scholar Metrics (2011-2015), Índice H de las revistas científicas españolas. La revista es la 81 de 148 posiciones.

CARHUS PLUS : valorada como A

RESH (Revistas españolas de ciencias sociales y humanidades).

Incluida en revistas jurídicas interdisciplinarias. La mejor valorada por los expertos

<http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>

DICE (Difusión y calidad editorial de las revistas españolas de humanidades y ciencias sociales y jurídicas) <http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443>

LATINDEX: cumple 33 criterios, sobre 33.

ISOC: Sumarios Derecho

CIRC: Calificada como B

I. GENERAL CRITERIA FOR SUBMISSIONS TO THE JOURNAL *TEORÍA & DERECHO*

1. All manuscripts submitted for consideration should be original and unpublished.
2. «Debate» and «Estudios» original texts should average between 8.000 and 14.000 words in length, spaced in 1.5, and 12p for the body type. They must be submitted electronically, preferably in Word (or other similar revisable format).
3. Submissions are required to be sent before May 1st. (for December's issue) and before November 1st. (for next year's June's issue).
4. At the beginning of the article, authors must indicate the title of the paper, full name of the author(s), position of the author(s), and the institution they come from.
5. Authors must send their contact information (specifically: address, telephone number and e-mail) within their submission form in order to allow the Journal to maintain regular contact with them.
6. Submissions must include an abstract of 10 lines or 1000 characters and a list of 5-6 key words in Spanish and English languages in any case. Titles must be written in Spanish and English.
7. Submissions should include a Summary, where titles of the different sections of the text are written. Submission structure must follow the so-called «Decimal Numbering System for Chapters and Subheading», and they should be written only with Arabic figures. Sections will be numbered consecutively starting on number 1. Each one can be divided in n sections, from 1 to n ; each subsection can also be divided from 1 to n , and so on: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...) (4., 4.1., 4.1.1., 4.1.2...).
8. Submissions to the section «Temas de Hoy» may omit, fully or partially, the formal requirements mentioned (abstracts, peer review, length and the requirement to be an unpublished work), although the manuscript submitted may accomplished some or all of them. In this case, the Journal *Teoría & Derecho* would mention it.
9. In the case of texts and translations submitted to the «Varia» section, there is no need to comply with the formal requirements mentioned above.

II. PEER REVIEW PROCESS AND REVIEW OF SUBMISSIONS

In order to select the texts to be published, all submissions will be reviewed through a peer review process. The assessment will be carried out by two reviewers. These reviewers, preferably external experts, will be anonymous and they will present their reconsiderations on admitted texts. In order to be published, submissions should obtain a positive assessment of both reviewers. In case of contradiction, the final decision will be taken by the Editorial Board. Authors will receive the reviewers' reconsiderations and they will be given an appropriate period of time to modify their texts according to the comments of the experts.

Reviewers will take into consideration the following: *i)* the thematic suitability; *ii)* the scientific quality and the competence of the arguments presented; *iii)* the appropriateness of the text's structure; *iv)* the opportunity and relevance of the submission in a given research area; and *v)* the acceptance of the data and bibliographical resources used.

Once the revision process undertaken by the experts has finished, the final text to be published will be approved by the Editorial Board of the Journal, which will be competent as well to make orthotypographics, gramatical and writing-style corrections, if necessary.

III. CORRESPONDENCE WITH THE JOURNAL

Manuscripts should be sent to this e-mail address: teoria.derecho@uv.es

Authors must send two different files in Word (or compatible format). First the manuscript which must be completely blind. This is, no reference may let the reviewer know the authorship. In this one, the title, the abstract and the keywords must be include in English and Spanish. Moreover, all the properties of the file referring the author/s must be also erased. The second file should contain: the title, name and surname/s of the author/s, institution, current position, email address, and the acknowledgments and references to the research projects or so on within which the research has been developed.

Attached to the former ones, the form related to the personal data protection and its treatment should be submitted to the editorial, according to the current regulations. This form can be downloaded at the website of the journal: teoriayderecho.tirant.com

Manuscripts can be also sent through postal mail to Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, 46010 Valencia.

IV. QUOTES CITATION FORMAT

Only two citation systems can be used:

1. Taking into account the nature of the Journal, which is orientated to theoretical thought, it should be preferred to include the bibliographical references at the end of the article, through a bibliographic note which reflects the state of the question, the most relevant articles and the fundamentals of the author's thesis or reasoning.

2. The date / author citation system (or Harvard system) could also be used. In this case, a list of bibliography must be placed at the end of the document.

Doing this, citations should go in brackets, including author's surname, date of publication and the page / s. For instance, (Vives 2011:129).

If it is a second or later edition, this matter will be indicated with a superscript, written just before the year of publication. For instance, (Vives, ²2011: 129).

– At the end of the article, a complete list of bibliography should be included according to the following criteria:

If several papers of the same author are cited, they should follow a chronological order. In second and subsequent mentions, authors' surnames and names will be substituted by a double line (—), followed by a space, and no punctuation before the brackets, with the year of publication.

If the articles or books are published by the same author in the same year, they will be ordered alphabetically with a lowercase letter written in italics (2001*a*).

If the paper referenced to is written by two or more authors, the order will be changed only in relation to the first author's name and surnames. For instance, Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

The previous system will be preferable to the one in which the first author's name is followed by the expression *et al.* (italics) or «and others», although the latter is also allowed.

In the main text and in the bibliography, Latin / Spanish quotation marks (« ») will be used, not English quotation marks (“ ”). English quotation marks can be used whenever an expression and / or part of a sentence is already quoted, within the major sentence (« “ ” »).

– In any case, bibliographical references must be quoted in the following way:

Books: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the book (italics and capital letter only the initial of the first word, not all the words), place of edition (colon), editor's name, and, eventually, collection.

For instance: Vives Antón, Tomás S. (2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Book chapter: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the chapter (double quotation marks), person in charge of the edition (editor, coordinator, compiler..., preceded by «in»; name of person in charge may be written with the initial before the surnames), title of the book (italics and capital letter only the first letter of the first word, not with all the words), place of edition (colon), editor's name, eventually, collection, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

Article of Scientific Journals: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the article (double quotation marks), title of the journal (italics and capital letters), eventually volumen and issue of the journal, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

Electronic Resources: References to an electronic resources in the list of bibliography is not compulsory when the resource is only available online and it is not published in a journal or book (even electronic ones). If so, the reference should be as follows: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the resource (double quotation marks), format between square brackets («[on line]»), link and availability, beginning always with the Hypertext Transfer Protocol (http) and it will be between broken brackets, followed by a stop after the end (< >.), and date of reference (with square brackets and full stop before the end square bracket).

For instance, Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <<http://www.arxivars.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>>. [Date of reference: 12/06/2014.]

V. COPYRIGHT NOTICE

The authors of submitted texts agree to assign their copyright and reproduction rights to the Journal. Therefore, the Journal will have exclusive rights to authorize the reproduction public display and / or distribution of the work. The authors authorize the Journal to make the work available and to share its content in scientific databases, in which the Journal is indexed, in order to make sure a greater citation of those contents granted by the authors.

VI. SCIENTIFIC RANKINGS AND DATABASES

The Journal meets the quality criteria established by the "Comité 9 CNEAI" (six-year terms) Journal Scholar Metrics / Spanish Scientific Legal Journals
http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5_index&sort=DESC&related=T&country=es

ERIH PLUS (European Reference Index for the Humanities and Social Sciences). The Journal Teoría & Derecho has been indexed in February 2017.

<https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info?id=488762>

Google Scholar Metrics (2011-2015), H Index of Spanish Scientific Journals. The Journal is ranked 81 out of 148.

CARHUS PLUS : Position A

RESH (Spanish Journals of Social Sciences and Humanities). The journal is the highest ranked within the interdisciplinary scientific journals.

<http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>

DICE (Dissemination and editorial quality of the Spanish Scientific Journal of Humanities and Social and Legal Sciences)

<http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443>

LATINDEX: it meets 33 criteria out of 33.

ISOC: Abstracts in Law

CIRC: Position B

NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

<http://teoriayderecho.tirant.com>

the same time, the fact that the two countries have similar political systems and a similar history of colonialism may have influenced the results.

There are a number of limitations to the current study. First, the sample size is small and the data are cross-sectional.

Second, the study is limited to the two countries and the results may not be generalizable to other countries.

Third, the study is limited to the two countries and the results may not be generalizable to other countries.

Fourth, the study is limited to the two countries and the results may not be generalizable to other countries.

Fifth, the study is limited to the two countries and the results may not be generalizable to other countries.

Sixth, the study is limited to the two countries and the results may not be generalizable to other countries.

Seventh, the study is limited to the two countries and the results may not be generalizable to other countries.

Eighth, the study is limited to the two countries and the results may not be generalizable to other countries.

Ninth, the study is limited to the two countries and the results may not be generalizable to other countries.

Tenth, the study is limited to the two countries and the results may not be generalizable to other countries.

Eleventh, the study is limited to the two countries and the results may not be generalizable to other countries.

Twelfth, the study is limited to the two countries and the results may not be generalizable to other countries.

Thirteenth, the study is limited to the two countries and the results may not be generalizable to other countries.

Fourteenth, the study is limited to the two countries and the results may not be generalizable to other countries.

Fifteenth, the study is limited to the two countries and the results may not be generalizable to other countries.

Sixteenth, the study is limited to the two countries and the results may not be generalizable to other countries.

Seventeenth, the study is limited to the two countries and the results may not be generalizable to other countries.

Eighteenth, the study is limited to the two countries and the results may not be generalizable to other countries.

Nineteenth, the study is limited to the two countries and the results may not be generalizable to other countries.

Twentieth, the study is limited to the two countries and the results may not be generalizable to other countries.

Twenty-first, the study is limited to the two countries and the results may not be generalizable to other countries.

Twenty-second, the study is limited to the two countries and the results may not be generalizable to other countries.

Twenty-third, the study is limited to the two countries and the results may not be generalizable to other countries.

Twenty-fourth, the study is limited to the two countries and the results may not be generalizable to other countries.

Twenty-fifth, the study is limited to the two countries and the results may not be generalizable to other countries.

NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico es una revista académica que publica trabajos científicos y asume un firme compromiso con el cumplimiento de los estándares éticos y buenas prácticas. Tirant lo Blanch, editor de la revista, y su Comité editorial son responsables de determinar y mantener las siguientes normas en el proceso de selección y aceptación de contribuciones remitidas, así como de asumir las responsabilidades que deriven del proceso de publicación. Asimismo, se comprometen a velar por la ética y la calidad científica y académica de la revista, y a que todas las partes involucradas acepten y respeten los principios que siguen.

OBLIGACIONES DE LOS AUTORES

Los autores de los artículos deberán respetar las siguientes obligaciones, así como cumplir las instrucciones para los autores que pueden encontrarse en la página web de la Revista y que se incluyen en cada número.

Los autores se comprometen a presentar manuscritos que no estén sujetos a consideración o que hayan sido enviados previamente a otras publicaciones, y a someterlos a un proceso anónimo de revisión. La investigación debe haber sido desarrollada de acuerdo con estándares éticos e incluirse en la publicación, de modo que se aporte la suficiente información para permitir la réplica académica. Todos los autores deben mencionar las fuentes de financiación que les ha permitido llevar a cabo la investigación y alcanzar los resultados pertinentes, así como la posible influencia de estos en los mismos.

Los artículos remitidos deben ser trabajos completamente originales y, en el caso de que los autores hayan utilizado el trabajo y/o fragmentos de otros, estos deben ser citados de forma adecuada, según las indicaciones anteriormente referidas. Cualquier forma de plagio constituye una práctica contraria a estas buenas prácticas y no se aceptará bajo ninguna circunstancia. Los autores no deben plagiar, práctica por la que se entenderá una copia literal o casi literal, una paráfrasis del texto o de los resultados de la investigación de otros autores.

No es adecuado que un autor remita más de un trabajo en los que se describa una misma investigación, a menos que se trate de una remisión de un artículo rechazado para su publicación en otra revista.

En caso de conocer un error fundamental o una imprecisión relevante en los trabajos ya publicados, los autores deben comunicarlos a la revista.

OBLIGACIONES ÉTICAS DE LOS EDITORES

Los editores son responsables del cumplimiento de las obligaciones anteriormente enunciadas, deben velar por asegurar la calidad científica y académica de *Teoría & Derecho*, y son los principales responsables de la legalidad en materia de propiedad intelectual, derechos de autor, infracción y plagio.

El editor debe respetar la independencia intelectual de los autores y considerar todos los originales remitidos para su publicación, valorando cada una de las contribuciones de forma objetiva. También es el responsable de garantizar a autores y revisores que los manuscritos serán sometidos a un proceso de revisión anónimo. La decisión última y la responsabilidad sobre la aceptación o rechazo de un original recaerá en el Comité editorial.

Es obligación de los editores buscar revisores, que serán escogidos por razón de su prestigio, conocimientos y buen juicio, y valorarán la calidad científica de los trabajos remitidos a la revista. No obstante, los trabajos pueden ser rechazados para su publicación sin revisión externa si, a juicio de los editores, el trabajo es inapropiado para ser publicado en la revista. Esta decisión deberá basarse en la inadecuación del trabajo al contenido y la línea de la revista, la ausencia de actualidad o de suficiente interés, la

incorrección formal, o cualquiera otra razón relacionada con el ámbito de la revista. Los artículos, por tanto, se valorarán únicamente con base en su contenido, con independencia de intereses comerciales y sin discriminación de tipo étnico, racial, ideológico, religioso, de género o cualquier otra hacia el autor.

Los editores deben comunicar el resultado de los informes de valoración a los autores sin revelar ningún tipo de información acerca de la identidad de los revisores, pero informarán de los criterios utilizados por estos a la hora de evaluar el trabajo de cara a su publicación.

Los miembros del Comité editorial y cualquier otro editor no deben desvelar ningún tipo de información sobre un original sometido a consideración a nadie más que aquellos a quienes se solicite asesoramiento académico o científico. La confidencialidad debe ser protegida en todo caso durante el proceso de revisión (de los revisores para el autor, y viceversa). Los editores se abstendrán de participar de la evaluación y cualquier otro proceso editorial que incluya manuscritos en caso de tener algún conflicto de interés a causa de una posible relación competitiva, de colaboración o de otro tipo con cualquiera de los autores del manuscrito presentado.

La información no publicada, los argumentos o las interpretaciones contenidas en un original remitido a la revista no podrán ser utilizados en investigaciones desarrollada por los editores.

OBLIGACIONES DE LOS REVISORES

Los revisores tienen el deber de enjuiciar y valorar de forma objetiva la calidad de los originales, así como su originalidad, haciendo especial hincapié en el mantenimiento de la calidad científica y los estándares científicos. Los revisores ayudan a los editores en la toma de decisiones y pueden asistir a los autores a la mejora de los trabajos.

El revisor advertirá al editor de cualquier similitud sustantiva entre el manuscrito bajo revisión y cualquier artículo o manuscrito similar enviado o publicado en cualquier otra revista o editorial.

Los revisores deben actuar de forma adecuada, remitiendo su informe de valoración en el plazo establecido, aun de modo aproximado. Cuando un revisor propuesto considere no que no es la persona idónea o apta para valorar de la investigación presentada o que sepa que no será posible cumplir los plazos para la revisión, deberá notificar al editor y excusarse tan pronto como sea posible.

Los revisores deben considerar un original sometido a revisión como un documento confidencial. Nunca deberá ser mostrado o discutido con terceros, salvo en casos excepcionales en los que podrá consultarse a personas que puedan asesorar científica o académicamente; en estos supuestos, las identidades de las personas consultadas deben ser reveladas al editor.

CORRECCIONES Y RETRACTACIÓN

En caso de reconocer algún dato o información publicado en la revista *Teoría & Derecho* como falso, erróneo, engañoso o fraudulento, los editores deberán informar a los autores de estas circunstancias y esperar una respuesta de los mismos antes de tomar una decisión editorial. En caso de no quedar satisfechos con la respuesta o si no hay ninguna, los editores podrán decidir retractarse de lo publicado previo acuerdo del Consejo editorial.

La revista *Teoría & Derecho* atenderá cualquier reclamación y queja sobre los contenidos publicados a través de la dirección teoria.derecho@uv.es. Los editores se comprometen a hacer un seguimiento y proceder a la revisión y, en su caso, retractación si estos son necesarios.

Cuando proceda una retractación o una corrección de lo publicado en la revista, los editores se guiarán por los principios contenidos en las Guidelines for Retracting Articles del Committee on Publication Ethics (COPE).

ETHICAL GUIDELINES FOR JOURNAL PUBLICATION

Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico is an academic journal publishing scientific articles with a firm commitment with the meeting of these ethical standards and good practices. Tirant lo Blanch, as editor of the journal, and its Editorial Board have the responsibility to establish and maintain the guidelines to select and accept papers submitted to this journal, assuming those responsibilities arising from the publishing process. Also, they fully commit to ensure that all parties involved meet the ethics, scientific and scholar standards.

ETHICAL OBLIGATIONS OF AUTHORS

The authors are expected to adhere to the following ethical guidelines and to respect the instructions for authors, posted to the website of the Journal and included within each issue.

The authors commit to submit originals which are not submitted to another journals, and to submit them to a double blind review process. The research conducted should be developed according to ethical standards, including sufficient information in the article to allow an academic response. The authors should refer the funding resources to develop the research and achieve the results, as well as the possible influence of these resources in the results.

The authors should ensure that they have written entirely original works, and if the authors have used the work and/or words of other, that this has been appropriately cited. Plagiarism in all its forms constitutes unethical and publishing behavior and is not acceptable. Authors should not engage in plagiarism —verbatim or near— verbatim copying, or very close paraphrasing, of text or results from another's work.

It is improper for an author to submit manuscripts describing essentially the same research to more than one journal of primary publication, unless it is a resubmission of a manuscript rejected for or withdrawn from publication.

When a fundamental error or a relevant inaccuracy within already published articles is known, the authors should advertise it to the editors.

ETHICAL OBLIGATIONS OF EDITORS

The Editor should be responsible for the accomplishment of these and above obligations, and shall ensure the scientific and academic quality of the journal *Teoría & Derecho*, including the respect of legal issues concerning submissions to this Journal, specially intellectual property rights.

The editor should respect the intellectual independence of authors and should consider manuscripts submitted for publication, judging each on its own merits. They are also in charge to ensure that authors and reviewers get involve in a double blind review process. The final decision and the responsibility for acceptance or rejection of a manuscript rests with the Editorial Board.

The editor is required to seek advice from reviewers, who will be chosen for their expertise and good judgment, as to the quality and reliability of manuscripts submitted for publication. However, manuscripts may be rejected without external review if considered by the editors to be inappropriate for the journal. Such rejections may be based on the failure of the manuscript to fit the scope of the journal, to be of current or sufficiently broad interest, to provide adequate depth of content, to be written properly, or other reasons related to the journal. Therefore, contributions may be reviewed solely according to their contents, regardless their commercial interest and without discrimination on the basis of racial, ideological, religious, gender, or any other feature of the author.

The editor should inform about the result of the assessment reports to the authors without disclosing any detail about the reviewers' identity, but the editor should provide the most detailed information about the criteria used by the reviewers to assess the submission.

Members of the Editorial Board and members of the editor's staff should not disclose any information about a manuscript under consideration to anyone other than those from whom professional advice is sought. Confidentiality shall be protected in any case during the peer-review process. The editor should refrain from participating in the review process in case of any conflict of interest due to a competitive or collaboration relation with the author/s of the submission.

Unpublished information, arguments, or interpretations disclosed in a submitted manuscript should not be used in an editor's own research.

ETHICAL OBLIGATIONS OF MANUSCRIPT REVIEWERS

Reviewers have an obligation to do a fair share of reviewing. A reviewer of a manuscript should judge objectively the quality of the manuscript and its originality, with due regard to the maintenance of high scientific and theoretical standards. A reviewer should call to the editor's attention any substantial similarity between the manuscript under consideration and any published paper or any manuscript submitted concurrently to another journal.

The reviewer should inform the editor about any substantive similarity of the submission under review with any other submission or published article in any other journal or publication.

Reviewers should act promptly, submitting a report in a timely manner. A chosen reviewer who feels inadequately qualified to judge the research reported in a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process as soon as possible.

A reviewer should treat a manuscript sent for review as a confidential document. It should neither be shown to nor discussed with others except, in special cases, to persons from whom specific advice may be sought; in that event, the identities of those consulted should be disclosed to the editor.

CORRECTIONS AND RETRACTION

In case of misconduct, inaccuracy or any fraudulent, false or misleading information published in the journal *Teoría & Derecho*, the editor should consult the author/s giving them the opportunity to respond to any allegations before taking an editorial decision. In case of insufficient or lack of response, the editor may decide to adopt a formal retraction or withdrawal of a publication from the journal, in conjunction with informing the head of the author or reviewer's department, Abstracting & Indexing services and the readership of the publication, with the agreement of the Editorial Board.

The journal *Teoría & Derecho* will take account of any claim and complaint about the published contents through the email teoria.derecho@uv.es. The editor is fully committed to follow them up and proceed to the review and, when applicable, to the retraction.

When a retraction or corrections proceed, the editor will follow the Guidelines for Retracting Articles del Committee on Publication Ethics (COPE).

