

ENCUESTA SOBRE DETERMINADOS STATUS PRIVILEGIADOS POR LA CONSTITUCIÓN

La ratificación por parte de España del Estatuto de Roma que instituye la Corte Penal Internacional ha originado ciertas dudas sobre la compatibilidad de sus preceptos con ciertos privilegios e inmunidades reconocidos por nuestra Constitución: la inviolabilidad del Rey, la inviolabilidad e inmunidad de los parlamentarios, las condiciones de procedibilidad frente a los miembros del Gobierno, los aforamientos. Desde esa perspectiva planteó el Consejo de Estado la parte fundamental de su valioso dictamen, del que publicamos un amplio extracto en la sección correspondiente de este mismo número. Pero no pretendemos mediante esta encuesta entrar en el debate técnico surgido en torno a problemas tan precisos, sino simplemente aprovechar la ocasión para volver a preguntarnos por el sentido general que conservan algunos de tales status privilegiados en el marco de los principios consagrados por nuestro Estado constitucional. Como en ocasiones anteriores, las cuestiones sólo pretendían servir de excusa para recoger el discurso libremente articulado por los encuestados, sin vincularles en absoluto a su tenor literal.

PREGUNTAS

1. *¿Existen límites para la inviolabilidad de los parlamentarios, en la medida que la libertad de palabra se utilice extralimitándose de su función institucional, o debe ser preservada incluso, por ejemplo ante la calumnia o en los casos de instigación directa y pública a la comisión de graves delitos?*
2. *¿Es realmente necesaria la inviolabilidad o bastaría para sus fines con la tutela preferente que nuestra jurisprudencia constitucional otorga a la libertad de expresión en el ámbito de la opinión política?*
3. *¿Qué sentido conserva la inmunidad en un Estado de Derecho que consagra la independencia del Poder Judicial?*

4. *¿Cabría a su juicio introducir matices en el alcance o contenido actuales de esa inmunidad parlamentaria?*

5. *¿Cómo valorar, en este contexto, el artículo 102.2 CE, que establece ciertos requisitos para acusar a los miembros del Gobierno por delitos de traición o contra la seguridad del Estado?*

6. *¿Cuál es hoy el sentido y la justificación del aforamiento de los miembros de las Cortes Generales y del Gobierno, como privilegio y como privación de la doble instancia?*

ENCUESTADOS

Eloy García López, *Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Vigo*.

Juan Fernando López Aguilar, *Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*.

León Martínez Elípe, *Letrado de las Cortes Generales**.

Fernando Santaolalla López, *Letrado de Cortes*.

LÍMITES DE LA INVIOABILIDAD PARLAMENTARIA

¿Existen límites para la inviolabilidad de los parlamentarios, en la medida que la libertad de palabra se utilice extralimitándose de su función institucional, o debe ser preservada incluso, por ejemplo ante la calumnia o en los casos de instigación directa y pública a la comisión de graves delitos?

ELOY GARCÍA LÓPEZ

Ante este pregunta caben dos respuestas: una primera que tome como referencia el problema puntual y concreto que plantea el conflicto entre la especial posición en que la inviolabilidad sitúa al parlamento y los derechos fundamentales del ciudadano, especialmente en todo lo relacionado con el artículo 20.4 de la Constitución –un conflicto agravado por la situación de crisis por la que hoy atraviesa la institución–, y otra que procure abordar el problema desde un orden de consideraciones más amplio que trate de analizar si la inviolabilidad sirve todavía a los fines que inicialmente justificaron su emergencia histórica y que se preocupe por

* La respuesta de este autor a nuestro cuestionario no se inserta a continuación de cada una de las preguntas, sino al final de la encuesta.

enjuiciar la cuestión de los límites desde una perspectiva que tenga en cuenta tanto el significado general de la figura jurídica, como el contexto parlamentario en que se inserta y al margen del cual la inviolabilidad carece por completo de sentido. Por coherencia con lo que en otras ocasiones he mantenido y con lo que en este momento pienso, entiendo que debo encaminar la respuesta por esta segunda dirección.

La inviolabilidad en la teoría clásica del primer constitucionalismo burgués tal y como lo concibieron los Constant y Guizot, era un instrumento jurídico que tenía por objeto eximir al parlamentario del control jurisdiccional de sus actos relativos al ejercicio de la función representativa para preservar tanto la exclusividad de la relación representante —representado como la naturaleza política del vínculo que los unía. Este es el motivo por el que otros lenguajes constitucionales utilizan el término irresponsabilidad para definir al instituto, algo que por lo demás, queda perfectamente claro en el paradigmático estudio de Habermas sobre la opinión pública burguesa: la inviolabilidad como corolario del libre mandato, como expresión de la libre relación entre un representado que elige al mejor —en cierta medida al que acredita poseer una mayor *virtú*— y un representante que obra en conciencia en la prosecución del bien general. Este es también, el argumento que se evidencia de manera meridianamente clara en el elocuente discurso del joven Robespierre de 25 junio de 1791, redescubierto por Zagrebelsky y recordado entre nosotros por Fernández-Miranda.

Sobre este presupuesto, el modelo clásico de inviolabilidad se configura como una institución de doble dimensión. De una parte y desde la perspectiva política, la inviolabilidad es una figura indispensable para el régimen parlamentario; sin ella a) la relación a dos bandas elector-elegido corre el riesgo de hacerse trilateral dejando abierto un portillo a la posible presencia de un tercero —el gobierno o la judicatura— que además es posible que termine resultando el protagonista de la misma, y b) asimismo, el fenómeno de la representación política puede fácilmente reconvertirse a un discurso exclusivamente jurídico tal y como sucedía con los viejos estamentos medievales (y habría mucho que decir para matizar adecuadamente esta última afirmación). Por tanto, la inviolabilidad se define en términos políticos como un instituto de garantía de la relación representativa, que por estar incardinado en el corazón del Parlamento (el cuerpo político que hace posible que la sociedad se haga Estado) es un punto de mira privilegiado para comprender la fórmula de legitimidad que soporta al Estado Constitucional en su conjunto; de un Estado que —para utilizar la expresión de Thomas Paine— se define ante todo un *Government by Society* —un Estado de la Sociedad.

Pero de otra y desde un punto de vista jurídico, la inviolabilidad se configura como una institución de excepción que rompe (quiebra diría Schmitt) con la regla de general sometimiento a derecho de todos los poderes públicos en un régimen en el que son las leyes y no los hombres quienes gobiernan (Estado de Derecho). La inviolabilidad sitúa al parlamentario en ciertos y —en principio— tasados supuestos, al margen del derecho y esto plantea graves y a menudo, insolubles dificultades que van desde el imperativo de interpretar restrictivamente lo que no siendo un privilegio sino una excepción a la norma, constituye una indudable

posición de favor respecto de los particulares, susceptible de dar lugar a situaciones de injusticia objetiva, hasta la dificultad de precisar donde empieza y donde acaba la libertad de palabra y de voto del parlamentario –que es el contenido esencial que aspira a proteger.

El problema sin embargo, se plantea en el momento en que en razón a las transformaciones generales operadas en el Estado Constitucional liberal por su conversión en Democrático y de Partidos, el hilo conductor entre sociedad y Estado que era el parlamentario individual desaparece. La inviolabilidad originariamente pensada en ese contexto, se ve obligada ahora a escoger entre adecuarse a la nueva realidad de los partidos, o perecer. No sucede eso en los Estados Unidos, ni en Gran Bretaña, donde por razones diferentes que no es posible explicar aquí, la emergencia de los partidos no se hace a costa de un completo ahogo del parlamentario individual.

¿Que sucede entonces con los límites? Por una parte que allí donde la relación tradicional diputado individual-elector se ha mantenido, el alcance de la inviolabilidad incluso ha aumentado –y en consonancia con ello sus límites se han ampliado– en la necesidad de hacer frente a las nuevas exigencias que imponen las nuevas realidades. En el supuesto por ejemplo, de los senadores y representantes norteamericanos que en la sentencia *Kilbourn vs Thompson* (103 U.S. 168, 201-204 de 1881) –reiterada en la mas reciente *Povel vs. McCorman* (395 U.S. 486, 502 de 1969)– han visto extender la protección de la *speech or debate clause* a las comisiones de encuesta e investigación parlamentaria, o del hecho de que tras la sentencia *Gravel vs United States* –(408 U.S. 606-616 de 1972) confirmada mas tarde en el *Doe vs Mc Millan* (412 U.S. 306-316 de 1973)– se haya llegado a considerar al ayudante del parlamentario y al propio parlamentario como un único sujeto jurídico a efectos de precisar el alcance de su protección.

Por contra, en aquellos ordenamientos donde –como es el caso de España por mandato constitucional del artículo 6– los partidos desempeñan el papel de instrumento fundamental de participación política, la relación representante-representado como recuerda entre otros Garrorena, deviene en una relación a tres: representante-partido-representado en la que lo verdaderamente importante es ese nuevo tercero –el nuevo *Príncipe de Gransci*– que por un lado asume el papel de centro de imputación de la vieja relación política representativa y por otro establece con los parlamentarios que se agrupan en sus filas, una especie de nueva relación de naturaleza ahora jurídica, cuyos trazos se manifiestan de manera especialmente efectiva en el complicado y por tantas razones proceloso tema de las retribuciones parlamentarias. Es en este segundo caso donde se evidencia la pérdida de sentido originario del instituto que difícilmente puede proteger la libertad de palabra de un parlamentario que ya no es libre y que cuando habla y vota en el parlamento o incluso fuera de él hace y dice lo que el partido previamente le ha ordenado hacer o decir. Es en este contexto en el que Gomes Canotilho y Vital Moreira –que han vivido personalmente experiencias al respecto– proponen estudiar la posibilidad de extender la inviolabilidad al interior de los grupos parlamentarios.

En este contexto, parece claro que las opciones respecto de los límites de la inviolabilidad en los Estados Constitucionales de Partidos solo pueden ser dos: o

se opta por restringir su alcance (caso de la Ley Fundamental de Bonn donde su artículo 46.1 excluye de la protección dispensada por la inviolabilidad a «las ofensas calumniosas»), lo que aunque tenga escasos efectos prácticos demuestra al menos, que el legislador constituyente ha tomado conciencia de lo complejo de la situación creada, o bien se opta por no hacer nada permitiendo que la institución se mantenga como si el transcurso del tiempo no fuera con ella. Es lo que sucede por ejemplo en Italia, donde la última legislatura de la I República ha vivido espectáculos lamentables en los que la inviolabilidad pretendía ser emplea para cubrir jurídicamente actos que en términos cuanto menos morales, eran claramente ilícitos (recuérdense al efecto los intentos de pretender cobijar bajo el amparo de la inviolabilidad las compras de votos destinados a evitar el levantamiento de la inmunidad y consiguiente a impedir el procedimiento de diputados en los años de *Tangentópolis*).

En España el legislador constituyente no manifestó en su día ningún interés por innovar en este tema y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tras alguna desviación poco admisible de los primeros momentos, ha seguido el camino recorrido en otros modelos comparados próximos. Solo la doctrina, especialmente Martín Retortillo –además de alguno de los colegas que han sido invitados también a dar su opinión en este mismo número de la revista– parece expresar alguna conciencia crítica de introducir ciertas medidas al respecto. En todo caso, entiendo que cualquier propuesta sobre este tema debiera tener en cuenta el conjunto de la institución parlamentaria y no operar como si los límites de la inviolabilidad nada tuvieran que ver con el conjunto sistemático al que pertenece.

JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR

El reconocimiento constitucional de la inviolabilidad de los parlamentarios aparece en sí mismo constreñido por los propios límites derivados de su ámbito de protección, que no es otro que las opiniones formuladas en «el ejercicio de la función parlamentaria» (art. 71.1 CE). A la luz de la experiencia, no puede decirse que este precepto haya sido objeto de una interpretación constitucional expansiva, ni que la práctica parlamentaria española haya evidenciado conflictos preocupantes respecto del alcance del instituto jurídico de la inviolabilidad. Por ello, en principio, no dejaría de referirse a hipótesis de laboratorio cualquier especulación en torno a alarmantes supuestos en que la inviolabilidad pueda dar pie a una abusiva impunidad del parlamentario frente a derechos fundamentales de terceros (en particular, los del derecho al honor y a la tutela judicial).

Apreciada desde su dimensión objetiva, la inviolabilidad sigue cumpliendo la nada despreciable función que se le atribuyó desde sus orígenes y que la ha llevado a generalizarse, aun hasta nuestros días, en el Derecho Comparado. La más plena y efectiva libertad del parlamentario en la expresión de sus opiniones redundará, sin duda, en su seguridad personal y en su trabajo político, esto es, en su eficacia en la defensa del ideario del programa político para el que fue elegido como representante de la soberanía popular.

Un ejercicio hermenéutico sobre una inviolabilidad más restrictiva de la actualmente vigente no vendría a dar satisfacción a una demanda real de nuestra práctica parlamentaria; posiblemente, por el contrario, se interpretaría de inmediato como una regresión limitativa de la función parlamentaria.

Otra cosa muy distinta la representa, por supuesto, la comisión de delitos con pretendida cobertura en la tribuna parlamentaria. Ahí está en juego la inmunidad, y la procedibilidad penal del parlamentario frente a sus responsabilidades de esa naturaleza. Ni la calumnia, ni la injuria gratuita y carente de conexión con la crítica política, ni la exaltación del crimen ni la instigación pura y simple a la comisión de delitos, sean éstos graves o no, puede entenderse pues de ningún modo cubierta por la prerrogativa constitucional de la inviolabilidad de los parlamentarios.

FERNANDO SANTAOLALLA LÓPEZ

En términos generales, y en comparación con la inmunidad, la inviolabilidad parlamentaria conserva la justificación que la ha caracterizado desde sus orígenes: procurar el marco jurídico que potencie al máximo la participación de los parlamentarios en los debates y su capacidad de expresión. La libertad de expresión común, por amplia que sea, puede quedarse corta a estos efectos, pues no libra a su titular de la amenaza de verse perseguido civil o penalmente en caso de presentarse algún indicio de vulneración del honor, la buena fama o la dignidad de un tercero. Ciertamente, en el común de los casos, esta carga resulta razonable, amén de inevitable, pues, por un lado, estimula el ejercicio responsable de la libertad propia (en el sentido de no dañar la ajena) y, por otro, la verificación de si se ha violado o no el derecho ajeno conlleva el correspondiente juicio y éste, a su vez, el riesgo de afrontar una inculpación o procesamiento.

Pero, estos riesgos e inconvenientes, que no por indeseados dejan de ser razonables en una situación normal, toman un cariz muy distinto en el caso de los miembros del Parlamento. Como una de las principales funciones de esta situación es la fiscalización y control políticos del poder ejecutivo —función que puede desarrollarse en ocasiones muy diversas y por medio de la práctica totalidad de los procedimientos parlamentarios, pero en general a través de los debates y deliberaciones, hasta el punto de que debate y control son términos que políticamente se confunden—, resulta que todo lo que estimule esta participación en las discusiones de las cámaras será algo que contribuirá al más cumplido ejercicio de esta función del Parlamento, tan decisiva para la pervivencia del Estado de Derecho. Apenas merece recordar, por sabido, que esta función sirve postulados esenciales en el Estado democrático y de Derecho, tales que forzar a un ejercicio transparente del poder, esclarecer conductas gubernamentales para su conocimiento ciudadano y para la exigencia eventual de responsabilidades, contrastar ideas y programas y, en fin, prevenir los abusos de los gobernantes en sus diversas formas. El debate y la discusión poseen, como se ve, un valor capital en la vida de las asambleas legislativas, que es lo mismo que decir para la democracia.

Esta circunstancia explica que las constituciones, tratándose de los parlamentarios, hayan derogado el régimen común de responsabilidad por excesos cometidos en el ejercicio de la libertad de palabra (entre otros, calumnias e injurias y vulneraciones del honor y la intimidad personales). Pues aunque muchas constituciones extiende la inviolabilidad a los votos y otros actos cometidos en el ejercicio del mandato parlamentario (en el caso español esto se hace por el reglamento parlamentario, al menos en el Senado), la verdad es que donde cobra relevancia práctica esta prerrogativa es aplicada a los debates parlamentarios. Los discursos y discusiones constituyen la proyección más genuina de esta protección.

Esta exención de responsabilidad por todo lo dicho o hecho en el ejercicio del cargo parlamentario no obedece, ciertamente, a ignorancia de los constituyentes sobre el alcance de esta medida, constitutiva de un privilegio en toda la extensión de la palabra: norma privada de un reducido grupo, grupo que, precisamente, por su condición representativa era el más obligado a testimoniar su sumisión a las normas generales y a huir de cualquier atisbo de inmerecido trato de favor. Tampoco los constituyentes desconocían el otro lado de todo régimen exorbitante: la desigualdad que crea entre dos posibles contendientes y, consiguientemente, la injusticia resultante para uno de ellos. Lo que ocurrió y continúa ocurriendo es que se sacrifica el bien jurídico estimado de menos valor. Puestos a escoger entre la igualdad entre los supuestos ofensor y ofendido, por un lado, y el estímulo a la mentada función parlamentaria, por otro, el demoliberalismo se inclina decididamente por lo segundo, y no por puro capricho o espíritu de casta, sino por estimarlo en ponderado juicio más merecedor de protección. Se juzga preferible la existencia de un privilegio y hasta la perpetración de una injusticia que el posible debilitamiento de esta función, de la que a la postre depende todo el sistema de libertades. Pues si esto ocurriera, si las funciones parlamentarias y, en particular, la vigilancia y crítica sobre el gobierno y todo el sector público decayesen por mor de un temor de los legisladores a ser encartados por sus denuncias y críticas vertidas en los debates, el riesgo de un poder incontrolado se haría patente y, con ello, serían todas las libertades y el propio sistema democrático los amenazados.

Hasta aquí todo es tan conocido que hasta vergüenza da recordarlo. Y pido perdón por ello. Pero de lo que se trata es determinar si esta justificación sigue vigente o si ha sufrido algún cambio que abone la conveniencia de un cambio paralelo en el régimen jurídico de la inviolabilidad parlamentaria.

La verdad es que hoy día el peligro de inhibición de los diputados y senadores de su cometido de denuncia y crítica y, con ello, de que el control parlamentario pierda el vigor requerido, obedece más a factores endógenos que exógenos, esto es, no al peligro para aquéllos de ser denunciados o perseguidos por un extraño a las asambleas legisladoras, sino a la férrea disciplina de partido y al rigor de los reglamentos de las cámaras, que hace enmudecer a los mismos con más frecuencia de la que sería deseable, realidad particularmente sentida en nuestro país. A la vista de este panorama, el verdadero desafío para el Derecho parlamentario parece residir más en estimular una mayor autonomía y posibilidades de participación de los diputados, que multiplique la capacidad fiscalizadora de la

institución. Desde este punto de vista, el mantenimiento o reforma de la inviolabilidad parlamentaria no es una cuestión acuciante.

Somos partidarios, en todo caso, del mantenimiento de este privilegio, aunque tal vez corregido en alguno de sus puntos. Decimos mantenimiento, pues, a pesar del formalismo y rigidez del debate (al menos en España), la inviolabilidad conjura el peligro de que los reducidos y limitados participantes en el mismo desfallezcan en sus responsabilidades fiscalizadoras. Precisamente, para combatir el lastre que soportan las deliberaciones parlamentarias lo que se necesita es espolear la participación y el compromiso controlador de los legisladores, justo lo contrario a deshacerse de cuantos elementos vigentes, como la inviolabilidad, contribuyen en mayor o menor grado a ese fin.

Sin embargo, y ya en contestación directa a la pregunta, en lo que siempre insistiremos es la negación del carácter absoluto o ilimitado de este privilegio. La inviolabilidad parlamentaria implica límites, pero con la particularidad de que estos límites no pueden ser administrados por alguien exterior a las cámaras y, en especial, por los tribunales, sino por el propio Parlamento.

La irresponsabilidad que comporta la inviolabilidad es, o debe ser, *ad extra*, no *ad intra*: determina que ninguna autoridad extraña al Parlamento pueda perseguir un ilícito cometido en el uso de la palabra por un diputado o senador. Pero esto no quita ni puede quitar que el supuesto infractor esté sometido a la potestad disciplinaria de la cámara, que se ejerce normalmente por el presidente o la mesa. Esta potestad es imprescindible, tanto por razones de justicia (evitar agresiones verbales injustificadas) como, especialmente, por razones funcionales (mantener el orden en los debates, sin el cual las deliberaciones se harían imposible). Por añadidura, el Parlamento debe ser una escuela de civilidad y democracia para toda la sociedad, valores a los que se prestaría un flaco servicio si esta institución, lejos de predicar con el ejemplo, pudiese transmitir la idea de que lo que no son otra cosa que agresiones verbales (incitación a la violencia, injurias, calumnias, difamación, amenazas) quedasen impunes.

Una asamblea parlamentaria y, en su nombre, su presidente deben ser beligerantes en la corrección de los excesos que se puedan producir en este campo. Como la dirección de los debates y el mantenimiento del orden suelen corresponder al presidente, ello significa que el mismo debe estar investido de las capacidades suficientes. Y puesto que el mantenimiento del orden en las discusiones puede requerir decisiones sobre la marcha, tales como privar del uso de la palabra al que traspasa esos requerimientos mínimos, o su expulsión de la sala o aun medidas más graves, quiere decirse que el procedimiento en modo alguno puede obedecer a las pautas de los procesos sancionatorios habituales. Aquí reside a nuestro juicio uno de los desaciertos del Tribunal Constitucional, que ha revisado y sometido a parámetros imposibles las facultades disciplinarias de los presidentes.

Las circunstancias del debate no se avienen con las garantías procesales comunes. Por eso, no hay más remedio que confiar en la independencia y prudencia del presidente o autoridad que ejerza la potestad disciplinaria, a su vez, en último extremo, responsables ante la cámara. El riesgo de equivocación

siempre existe, ciertamente, pero debe asumirse por las mismas razones que el privilegio que se comenta.

Lo que a la postre debe quedar claro es que el posible abuso derivado de la inviolabilidad parlamentaria se contraresta por la existencia de la disciplina interna. El presidente no debe tolerar otros excesos (sic) que los que vengan justificados por las exigencias del debate, esto es, por la explanación y esclarecimiento de la cuestión controvertida. Debe impedir los improperios y denuestos gratuitos, las expresiones violentas, en fin, todo lo que suponiendo una vejación patente y grave para su destinatario (que puede ser la sociedad entera) resulten innecesarios para ventilar la cuestión de que se trate. Y esto, como decíamos antes, difícilmente admite otra vara de medir que no sea la independencia y buen juicio del presidente.

De otra parte, puestos a considerar una posible reforma de la inviolabilidad parlamentaria podría tal vez considerarse alguna de limitado alcance, tal que admitir la persecución de las calumnias y difamaciones graves, al menos cuando afectasen a sujetos extraños a la cámara y al gobierno. La salvedad para los parlamentarios y ministros obedecería a que los mismos disponen de la posibilidad de replicar y defenderse, circunstancia que está ausente en el caso de otros sujetos, especialmente en el de los particulares, y al hecho de que la posesión de dicha condición pública debe conllevar una mayor servidumbre ante las críticas políticas, una suerte de obligación de soportar hasta ataques mortificantes. El Tribunal Constitucional ha señalado precisamente que los límites de la libertad de información se amplían cuando incide en personas de relevancia pública. En todo caso, interesa insistir en que esta apertura hacia una responsabilidad externa sólo procedería en casos de ofensas graves.

Esa posible reforma es, de todos modos, un tema espinoso. Pues aunque la Constitución alemana admite esta posibilidad de perseguir las ofensas calumniosas, habría que determinar quién calificaría una ofensa de grave y, por tanto, perseguible. Y, sobre todo, habría que admitir que la inculpación o el procesamiento quedarían sujetos a la respectiva autorización de la cámara, al menos mientras se mantuviese el privilegio de la inmunidad. Pues sería incomprensible, dándose éste, que se exonerase de la autorización a unas acciones íntimamente asociadas a la función oficial del parlamentario, las más justificadas para gozar de un régimen de protección especial. En este caso, el posible avance derivado del recorte de la inviolabilidad quedaría contrarrestado por la necesidad de obtener la autorización de la cámara previa a la inculpación o procesamiento, punto en el que no es difícil prever una posible desestimación, utilizando el argumento, nada desdeñable por cierto, de la oportunidad del discurso perseguido para el adecuado ejercicio de las funciones parlamentarias.

Si a las dificultades anteriores añadimos que el nuevo régimen requeriría una reforma del artículo 71.1 de la Constitución, los comentarios anteriores no pasan de ser, hoy por hoy, un puro juego teórico.

En cambio, por no presentarse la justificación funcional comentada, somos contrarios a la ampliación de esta prerrogativa. Tal es lo que ha ocurrido con su reconocimiento al Defensor del Pueblo y sus dos adjuntos y, más claramente, con los magistrados del Tribunal Constitucional. Estos altos cargos no necesitan esta

prerrogativa, sencillamente porque ni son representantes populares ni les compete esa función de crítica y fiscalización políticas que en cambio es de regla en el caso de los parlamentarios. Por importantes que sean sus responsabilidades, son claramente ajenas a esta otra tarea que es la que explica el régimen exorbitante que nos ocupa. Su misión no es el control político del aparato estatal, sino, en el mejor de los casos, el control constitucional de ciertos actos y decisiones. Tampoco es *coram populo* y con publicidad casi absoluta como se desarrolla su forma de trabajo, por lo que unos posibles excesos en sus manifestaciones no podrían causar el mismo daño que los de los parlamentarios.

Es muy difícil imaginar que Defensor del Pueblo y magistrados del Tribunal Constitucional puedan incurrir en alguno de los supuestos que harían entrar en juego al privilegio en cuestión (obsérvese por cierto que la inviolabilidad ha dejado de ser inviolabilidad parlamentaria). Ello no es por casualidad, sino por las circunstancias antedichas. En todo caso hay un hecho que demuestra la incorrección de esta extensión: resultaría que en el supuesto de que se trate de perseguir la lesión de un derecho (tal vez fundamental) de un tercero, la inviolabilidad determinaría la irresponsabilidad de los llamados precisamente a garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por eso, en definitiva, creemos que para estos casos son suficientes las libertades de expresión e información comunes. Y que la inviolabilidad debería reconducirse a la inviolabilidad parlamentaria.

NECESIDAD DE LA INVIOABILIDAD

¿Es realmente necesaria la inviolabilidad, o bastaría para sus fines con la tutela preferente que nuestra jurisprudencia constitucional otorga a la libertad de expresión en el ámbito de la opinión política?

ELOY GARCÍA LÓPEZ

La cuestión ha sido contemplada ya de alguna manera en la primera respuesta: si se considera que existen todavía razones suficientes en la lógica representativa para justificar la supervivencia de la inviolabilidad, lo obligado sería mantenerla introduciendo los cambios que permitan adecuarla a la nueva realidad. En este sentido la tendencia general en el panorama comparado parece ser la de ir rebajando el grado de protección especial de los parlamentarios equiparándola a la libertad de opinión garantizada al común de la ciudadanía. Pero en la práctica, es difícil avanzar por este camino, sobre todo si es a los propios beneficiarios a quien corresponde tomar medidas al respecto. Y mucho más si se cae en la cuenta de dónde provienen los dos retos más graves que actualmente afronta la representación: la intromisión –ilegitima para el razonamiento de la teoría representativa clásica– de unos jueces no elegidos en la relación electiva: el temido «gobierno de los jueces» de Lambert, y el control oligárquico por los partidos –recuérdese al

efecto la polémica todavía viva entre nosotros, sobre la conveniencia de introducir o no listas abiertas en los procesos electorales como medio de democratizar la vida pública española— de unos representantes que también según la teoría clásica, sólo pueden atender a la voluntad jurídicamente no vinculante de sus representados. Todo apunta pues, a que el problema de la supervivencia de la inviolabilidad como institución —y con el de su transformación en una libertad preferentemente protegida— no puede resolverse sin clarificar antes que hacer con la representación.

En el fondo, se trata del mismo tema que se suscita con relación a otros mecanismos parlamentarios —por ejemplo sobre la utilidad de «examinar» previamente en el parlamento a los candidatos a ciertos puestos de provisión parlamentaria—, ¿es posible reformar una institución por la vía de revitalizar algunos de sus mecanismos operativos o por el contrario, es necesario atajar los males que la corroen actuando sobre el corazón de la institución, sobre la propia idea representativa? Otra cosa es si ello resulta en verdad posible o no, es decir si la representación parlamentaria tiene futuro transformándose para adaptarse al nuevo tiempo de la ciudadanía que estamos viviendo, o como decía Schmitt, se encuentra irremediablemente perdida; y en este punto convendría al menos escuchar la reflexión de los Pocok, Skinner y Dunn y tener presente el actual debate constitucional norteamericano.

JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR

Nuestra jurisprudencia constitucional ha consagrado desde sus primeros pronunciamientos en la materia el ejercicio de la libertad de expresión como un valor preferente en una sociedad democrática. La transmisión libre de ideas y opiniones se erige inequívocamente en garantía básica para la formación de una opinión pública libre; en consecuencia, ese proceso de comunicación pública libre es un instrumento consustancial e inherente a la propia definición de una sociedad democrática. Y ello sencillamente porque la posibilidad de que toda persona pueda expresarse libremente garantiza, objetiva y subjetivamente, la credibilidad y la legitimación de las instituciones representativas del Estado constitucional.

Ahora bien, el ejercicio de la libertad de expresión del parlamentario que resulta protegido por la inviolabilidad cumple una función pública de muy singular relevancia para el funcionamiento del sistema democrático. En ese sentido el ejercicio de la función parlamentaria no puede verse amenazado por la difusa gradación en la preferencia atribuida por la jurisprudencia constitucional a la libertad de expresión cuando colisiona con otros derechos fundamentales.

Tampoco debería perderse de vista que uno de los sujetos habituales de dicha preferencia en el proceso de comunicación social es, con muy buen criterio, el parlamentario. Por ello, dada la importancia institucional de preservar su función, no constituye un exceso carente de fundamentos legítimos y razonables el hecho de que el parlamentario goce de ese plus de protección funcional a su libertad de opinión y de crítica política que le ofrece la inviolabilidad.

En consecuencia, sí me parece que persisten buenas razones por la pervivencia de la institución de la inviolabilidad. Bástenos observar cómo países de nuestro entorno con larga tradición democrática no sólo no han procedido a suprimir el instituto de la inviolabilidad sino que, en algunos casos varios de esos ordenamientos parecen apuntar en la dirección opuesta. Merece subrayarse la distinta suerte que ha corrido, en un sentido contrario, el instituto de la inmunidad parlamentaria en el botón de muestra que nos proporciona Italia. El art. 68 de la Constitución italiana de 1948 (que consagra la inviolabilidad y establece una serie de límites relativos a la libertad de los parlamentarios) sufrió una importante reforma en 1993 (Ley Constitucional de 29 de octubre de 1993, n. 3) que, afectando a la inmunidad parlamentaria, dejó inalterada la redacción original en lo que atañía a la inviolabilidad. Inviolabilidad que, por su parte, acoge una redacción amplia, casi idéntica a la nuestra, de la que sin embargo no deriva, como en nuestro caso, una limitación expresa a esa institución. Semejante situación es la que se produce con la reforma, de 1995, del art. 26 de la Constitución francesa de 1958. Sin embargo, es cierto que otros ordenamientos en su texto constitucional —claro caso, el alemán—, excluyen expresamente de la inviolabilidad de los parlamentarios las injurias calumniosas. En efecto, el art. 46.1 de la Ley Fundamental de Bonn, en redacción idéntica al art. 36 del Código Penal alemán, además excluye expresamente tales supuestos, pero curiosamente se muestra más generoso al regular la inmunidad parlamentaria. Por algo será y por algo es.

FERNANDO SANTAOLALLA LÓPEZ

Entendemos que queda contestada con los anteriores comentarios.

SENTIDO DE LA INMUNIDAD

¿Qué sentido conserva la inmunidad en un Estado de Derecho que consagra la independencia del Poder Judicial?

ELOY GARCÍA LÓPEZ

También aquí caben dos posibles respuestas: una más genérica que tenga en cuenta los fundamentos de la institución y su operatividad actual y otra que se limite a analizar los problemas jurídicos positivos que ello plantea, especialmente complicados por todas las cuestiones que hoy envuelven a las relaciones entre jueces y política.

Optando nuevamente por la primera, la inmunidad es un mecanismo que surge en el contexto de la división de poderes —entendida en el sentido que lo hace Vile— y que como tal, antecede al Estado de Derecho propiamente dicho. En efecto la

necesidad de evitar que el ejecutivo interfiera en la acción del legislativo inquietando a los sujetos individuales que lo componen a través de intromisiones ilegítimas de unos jueces de nombramiento real, lleva primero al Parlamento inglés del XVIII –y recuérdese al efecto el paradigmático *affaire Wilkes*– y después a un Mirabeau –secuaz disfrazado pero literal de las innovaciones inglesas, como reconoce Castaldo en un reciente y magistral estudio– a proclamar en la famosa sesión en que la representación de tercer estado deviene en Asamblea Nacional que ningún diputado puede ser detenido, procesado ni inculcado, sin la previa autorización de la cámara a la que pertenezca. La inmunidad aparece definida así como un instrumento procesal capaz de retardar en el tiempo la eficacia de ciertos preceptos constitucionales –los que imponen el sometimiento a derecho de los poderes públicos, la igualdad de todos ante la ley, la tutela judicial efectiva y la protección al honor– pero no de quebrantarlos de manera definitiva como sucede con la inviolabilidad.

Durante el siglo XIX la inmunidad tiene una gran importancia en la Europa de las Monarquías Constitucionales del principio monárquico, porque como ha señalado en la doctrina española el profesor Pedro de Vega, la división de poderes responde de una manera especialmente adecuada a la estructura de conflicto permanente entre dos fuerzas sociales encaramadas respectivamente en el Estado –es decir en los órganos ejecutivo y judicial– y parlamento. Sucede sin embargo, que cuando, como se dijo, la democracia de Partidos se infiltra en el Estado Constitucional, la inmunidad y, en general, todas las instituciones que respondían a su misma lógica pierden todo sentido. Es por ello por lo que el reformador mas importante y mas consciente de la necesidad de redefinir los mecanismos del constitucionalismo tradicional, Hans Kelsen, propugne en *Esencia y Valor de la Democracia* su lisa y llana supresión. Y es que para un Estado que se proclama nacido de la voluntad soberana del pueblo, es muy difícil explicar que el interés público exige que un colectivo pueda ser a la vez juez y parte de un requisito previo a la exigencia de responsabilidad judicial de sus representantes.

Únicamente puede haber una razón todavía para la inmunidad: la posibilidad de que sea un juez ordinario –el juez natural– quien conozca del caso. Es evidente que esta posibilidad abre un considerable número de oportunidades a una persecución ilícita al parlamentario movida en el único propósito de inquietarle en su tarea. Pero justamente ese es un supuesto que no se contempla en el derecho español donde el aforamiento ante el Tribunal Supremo aleja semejante posibilidad. Todo ello plantea otros problemas que han sido analizados por Lucas Muriello o por Abellán, a quienes me remito.

En consecuencia si no se quiere incurrir en excepciones poco edificantes al igual sometimiento a la ley que proclama el Estado de Derecho, no sería absurdo reformar la Constitución enmendando el 71.2 en el sentido indicado.

JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR

Es bien conocido que la institución de la inmunidad parlamentaria trae causa, en origen, de las agresiones que la institución parlamentaria sufrió por parte de

una magistratura no independiente y sometida a las directrices del poder ejecutivo. Por ello, pudiera pensarse, a primera vista, que la garantía de la independencia judicial consagrada en nuestra Constitución deja vacía de contenido la inmunidad parlamentaria.

No es menos cierto, sin embargo, que la inmunidad parlamentaria es una institución parlamentaria diferenciada y autónoma de otras prerrogativas institucionales y que se hallan todavía hoy vigente en la mayoría de los regímenes democráticos (con órganos judiciales que gozan, también, de escrupulosa independencia), en muchos de los cuales incluso disfrute de perfiles más expansivos que en la previsión constitucional española. Entre nosotros, conviene recordarlo para delimitar con rigor el objeto de análisis, la inmunidad parlamentaria (en su principal dimensión, obstaculizadora de la de la persecución penal de los parlamentarios) se ha visto estrechamente acotada al exigir nuestro Tribunal Constitucional que el acuerdo parlamentario sobre el suplicatorio solicitado a las Cámaras sea siempre motivado y resulte coherente con la finalidad de la inmunidad, esto es, evitar persecuciones políticas instrumentadas a través de imputaciones penales (STC 206/92).

Y es precisamente en este punto donde es necesario detenerse para apreciar la vigencia del instituto de la inmunidad en el actual Estado de Derecho. ¿Cabe afirmar que un proceso penal puede todavía incorporar algún instrumento vehicular de una persecución política del parlamentario? ¿Gozan, en este momento, los mecanismos del Estado de Derecho (en particular, la independencia judicial) de plena capacidad para evitar, si la hubiere, esta desviación?

Me parece que el primer interrogante reclama a la luz de la exposición una respuesta positiva. El «querellante universal» no es una figura desconocida en nuestro entorno. A lo largo de los últimos años, ha sido pública y notoria la eclosión de gabinetes jurídicos exclusivamente dedicados a la investigación e imputación penal de personalidades políticas con el transparente fin de desestabilizar las instituciones representativas democráticas. El segundo interrogante, por el contrario, nos sugiere una respuesta mucho más matizada, si no abiertamente negativa. La independencia judicial constituye la salvaguarda última del funcionamiento correcto del Estado de Derecho; pero, por sí sola, la independencia no da respuesta plenamente satisfactoria frente a la agresión jurídico-penal de la que puede ser objeto el parlamentario por un potencial o actual «querellante universal». No cabe calificar como «normal funcionamiento» del Estado de Derecho el que cualquier ciudadano por alguna razón resentido contra las instituciones representativas del Estado democrático, siempre y cuando cuente con capacidad económica para agguerrirse ante el sistema judicial, active ilimitadamente su capacidad de acosar procesal y penalmente a los representantes de la soberanía popular o cualquiera otras víctimas de su vesanía.

Es ésta, por lo demás, la conclusión que cabe extraer de la vivencia de los últimos años. Posiblemente, el fallo del sistema haya que buscarlo en nuestro generoso mecanismo de acceso universal al sistema judicial que, al amparo de la consagración constitucional de la acción popular (art. 125 CE), han sido objeto, por la legislación procesal y los operadores jurídicos, de muy expansiva interpretación

aplicativa. Tal vez, barajando otras alternativas procesales para el acceso judicial, cupiese, con todo, formular una lectura distinta del sentido y la vigencia de la inmunidad parlamentaria en el Estado contemporáneo.

FERNANDO SANTAOLALLA LÓPEZ

La pregunta que se nos hace es bien reveladora del estado de opinión, más bien negativo, que suscita la inmunidad parlamentaria: se interroga sobre si este privilegio conserva algún sentido, lo que tácitamente acaso conlleve la impresión de constituir algo desfasado, algo que en el pasado pudo tener una razón de ser, pero de la que hoy estaría carente.

Es curioso que frente a este estado de opinión, más o menos extendido, la inmensa mayoría de las constituciones de países de Europa occidental, incluidas las de última posguerra, como la española de 1978, mantiene esta prerrogativa. Desde luego, esta vigencia no se explica por las razones que la hicieron nacer en su día: impedir que los monarcas o sus gobiernos, por puros motivos políticos, privasen a las cámaras parlamentarias de sus miembros a través de arrestos, detenciones y, en general, la instrumentación del proceso penal.

Y es que es difícil imaginar hoy día que los gobiernos recurran a la detención o arresto de sus enemigos parlamentarios para librarse así de su oposición y control. O a que se utilice la acusación penal con el mismo propósito, en la inteligencia de que la misma puede acarrear la prisión provisional y, por tanto, la ausencia del parlamentario recalcitrante de los debates y votaciones en las que su presencia sería presumiblemente hostil al gobierno. Es difícil imaginar este panorama pues, con la omnipresencia e inmediatez de los medios de comunicación, el escándalo que provocaría este tipo de actuaciones estaría prácticamente asegurado y, en la misma medida, el coste político para el gobierno: la operación no sólo resultaría poco «rentable» sino contraproducente para su solidez y respaldo popular. Pero, por otro lado, y como ya vio Kelsen, si el gobierno domina a la mayoría, según es regla en el parlamentarismo, no parece que ningún diputado pueda entorpecer seriamente su política: los diputados de la oposición por su propia condición minoritaria y los de la mayoría por su disciplinada sumisión al gobierno. Así las cosas, lo que en otra época pudo suponer una tentación para el ejecutivo (impedir un bloqueo de su política privando la libertad a un oponente parlamentario) hoy ya no lo es. Pero, además, este escenario es impensable por los cauces tan estrictos que rodean actualmente el arresto, la detención y el procesamiento. Las garantías existentes y, en especial, la independencia de los tribunales excluyen con carácter general arbitrariedades de relevancia. La constitución y la legislación común prestan suficiente protección frente a abusos como los comentados.

En definitiva, como la libertad del parlamentario y la integridad de las asambleas están aseguradas por el Derecho común, cabe preguntarse cuál es la justificación actual, si alguna, de la inmunidad. La verdad es que nos formulamos nosotros mismos esta cuestión, sin acertar con una respuesta medianamente segura.

Son varias las explicaciones que pueden aventurarse para dar razón de este fenómeno. Entre las que se nos ocurren figuran las siguientes. Por un lado, el mantenimiento de la inmunidad en los tiempos actuales, cuando es consciente, probablemente tenga que ver con razones simbólicas, esto es, con el deseo de conservar unos atributos que con el paso del tiempo se han convertido en unos signos diferenciales del Parlamento, en unas señas de distinción de los legisladores. Pero también puede deberse a un arrastre inconsciente de prácticas históricas, a una suerte de herencia acrítica de regulaciones consolidadas por el tiempo. Como se ve, todo esto no parece un fundamento muy sólido para justificar la derogación que la inmunidad introduce en el principio de igualdad ante la ley. Pues aquélla supone que la detención de un parlamentario o la persecución de un delito cometido por el mismo están sometidas a unos requisitos que las hacen más difíciles que cuando se trata de cualquier otro sujeto.

Lo que acaso tenga más justificación es la alegada necesidad de proteger el ejercicio del poder frente a ataques políticos ejercidos por vía penal, esto es, contra la utilización de la acusación penal como un instrumento de acoso y desgaste político. Pues lo que se buscaría con esta manipulación interesada de los procedimientos no sería ya el privar a las asambleas de sus miembros legítimos, imposible a todas luces, sino el desprestigio de determinados actores políticos. La incoación de un proceso criminal obedecería al propósito de erosionar la consideración pública de un dirigente y aun su caída del poder. La inmunidad brindaría así un blindaje contra esta nueva modalidad de tergiversación partidista de los procedimientos penales. En este sentido, la inmunidad sería buscada como un paraguas protector tanto por los parlamentarios como, especialmente, por los miembros del gobierno. En concreto, estos últimos a través de la obtención de un acta parlamentaria.

Que esta realidad (la extensión de la contienda política a los procesos penales) existe es algo que, desgraciadamente, no se puede negar, tanto en España como en el extranjero. Piénsese, por ejemplo, en el caso Lewinsky en los EE.UU., donde hay motivos para sospechar que el *impeachment* seguido contra el presidente Clinton en 1999 tuvo una raíz de lucha partidaria, al menos en parte.

Esta amenaza que pende sobre muchos políticos de nuestro tiempo es algo que no soportan las demás personas y, por lo mismo, se puede hasta comprender la atribución a los primeros un régimen de protección especial: la discriminación procesal sería justa correspondencia a esta particular servidumbre. Pero los problemas surgen cuando se trata de fijar este régimen y, sobre todo, delimitarlo frente a la inmunidad actual.

Desde luego, seguimos pensando que la mejor garantía contra este uso torticero de la acusación penal es la existencia de una sólida administración de justicia, independiente y moderna. La presencia de jueces en número suficiente, bien formados jurídicamente y, muy importante, alejados de la política activa y de compromisos partidarios, es el camino deseable para evitar esas manipulaciones a las que venimos refiriéndonos. Es hacia la desaparición de la inmunidad hacia donde debía encaminarse el constitucionalismo contemporáneo, pero en un movimiento estrechamente asociado a la consolidación de un sistema judicial independiente, dotado y profesional. En ese marco puede presumirse que no prosperarían los

intentos de perseguir penalmente por razones políticas. Los ejemplos del Reino Unido y de Holanda, donde no existe la inmunidad parlamentaria, demuestran que es posible cancelar estos privilegios, nacidos para solventar problemas de otro tiempo histórico, sin que ello comporte un peligro real para el adecuado funcionamiento de las instituciones democráticas.

Además, la prevención de los abusos persecutorios contra los parlamentarios debe pasar por una responsabilidad efectiva por parte de quienes recurren a esta estratagema. Cuando se desestime la querrela y se evidencie la manipulación interesada de la vía penal por motivos políticos, sus promotores deberían ser demandados por acusación falsa de delito y ser sancionados en consecuencia, correspondiendo al ministerio fiscal una especial diligencia en este campo.

Se dirá, con razón, que todos estos elementos no eliminan por completo el peligro de que un parlamentario sea inquietado en el ejercicio de su función o de ver su dignidad empañada por ataques políticos disfrazados y presentados como acciones justicieras. Decrecerán, pero no hasta el punto de desaparecer, podría ser la objeción. Pero, aun así, dudamos que la prevención de algún caso esporádico, producido de tarde en tarde, pueda compensar la quiebra del principio de igualdad ante la ley que comporta el mantenimiento de la inmunidad.

En pro de la reforma de la inmunidad también borran los efectos no queridos de esta prerrogativa. Así, no debe desecharse la posibilidad de que la tramitación parlamentaria de los suplicatorios se convierta en un estímulo al ejercicio deshonesto de la acción penal contra los representantes populares, merced a la amplificación gratuita de la supuesta infracción cometida por el parlamentario. Pues su debate parlamentario puede brindar nueva munición a los que sólo persiguen la explotación política de un suceso que en otro contexto habría sido irrelevante.

Tampoco pueden descartarse otros efectos no queridos, pero de signo opuesto, como que personas más o menos dudosas busquen hacerse con un acta parlamentaria con el solo fin de obtener un blindaje especial para eludir sus responsabilidades penales. Precisamente, la prensa de estos días (septiembre de 2000) nos informa de las vicisitudes del levantamiento de la inmunidad de algunos senadores argentinos, perseguidos por aceptar sobornos. O de los deseos de un cuestionable hombre de negocios ruso de convertirse en parlamentario para evitar dar cuenta ante la justicia. O de la decisión de no detener durante una operación policial en el País Vasco a ciertos individuos, sospechosos de pertenencia a una organización terrorista, por su condición de aforados. En definitiva, la inmunidad también puede acarrear consecuencias como las citadas, las cuales se traducen casi inmediatamente en un motivo de crítica de esta prerrogativa y de proyección de una imagen no muy favorable del Parlamento.

Por último, no creemos que el ejercicio de la inmunidad pueda obedecer, como alguna vez se ha sugerido, a la defensa del prestigio del Parlamento. Pues si el término «prestigio», tan escurridizo, puede tener algún sentido no es separado de cuanto venimos defendiendo. El recurso a una acción penal contra un parlamentario que sólo encubre una persecución política puede ser claramente un «desprestigio» para la institución, en cuanto implica una sospecha de que uno de sus miembros no está a la altura que se requiere. Pero ello no es más que

consecuencia de ese ánimo torticero que trata de contrarrestar la prerrogativa que comentamos. El desprestigio puede extenderse a la cámara en la medida que se produzca una acción abusiva contra uno de los parlamentarios: desprestigio y abuso de la acción penal resultan manifestaciones de una misma circunstancia.

Pero si, por el contrario, la acusación se presenta incontaminada políticamente, si aparece presidida por un legítimo deseo de justicia, que presumiblemente hubiese conducido a la misma actuación en el caso de no ser parlamentario el acusado, entonces el «prestigio» del Parlamento no puede servir como justificación para desestimar el suplicatorio. Y ello aunque la institución se viese alcanzada por la proyección negativa del supuesto delito. Pues no sólo se comertería una palpable injusticia, al impedir el enjuiciamiento de la infracción penal, sino que sería motivo de desprestigio de la institución, en cuanto podría suscitar ante la opinión pública una imagen de corporativismo, de protección desmesurada, en fin, de actitud no colaboradora con la administración de justicia, justo lo contrario de lo que interesa. De este modo, por mucho daño que el procesamiento de un parlamentario pueda acarrear a la institución, siempre será menor que el que se derivaría de una injustificada desestimación del suplicatorio. El «prestigio» de las cámaras reclama justamente que no se deniegue un procesamiento por todo lo que no sea una instrumentación política de la acusación.

Las consideraciones anteriores hacen de la inmunidad una cualidad que, al revés de lo que ocurre con la inviolabilidad, no se acierta a comprender hoy día, al menos en los términos en que está concebida.

LIMITACIONES DE LA INMUNIDAD

¿Cabría a su juicio introducir matices en el alcance o contenido actuales de esa inmunidad parlamentaria?

ELOY GARCÍA LÓPEZ

La respuesta está ya dada: sólo 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 la hay convendría introducir en su lugar esta jurisdicción procesal.

JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR

Resulta difícilmente imaginable cómo restringir más aún el alcance actual de la inmunidad parlamentaria a riesgo, definitivamente, de vaciarla por completo de cualquier contenido o proyección funcional. Como es bien conocido, ya en su día

el Tribunal Constitucional (STC 206/92, caso Bedoya y, por cierto, no de forma pacífica, sino con muy contundentes críticas formuladas en la doctrina) impuso al legislador la obligación de motivar los suplicatorios y de sujetarse a los fines propios de la inmunidad parlamentaria. Introdujo así singulares y restrictivos perfiles jurídicos a un acto parlamentario que goza de naturaleza estrictamente *política* y, en consecuencia, sometió a control jurídico actos políticos que obedecen a la lógica propia de la discrecional apreciación política.

Una cuestión muy distinta sería la alternativa de valoración que merezcan los efectos de la inmunidad parlamentaria en determinados supuestos, como en la concesión del suplicatorio o en el estatuto del parlamentario (derechos y deberes), o en el caso del parlamentario electo sometido a privación de libertad (prisión provisional). A mi juicio, las respuestas a estos interrogantes no habría que buscarlas en la naturaleza misma y perfiles nucleares de la inmunidad, sino en otros escenarios (legislación penal y procesal-penal) al margen, naturalmente, de los escenarios cubiertos por el análisis político y sociológico.

FERNANDO SANTAOLALLA LÓPEZ

La introducción de «matices», que menciona la pregunta, acaso sea un eufemismo para referirse a posibles reformas en el régimen de la inmunidad. Tales «matices» o reformas son, en principio, perfectamente posibles y hasta deseables, en cuanto dirigidos a una más equilibrada relación entre la prerrogativa de la inmunidad y otros principios constitucionales, en especial la igualdad ante la ley.

Refiriéndonos a España, la cuestión de posibles reformas puede abordarse de *constitutione lata* y de *constitutione ferenda*, esto es, sin tocar la Constitución, lo que admitiría cambios menores, o con revisión de la ley fundamental, lo que sin duda permitiría modificaciones de mayor envergadura, hasta llegar a la abolición de esta figura.

Desde la primera perspectiva, son tres los cambios que se nos antojan posibles y recomendables. En primer lugar la supresión del artículo de la Ley de 9 de febrero de 1912, en el que se declara que la denegación de la autorización para procesar a un diputado o senador, efectuada por la cámara correspondiente, equivale al sobreseimiento libre, esto es, al archivo definitivo de las actuaciones, haciendo con fuerza de cosa juzgada que el supuesto delito deje de ser perseguible. Esta determinación excede con mucho lo que es el régimen clásico de la inmunidad parlamentaria, como lo prueba el que no se encuentre en ningún país que conozcamos. En la inmensa mayoría de las constituciones este privilegio está limitado a los periodos de sesiones o, a lo sumo, a la duración de la legislatura. Al perderse la condición de parlamentario, se cae de nuevo bajo la ley común, de tal modo que si la infracción no ha prescrito podrán ejercitarse las correspondientes acciones. Los jueces recobran entonces su monopolio jurisdiccional para determinar si hay fundamento o no para procesar, en la inteligencia de que, cualquiera que sea la decisión, ya no hay peligro de perturbar impudicamente al Parlamento o a uno de sus miembros.

De hecho, este sistema es el que establece el artículo 71.2 de la Constitución de 1978, al emplear la expresión *durante el periodo de su mandato*. Por eso entendemos, vista esta contradicción, que aquel artículo de la ley de 1912 quedó derogado al entrar en vigor la ley fundamental. No obstante, para mayor seguridad, y hasta por preservar la estética del Estado de Derecho, creemos que debía desaparecer cualquier vestigio del mismo. La anunciada nueva ley de Enjuiciamiento criminal sería una ocasión ideal a estos efectos, pues debiendo contener lógicamente el procedimiento especial en las causas seguidas contra los diputados y senadores, el mismo debería hacer gracia de una cláusula semejante.

En segundo lugar, somos partidarios de la supresión del sistema de silencio negativo que establecieron los reglamentos de las cámaras de 1982, por cuanto se presta a que una actitud pasiva acabe por imposibilitar todo intento de persecución, sin siquiera aprontar el compromiso de una resolución explícita. Tal situación es manifiestamente lesiva para el justiciable. Debería implantarse el sistema opuesto de silencio positivo, incluso admitiendo prórroga en el plazo para pronunciarse por parte de la cámara en el caso de necesitarse un tiempo mayor para la tramitación del suplicatorio.

Por otro lado, y con el mismo propósito de recortar lo menos posible el derecho a la tutela judicial —que de por sí conlleva la inmunidad— estimamos que durante los períodos inter sesiones la tramitación de los suplicatorios podría estar a cargo de las Diputaciones permanentes, al menos si la comisión competente hubiere emitido el dictamen correspondiente. Con ello se adelantaría la resolución sobre el suplicatorio y, consiguientemente, se satisfaría el derecho a justicia sin demoras innecesarias, que ha proclamado el Tribunal Constitucional. Esta intervención de las Diputaciones permanentes es posible al amparo del artículo 78.2 de la Constitución.

También quisiéramos hacer ver que el ejercicio de esta prerrogativa tiene que atemperarse a los límites que derivan de su propio fundamento. Pues aunque el Tribunal Constitucional ha dictado sentencias muy ponderadas sobre este aspecto, otras, en cambio, han sido equívocas y dan pie a defender un uso expansivo de la misma. Lo único que tienen que vigilar las asambleas a la hora de conceder o denegar la autorización para proceder contra un legislador es si concurren móviles partidistas en el intento de acusación penal. Si se constata que la acción responde a una motivación política, en el sentido de buscarse, no la legítima reparación de un ilícito, sino el descrédito político de un miembro de la cámara o la obstrucción al ejercicio de sus funciones oficiales, entonces la respuesta debe ser decididamente negativa. Si, por el contrario, lo que se desprende del trámite parlamentario es que la acusación responde a un legítimo deseo de que los tribunales juzguen un caso, libre de confrontaciones políticas, de tal modo que pueda razonablemente presumirse que la misma se hubiese también promovido de no tener el perseguido la condición de diputado o senador, entonces procede autorizar el procesamiento. Es, en definitiva, la aplicación del famoso *fumus persecutionis*.

Pero lo que no puede aceptarse es que el procesamiento o la inculpación dependan de una circunstancia puramente objetiva, a saber, que los mismos

repercutan en una alteración o perturbación de la cámara. Pues, si así fuera, prácticamente todos los suplicatorios concedidos pueden traducirse en una más o menos intensa perturbación de la institución: el parlamentario afectado tendrá que afrontar todas las vicisitudes de un proceso, incluida la prisión provisional, y con ello su participación en las funciones oficiales se verá seriamente condicionada, pudiendo llegar hasta desaparecer. No hay que olvidar que el Reglamento del Congreso prevé para estos casos la suspensión del diputado afectado.

De admitirse esta propuesta, la norma general sería la denegación de la autorización para proceder y su concesión la excepción. De este modo, se cometería una grave injusticia, consecuencia de la lesión del mismo rango del derecho a la tutela judicial efectiva: un supuesto delito, como el que habría podido cometer cualquier individuo, se quedaría sin juzgar por el simple hecho de concurrir en el afectado la condición de parlamentario. El Estado de Derecho, por el contrario, debe aspirar a otorgar justicia sin incurrir en ningún tipo de discriminaciones. Es una de sus primigenias funciones que no puede abandonar sin serio quebranto de su legitimidad. Al revés, una vez comprobado que la acción está limpia de ánimo de persecución política, el Estado de Derecho quiere que sus máximos representantes testimonien el respeto a las leyes. Es inadmisibles, por injusto y discriminatorio, que un delito quede sin sanción por la simple condición personal de su autor.

Esto y no otra cosa es lo que debe valorarse a la hora de conceder un suplicatorio. La exigencia del Tribunal Constitucional de que las decisiones de las cámaras, al conceder o denegar una autorización para proceder, contengan una motivación suficiente, supone buscar un límite imposible frente al peligro de abuso de esta prerrogativa. Si la comprobación del *fumus persecutionis* corresponde en exclusiva al Parlamento, como simultáneamente reconoce el juez de lo constitucional, el cumplimiento de ese nuevo requisito no produce más que una complicación innecesaria. La motivación no podrá consistir más que en la puesta de manifiesto, con fórmula más o menos feliz, de la concurrencia de ese trasfondo político que justificaría la denegación del suplicatorio. En estas circunstancias, el control por el Tribunal Constitucional se convertiría en el control de lo accesorio. Es difícil de comprender que pueda anularse la desestimación de un suplicatorio, en el que justamente se apreció una motivación política, por el simple hecho de presentar aquella una deficiente motivación, máxime si se tiene en cuenta que las asambleas no son cuerpos técnicos a la manera de un tribunal. E igual de incomprensible resultaría que se diese por buena esta misma denegación, cuando objetivamente no apareciese trasfondo político, por la simple razón de ir acompañada de una motivación aparentemente suficiente. ¿O es que el Tribunal Constitucional va a enredarse en averiguar hasta qué punto una motivación de las cámaras es suficiente, máxime teniendo en cuenta que este requisito no aparece por ningún lado en la ley fundamental y que las cámaras para nada se parecen a los tribunales en su forma de trabajar? En los casos en que el Tribunal Constitucional ha procedido así, en realidad lo que ha hecho ha sido sustituir a las cámaras en la apreciación sobre la procedencia de la inmunidad. Los «motivos» han sido el motivo (*rectius* pretexto) para valorar la cuestión de fondo: si hay o no móviles políticos en la acción persecutoria, si la misma

puede o no tacharse de ataque político camuflado. Y se revisa así la resolución previa del Congreso o Senado. De este modo, se concluye negando una de las premisas de las que se partía: la insustituibilidad de los cuerpos legisladores en la apreciación de la concurrencia del ánimo obstruccionista en la acusación penal. Y no sólo se incurre en contradicción propia, sino en la del artículo 71.2 de la Constitución, que podrá gustar más o menos y demandar consecuentemente una reforma, pero que en su forma vigente parece claro que sólo atribuye esta facultad «a la Cámara respectiva».

A nuestro juicio, los posibles excesos en la aplicación de la inmunidad sólo pueden atajarse con medidas que implican la reforma constitucional, además de por la ya comentada de la mentalización de los legisladores sobre los justos límites de esta prerrogativa. Hay ejemplos entre las constituciones europeas de ciertas limitaciones que buscarían un régimen más atemperado de la misma y que podrían servir de inspiración. Su implantación demandaría en todo caso una reforma del artículo 71.2 de nuestra carta magna.

Así, la Constitución italiana, tras su reforma de 1993, limita la autorización parlamentaria a las detenciones y registros, pero sin que ello impida el normal procesamiento de los diputados y senadores, que quedan sometidos a estos efectos al régimen común. La portuguesa constriñe esta prerrogativa a los delitos menores, pues se exime de la autorización para proceder a los que tienen señalada una pena de más de tres años de prisión. Por su parte, y en sentido parecido, la Constitución austríaca admite la persecución directa de delitos presuntamente cometidos por un diputado si se trata de acciones que claramente sean ajenas a su actividad política.

Como decíamos, cualquiera de estos sistemas serviría para acercar más la inmunidad a sus justos contornos.

EL ARTÍCULO 102.2 CE

¿Cómo valorar, en este contexto, el artículo 102.2 CE, que establece ciertos requisitos para acusar a los miembros del Gobierno por delitos de traición o contra la seguridad del Estado?

ELOY GARCÍA LÓPEZ

Como *une survivencie* –para utilizar la terminología de Burdeau– en este caso inútil; un anacronismo hijo de un pasado irremisiblemente perdido. En el proceso de evolución desde la *Ancien Constitution* hasta el régimen parlamentario que se operó en la Inglaterra del siglo XVIII, la tensión entre *Court* y *Country* llevó a los defensores del partido patriota a servirse de los instrumentos del viejo derecho consuetudinario como el *Impeachment* para introducir incipientes mecanismos de responsabilidad que desde la histórica noción de sir John Rous de 15 de marzo de

1782 («la cámara no puede seguir depositando por mas tiempo la confianza en el actual ministerio») se convierten en lo que hoy llamamos moción de censura. A partir de ese instante, la diferencia entre lo político y lo penal quedan claras y responsabilidad política y responsabilidad jurídica emprenden caminos diferentes. Y así sucede en la mayoría de los casos, especialmente en Inglaterra. Sin embargo, la segunda recepción en Europa continental de los principios de la monarquía parlamentaria inglesa (la Carta de 1814) significa como explicara hace años Barthelemy, la recuperación por los franceses (y a su través por toda una corriente constitucional europea) de una serie de mecanismos que inoperantes en la realidad política de la Inglaterra de aquel momento, respondían a una fase anterior del proceso de evolución y que resultaban particularmente adecuados a la lógica de un principio monárquico al que correspondía entre otros el dominio del Senado: la cámara competente en exigir este tipo de responsabilidades.

El tiempo transcurrido, hizo desaparecer la funcionalidad de la institución cuando lo que Maier llamó la *recasting* de la Europa burguesa, arrambló con todos los vestigios del mundo aristocrático. Sin embargo, en muchos países las doctrinas constitucionales no se llegaron a apercebirse de ello y en consecuencia, continuaron recogiendo miméticamente en sus textos constitucionales preceptos que ya no servían para nada. El problema estalla cuando –como acaba de suceder entre nosotros recientemente con los sumarios de los Gal– de repente surge un supuesto que parece encajar en lo previsto por el artículo 102.2 de la Constitución. ¿Cómo proceder entonces? Los hechos y el intento de utilización fraudulenta en aquel caso de un instituto literalmente inútil, demuestra lo pernicioso que puede resultar en un determinado momento recoger en un texto constitucional una institución muerta.

Otro caso sería el significado que tal vez, pudiera conservar tal figura jurídica en un sistema presidencialista o semipresidencialista como el francés. Algo que a juzgar por la experiencia del reciente affaire de *le sang contaminé* no parece de demasiado utilidad, como señala, entre otros, Olivier Beaud.

JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR

El art. 102.2 CE viene a establecer una serie de excepciones de carácter procesal cuando de lo que se trata es de imputar a los miembros del Gobierno, en el ejercicio de sus funciones, delitos de traición o cualquiera otro contra la seguridad del Estado.

Concretamente, este apartado efectúa una reserva en favor del Congreso de los Diputados, con carácter exclusivo y excluyente, para promover la acusación de un miembro del Gobierno los recursos de delitos de clara incidencia política. Constitucionalmente, queda vedada la acción penal cuya pretensión se cifre en acusar en un proceso penal a un miembro del gobierno por delitos de «traición» o «contra la seguridad del Estado», en tanto no sea acordado por la mayoría absoluta del Congreso, y previo planteamiento de la iniciativa de acusación por la cuarta parte de la Cámara. Así, desde el momento mismo en que se pretenda imputar

a un miembro del gobierno una conducta presuntamente delictiva generada en el ámbito de las funciones que la Constitución atribuye al Gobierno y que por sus características quedase subsumida en un delito de traición o contra la seguridad del Estado, el órgano judicial competente debe paralizar el procedimiento penal hasta que el Congreso se pronuncie. Esta previsión, sin embargo, no implica que —a la luz del tenor literal del art. 102.2 CE, de lo dispuesto en el Reglamento del Congreso de los Diputados (art. 169) y en las leyes procesales— el Congreso esté obligado a sostener la acusación ante el órgano jurisdiccional competente, ni, por supuesto tampoco que la acción penal, una vez probada la acusación, deba ser formalizada, exclusiva y excluyentemente, por el propio Congreso. Tampoco implica, debemos subrayarlo, que corresponda al Parlamento verificar la existencia o inexistencia de una presunta conducta de la que pudiera emanar, conforme a los indicios racionalmente inferibles, responsabilidad criminal.

Cabe preguntarse de inmediato acerca del fundamento constitucional de esta reserva en favor del Congreso. Este paso previo es el que realmente nos permitiría valorar adecuadamente semejante suerte de tratamiento diferenciado en un Estado de Derecho. En este sentido, comparto la opinión de quienes han sostenido en la literatura disponible (R. García Mahamut) que esta reserva en favor del Congreso se pudiera fundamentar en la garantía constitucional que corresponde disfrutar a quienes representan la voluntad popular, lo que adquiriría, como ya ha sido defendido, una doble proyección en el ámbito del 102 CE. En primer lugar, es al Congreso de los Diputados, en su misión de velar por el correcto funcionamiento de las instituciones constitucionales, vista la naturaleza de los delitos que se aluden y la cualidad de los sujetos que pudieran cometerlos, a quienes corresponde decidir, en tanto sede representativa de la soberanía popular, si se promueve o no la acusación contra un miembro del Gobierno sobre esos asuntos tratados, y hacerlo además atendiendo a la valoración política que requieren las circunstancias que concurren en la actuación de un determinado sujeto, aparentemente, en contra de un bien jurídico de entre los protegidos por el 102.2 CE. En segundo término, precisamente por la naturaleza política de tales delitos, se pretendería así salvaguardar las funciones propias del Gobierno, de forma que, cuando en el ejercicio de tales funciones aquél incurriese en supuestos que revistieran la apariencia de un delito de «traición» o «contra la seguridad del Estado», la apreciación de la presunta vulneración del bien jurídico protegido en el ejercicio de la función de gobierno necesitará, inevitablemente, de una previa valoración política sobre dicha actuación en la medida en que ésta admita la posibilidad de justificar la acción u omisión en la pretensión de salvar otros bienes constitucionales y, por tanto, su eventual contraste con otras consideraciones político-constitucionales oportunas a ese efecto.

Creo, por tanto, que el 102.2 CE puede emplazarse bien entre aquellos ordenamientos constitucionales de nuestro entorno democrático que han previsto un tratamiento razonablemente diferenciado para ciertos delitos cometidos en el ejercicio de las funciones ministeriales. Ahora bien, es evidente que de su contenido dimanarían significantes problemas jurídicos, tanto de carácter teórico como de naturaleza práctica, carentes sustancialmente de regulación en la actualidad, a la luz

de la inexistencia, hasta la fecha, de supuestos compromisos y efectividad. La aplicación de tales previsiones demanda hoy un desarrollo legal sin el cual resulta casi imposible dotar de efectiva virtualidad práctica a tal disposición constitucional.

Dicho esto en relación a la identidad constante, que se da por hecho en toda la encuesta, entre el término prerrogativas parlamentarias y privilegios, cabe recordar en palabras del TC que, «las prerrogativas parlamentarias no se confunden con el privilegio, ni tampoco pueden considerarse como expresión de un pretendido *ius singulare*, pues en ellas no concurren las notas de desigualdad y la excepcionalidad. Antes al contrario: ofrecen un tratamiento jurídico diferenciado a situaciones subjetivas y cualitativas y funcionalmente diferenciadas por la propia Constitución, y resultan de obligada aplicación siempre que concorra el presupuesto de hecho por ellas contemplado (STC 22/1997, FJ 5§). Es cierto que si en algún momento el propio Tribunal ha utilizado el término «privilegio» para hacer alusión a las prerrogativas parlamentarias —no como derechos personales, sino como derechos reflejos de los que goza el parlamentario en su condición de miembro de la Cámara legislativa y que sólo se justifican en cuanto son condición de posibilidad de funcionamiento eficaz y libre de la institución» (STC 243/83 FJ 3§)—, han sido numerosísimas las ocasiones en que el máximo intérprete se ha esforzado en subrayar que las prerrogativas parlamentarias no constituyen un privilegio —definido éste como un «derecho particular de determinados ciudadanos que se vieran, así, favorecidos respecto del resto de los mismos» (STC 206/92 FJ 3§).

Hay que observar, además, que un miembro del Gobierno no parlamentario goza de forma expresa de menos prerrogativas que un parlamentario e, incluso que un adjunto del Defensor del Pueblo, por no hablar de las figuras similares en los ordenamientos autonómicos. No se le garantiza de forma expresa la inviolabilidad. El instituto de la inmunidad tampoco juega a favor de los miembros del Gobierno y, sin embargo, sí de los sujetos que hemos mencionado.

España es uno de los países que, de entre los de nuestro entorno, ha acogido menos elementos de justicia política en materia de delitos ministeriales. Salvando Alemania, el resto introduce, incluso, jurisdicciones especiales (formadas por políticos y magistrados) para enjuiciar este tipo de delitos (Francia, Cour de Justice). Observa, además, que tales diferencias en el enjuiciamiento de hombres políticos repugna bastante en las sociedades contemporáneas. Pues bien, a pesar de sufrir reformas constitucionales bastante recientes con el objeto de acercar al régimen jurídico común la instrucción y el enjuiciamiento de los miembros del Gobierno, el balance de las reformas no es otro, en general, que seguir manteniendo en materia de delitos ministeriales sustanciales diferencias. Y ello por un motivo: las actuaciones presuntamente delictivas realizadas en el ejercicio de las funciones deben ser previamente valoradas por el cuerpo soberano en función de las características que definen el propio sistema parlamentario de gobierno. Además, por otro lado, la convicción (a la vez que la desconfianza) de que a los jueces ordinarios no les corresponde la valoración de la actuación de otro órgano constitucional que se halla en idéntica posición constitucional constituye el fundamento de que la justicia política siga perviviendo en países que son tan democráticos como el nuestro (baste, especialmente, la referencia al caso francés).

FERNANDO SANTAOLALLA LÓPEZ

Primero queremos expresar que, a nuestro juicio, el artículo 102 de la Constitución se refiere con carácter general a los delitos cometidos en el ejercicio de las funciones oficiales de los miembros del Gobierno. Así se deduce del lenguaje empleado, del contexto, de los precedentes nacionales y extranjeros y de los principios constitucionales. Por tanto, los ilícitos que se puedan realizar al margen de su condición de presidente, vicepresidente o ministro, son perseguibles por los cauces y ante los tribunales comunes. Los primeros, en cambio, serían competencia de la Sala de lo penal del Tribunal Supremo.

Pero tanto unos y otros delitos dan lugar en el constitucionalismo contemporáneo a supuestos impensables, a situaciones de acontecimiento asaz imprevisible. Pues desde el momento que media un procesamiento o inculpación contra un ministro (y no digamos contra el presidente del Gobierno) lo más probable es que el mismo deje de ser tal, esto es, que por la fuerza de la presión política el afectado tenga que presentar su dimisión y ésta ser aceptada. De modo que en la práctica son difícilmente compatibles la pertenencia al Gobierno y la condición de inculpado.

Esta incompatibilidad fáctica no es casual. La democracia no soporta fácilmente que el ejercicio del poder se asuma por alguien sobre el que pesa una sospecha oficial (que es lo que conlleva el procesamiento) de conducta ilícita. Es una especie de valor entendido que la conducción de los asuntos públicos recaiga en individuos sin mácula especial en su trayectoria. Por eso la inculpación hace aparecer una nota que suspende la presunción de honradez y, consecuentemente, la aptitud para ostentar cargos de máxima relevancia. Que esto es así lo confirma que durante los más de 22 años de vigencia constitucional no se ha producido un solo caso de miembro del Gobierno que haya sido juzgado manteniendo su condición de tal. Y la situación no parece muy distinta en otros países de nuestro entorno.

El aforamiento ante la Sala de lo penal del Tribunal Supremo es una prerrogativa de cuestionable justificación a la luz del principio de igualdad ante la ley. De hecho algunos sistemas constitucionales la ignoran (Alemania, Italia) mientras otros la admiten (Francia). Pero, en comparación con el aforamiento de los parlamentarios, al que se refiere la siguiente pregunta, el fuero ahora comentado tiene más elementos a su favor: una cierta tradición histórica y, ante todo, el hecho de referirse al enjuiciamiento de unos delitos especiales, como son los cometidos en el ejercicio del cargo, delitos que por definición son distintos a los que pueden perpetrarse por cualquier otro sujeto. La especialidad del delito podría justificar en mayor medida la competencia exclusiva del Tribunal Supremo. No quiere esto decir que estemos convencidos de su justificación, sino que en términos comparativos tiene ciertos visos de razón. Y, por otro lado, la circunstancia comentada en los párrafos anteriores rebaja la importancia práctica del aforamiento de los miembros del Gobierno.

Los razonamientos anteriores nos sirven para contestar a la pregunta específica de la redacción de la revista TRC: sentido de la acusación del Congreso de los Diputados por delitos de traición y contra la seguridad del Estado de miembros del Gobierno, regulada en el artículo 102.2 de la Constitución.

La reserva al Congreso de esta acusación comporta otra cláusula exorbitante que excepciona nuestras normas procesales generales que, como es sabido, sientan como principio la acusación pública contra los delitos. A pesar de ello, estimamos que esta cláusula no repugna claramente a las esencias del Estado de Derecho, pues se refiere a tipos delictivos con una mayor o menor connotación política, cuya apreciación depende, al menos en parte, de una estimación del mismo signo: ¿qué es, dónde empieza y dónde acaba la seguridad de Estado? Téngase en cuenta que los delitos contra la seguridad del Estado ni siquiera aparecen recogidos como tales en el vigente Código penal, circunstancia esta que, por cierto, haría muy problemática la intervención juzgadora del Tribunal Supremo. Los delitos contemplados en el artículo 102.2 son de rarísima realización, especialmente en cuanto cometidos por miembros del Gobierno. Todo ello rebaja la gravedad que podría tener la reserva al Congreso de la acusación por la comisión de estos delitos.

Si a lo anterior se añade que la acusación tiene que adoptarse por la mayoría absoluta de la cámara baja, lo que supone la defección, en asunto particularmente grave, de la base parlamentaria que por definición requiere el Gobierno, se convendrá que se trata de un supuesto irreal. En tan improbable ocasión, antes de que la acusación se llegue a formalizar ante el Tribunal Supremo el Gobierno habrá caído y sus miembros previsiblemente perderán su cualidad de tales, cayendo entonces bajo el imperio de la ley común. Pues, tácitamente, tal acusación lleva aparejada una innominada moción de censura.

El artículo 102.2, en definitiva, configura un sistema de responsabilidad penal que se acerca bastante al perfil clásico, esto es, a la utilización de la inculpación penal en un marco y con una intencionalidad políticos. Lo político y lo penal aparecen confundidos en buena medida. Pero como ya existen cauces alternativos de responsabilidad propiamente política, y como la regulación que se dispone en este artículo es sumamente restrictiva, hay que descartar que este último llegue a ser objeto de aplicación. De hecho el único efecto práctico que del mismo se desprende es conceder al Gobierno una nueva protección, ya que sus miembros se verán prácticamente libres de la amenaza de ser acusados por delitos de traición o contra la seguridad del Estado.

EL PRIVILEGIO DE FUERO PROCESAL

¿Cuál es hoy el sentido y la justificación del aforamiento de los miembros de las Cortes Generales y del Gobierno, como privilegio y como privación de la doble instancia?

ELOY GARCÍA LÓPEZ

Está última cuestión esta directamente relacionada con la tercera y cuarta. El aforamiento especial posibilita conjugar el único riesgo que todavía permite oponer

un argumento aunque sea nimio, en favor de la supervivencia de la inmunidad. Por tanto, allí donde este aforamiento especial existe no tendría sentido mantener la inmunidad.

Ahora bien, esa misma garantía –porque de una garantía al fin y al cabo, se trata– plantea otros problemas: ¿es conveniente dejar reducido al proceso penal a una única instancia?, ¿contraviene ello un principio procesal casi sacrosanto: el derecho a la apelación?

Al respecto y sin entrar en demasiados detalles, convendría recordar primero, que en España desde que el Tribunal Constitucional decidió asumir un papel jurisprudencial declaradamente activo, el Tribunal Supremo guste o no guste, ha dejado de ser juez supremo. Y por mucho que formal y procesalmente se pretendan apuntar argumentos para negar la evidencia, los hechos en su insobornable elocuencia aclaran al efecto que cuando hay algún asunto que mínimamente afecte a los derechos fundamentales –y en la interpretación que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hace del artículo 24 de la Constitución, todo lo relacionado con un proceso es susceptible de devenir derecho fundamental– es competencia potencial por vía de amparo de la Corte Constitucional. Luego desde una perspectiva fáctico-jurídica no parece muy fundado aludir a la inexistencia de una segunda instancia como razón para desvirtuar el aforamiento ante el Tribunal Supremo –máxime si ello se hace en el recurso que precisamente se plantea ante esa segunda instancia supuestamente inexistente.

Y en segundo lugar, es conveniente recordar que las monedas también tienen su reverso: cuando se accede a un cargo público en el actual panorama político español –que no difiere en mucho, aunque sí algo, del de los países que nos rodean– se accede, se admita o no, a una situación de privilegio marcada por la posibilidad de disponer de unos medios que aunque son de titularidad pública no están al alcance del ciudadano. Si ello es así, no parece que responder de su uso ante un Tribunal que tiene por misión casar en última instancia toda la jurisprudencia, resulte una contrapartida excesiva para quien ha asumido voluntariamente una función pública y mucho menos cuando de ese modo lo que se pretende es garantizar que ningún juez inexperto –mas fácilmente manipulable– pueda ser utilizado como instrumento arrojadizo en su contra. La igualdad significa justamente, como recuerda nuestro tribunal constitucional, tratar desigualmente a quienes son desiguales y aquí parece haber algo, o mucho, de eso.

JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR

Partiendo de la idea de que el fundamento y la función del aforamiento reside en esencia en «la protección del cargo» –lo que constituye, en rigor, un reflejo de la protección constitucionalmente debida a las funciones parlamentarias–, conviene no perder de vista que tal protección sólo se instrumenta a través –en el supuesto de diputados y senadores– de la inmunidad parlamentaria (cuya naturaleza procesal es la que actúa de abrigo y protección frente a la intención de perturbar el normal funcionamiento del órgano representativo a través de la

utilización de la vía penal). El aforamiento, como figura autónoma, no evita la interposición de querellas insidiosas y sólo implica que una causa sea conocida por un órgano jurisdiccional diferente a aquél previsto por las leyes procesales comunes de distribución de competencia.

No creo, en todo caso, que el aforamiento deba enfocarse como un «privilegio» del diputado o un «privilegio» del senador. Resulta nítido traer a colación, en su tenor literal, una afirmación realizada por el Tribunal Constitucional no hace tiempo (STC 22/1997), en el que aborda la finalidad del aforamiento. A juicio del alto tribunal, la finalidad que se persigue mediante la constitucionalización de la prerrogativa de aforamiento no es otra que «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» (FJ 6). Una cuestión distinta, y que merecería atención aparte, aunque se halle en íntima conexión, sería la planteada por el instituto de la *perpetuatio jurisdictionis*.

Por ello, si bien no cabe calificar el aforamiento jurídico como «privilegio», como nos ha recordado insistentemente el TC, tampoco cabe considerar la omisión de la doble instancia en el proceso penal como un debilitamiento del derecho fundamental de todo parlamentario, como sucede con cualquier ciudadano, a la tutela judicial efectiva, puesto que la calidad del fuero otorgado al parlamentario le preserva de la función procesal que cumple la doble instancia penal. Habría que interrogarse, por su parte, sobre las dudas susceptibles por el alcance del aforamiento parlamentario a raíz de la adaptación por la normativa reguladora de la institución del jurado, e incluso, yendo más lejos como se ha afirmado en doctrina (de nuevo R. García Mahamut), su compatibilidad con la previsión constitucional del art. 71.3 CE.

FERNANDO SANTAOLALLA LÓPEZ

La existencia del fuero especial de diputados y senadores es, lamentablemente, un detalle que desmerece nuestra Ley fundamental. Se trata de una previsión que no se comprende desde una perspectiva del constitucionalismo democrático, máxime si aparece añadida a la necesidad de que las cámaras autoricen previamente todo procesamiento o inculpación. Pues, para empezar, si éstas reconocen al conceder el suplicatorio que no existe ninguna motivación deshonestas en la acusación penal, no debería existir inconveniente en que el acusado pueda ser juzgado con arreglo a las leyes procesales generales, incluidas las que determinan la competencia de los distintos jueces y tribunales. Lo contrario es un reconocimiento tácito de que estas leyes y procesos generales no son fiables, algo que por principio el Estado de Derecho no puede admitir sin ponerse a sí mismo en tela de juicio. Si tales normas y procesos contienen las suficientes garantías que hagan presumible una recta administración de justicia, no es de temer entonces ninguna consecuencia negativa para el legislador perseguido. No puede olvidarse que los ilícitos que se van a juzgar son los mismos que podría haber cometido

cualquier sujeto, por lo que si son suficientes para uno forzosamente habrán de serlo para el otro. Y si no son suficientes, habrán de introducirse las reformas oportunas, pero reformas de carácter general. Lo que no puede hacerse es arbitrar regímenes diferentes en función de la condición personal del acusado, pues lo mismo es claramente contrario al principio básico de igualdad de todos ante la ley, suficientemente recogido en el artículo 14 de la Constitución española.

Lo de menos contra la admisión de este aforamiento ante el Tribunal Supremo es que prive al afectado de una posible apelación ante una segunda instancia. Esta es una limitación, sin duda importante, que se hace patente a la vista del reciente informe de la Comisión de derechos humanos de Naciones Unidas. Tal vez esta circunstancia pueda, de por sí, demandar la supresión de este privilegio. Lo cual sería paradójico: una medida destinada en principio a incrementar la protección del parlamentario resultaría, a la postre, llamada a ser suprimida por lesiva para el mismo.

Lo que, a nuestro modesto entender, hace inadmisibile este fuero por encima de cualquier otra circunstancia es su incompatibilidad con el principio de no discriminación. La igualdad ante la ley exige igualdad de trato ante todas las leyes, incluidas obviamente las procesales, salvo que concurra una razón objetiva y clara. Pero esto último no se adivina en el tema que nos ocupa: no conocemos ninguna explicación que tenga la suficiente entidad como para convencer sobre la necesidad de excepcionar principio tan relevante en el Estado constitucional. Al contrario, en este tipo de Estado los representantes populares deben esforzarse en aparecer sometidos a la misma ley que el resto de los ciudadanos, en acortar sus distancias con lo que esté vigente para los demás, y sólo cuando se presenten razones muy poderosas podrán revestirse de algún régimen especial. Las desigualdades en el Estado de Derecho, cuando afectan a sus protagonistas, deben reducirse al mínimo indispensable. Todo lo que exceda de ese mínimo será un elemento de deslegitimación de los mismos y, a la postre, del propio Estado.

Prueba de lo que venimos sosteniendo es que este aforamiento no encuentra parangón en el Derecho comparado: hasta donde se nos alcanza, no hay constitución de país occidental que contenga algo semejante. Incluso los precedentes españoles fueron en la misma línea, pues el aforamiento fue ignorado por las constituciones del siglo pasado y la de 1931 y por la propia Ley de enjuiciamiento criminal. Sólo con la citada ley de febrero de 1912 (y al amparo de una equívoca previsión de la Constitución de 1876) aparece lo que hoy figura a tan alto nivel.

Desgraciadamente, la excepción al principio de igualdad ante la ley no ha acabado aquí. Y así hemos visto cómo los Estatutos de Autonomía, primero, y la LOPJ, después, extendieron este mismo privilegio a favor de los miembros de las asambleas de las Comunidades Autónomas. Esta extensión es tanto más injustificable cuanto que no opera en beneficio de los representantes del titular de la soberanía, sino de instituciones 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!

Todo esto que, decididamente, nos separa de la cultura democrática europea (a la que por otra parte tanto nos complace pertenecer e incluso capitanear) debe desaparecer más pronto que tarde. Precisamente por crecer que nuestra «clase política» no tiene nada que envidiar en términos de honradez a sus homónimas de otros países, entendemos que para nada necesita de estos regímenes exorbitantes. No hay ningún desdoro para un dirigente democrático en el sometimiento a los tribunales comunes con competencia sobre sus conciudadanos. Al contrario la aceptación de la ley común acrecentará la visión confiada de los ciudadanos en sus representantes y en el conjunto del ordenamiento jurídico.

La misma opinión negativa y la misma recomendación debemos sostener respecto a la exoneración de la obligación de comparecer como testigo ante los jueces que se introdujo para los parlamentarios (y otras autoridades) en 1992 mediante una reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal. Bien es verdad que la exoneración se limita al deber de comparecer en las dependencias judiciales, debiendo prestarse el testimonio en el despacho oficial del parlamentario (o autoridad de que se trate). Pero aun así, y acaso más por el fuero que por el huevo, no estimamos razonable esta medida, pues conlleva una excepción al principio de igualdad. A nuestro juicio, los parlamentarios deberían esforzarse en prestar la máxima colaboración con la Administración de Justicia. Esta actitud positiva es, seguramente, condición para estimular la misma conducta por parte de los ciudadanos. Su ausencia provocará, posiblemente, la reacción opuesta.

Al revés de lo que se hizo con la reforma de 1992 y lejos de ampliarse la lista de cargos dotados de una prerrogativa al respecto, lo que se debía ponderar es su posible acortamiento.