

LAS COMPLEJAS RELACIONES ENTRE EL PROCESO PENAL Y EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES PARLAMENTARIAS

THE COMPLEX RELATIONS BETWEEN THE CRIMINAL PROCESS AND THE EXERCISE OF PARLIAMENTARY FUNCTIONS

Ignacio CARRASCO LÓPEZ
Letrado de la Junta de Andalucía
<https://orcid.org/0000-0003-3959-5702>

RESUMEN

La instrucción penal en las causas en las que se investigan hechos delictivos cuya autoría pueda atribuirse a parlamentarios presenta perfiles propios que hacen discurrir al procedimiento por cauces parcialmente distintos de los habituales, exigiéndose a veces la intervención de la propia Cámara Legislativa, y especialidades en el estatuto del investigado que derivan de la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria. Por otra parte, la instrucción penal puede verse interferida por la constitución de comisiones parlamentarias de investigación que tengan por objeto los mismos hechos que se investigan en la jurisdicción penal.

Palabras clave: instrucción, inmunidad, fuero, libertad, suplicatorio, investigación.

ABSTRACT

Preliminary criminal investigations, in which the perpetration of criminal offenses can be attributed to parliamentarians, present their own specific profiles causing the criminal procedure to undertake a partially different path from the standard. In these instances, the intervention of the Legislative Chamber and the peculiarities of the status of the person under investigation, derived from the prerogative of parliamentary immunity, are required. On the other hand, the criminal investigation may be interfered with by parliamentary investigative committees whose objectives are the same as those being investigated within the criminal jurisdiction.

Keywords: Pre-trial phase of the criminal investigation, immunity, jurisdiction, freedom, request, investigation.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA. III. INSTRUCCIÓN PENAL. IV. EL INICIO DE LA INVESTIGACIÓN. V. POSIBLES AFECTACIONES A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS PARLAMENTARIOS: 5.1. *Problemas en cuanto al momento adecuado para el envío de la causa al Tribunal Supremo*; 5.2. *Problemas con respecto a la observancia del artículo 313 LECrim*; 5.3. *Especial referencia a la inexistencia de doble instancia*. VI. MEDIDAS CAUTELARES Y ESTATUTO DEL PARLAMENTARIO. VII. SUPLICATORIO. VIII. COMISIONES PARLAMENTARIAS DE INVESTIGACIÓN. IX. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El título del presente artículo comprende diversas cuestiones cuya complejidad jurídica impide un análisis detallado en el espacio del que disponemos. En cualquiera de los casos, la referencia a dichas cuestiones ha de entenderse en el contexto de las relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial, de modo que debemos realizar una primera aproximación que parta de dichas relaciones para no desbordar el objeto del presente análisis.

Ha de advertirse, no obstante, que cualquier abordaje del proceso penal cuenta con un hándicap insoslayable: nuestra ley procesal tiene más de 130 años, ha sido muchas veces reformada en todo el tiempo que dura su vigencia y dichas reformas, en demasiadas ocasiones, no han guardado el celo necesario para preservar el carácter sistemático que toda ley debe tener. Algunas de estas reformas, de otro lado, han sido efectuadas con una discutible técnica, de modo que o han resultado inservibles en la práctica, o han sido interpretadas de modo muy distinto por los diferentes órganos jurisdiccionales, fundamentalmente en aquello que se refiere a la instrucción penal. Baste comprobar, a efectos ilustrativos, lo que ha ocurrido con la reforma del artículo 324 LECrim¹ en materia de plazos de la instrucción penal: este precepto ha nacido sin vida pues ni se ha aplicado según su literalidad, ni se ha respetado, a nuestro juicio, la intención del legislador, ni el precepto está redactado con buena técnica ni, en fin, ha cumplido el propósito que justificó su reforma.

Realizada la anterior advertencia, ha de anticiparse otra que será posteriormente desarrollada: el contexto que marca el título del presente artículo deberá ser necesariamente rebasado como consecuencia de que, en la práctica, la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria se predica respecto de quienes ostentan el cargo de representante parlamentario pero, la mayor parte de las veces, por los actos u omisiones realizados en funciones no representativas al estar éstas protegidas, precisamente, por la inmunidad. Me refiero a la circunstancia de que la actividad parlamentaria está sujeta a la prerrogativa de la inviolabilidad. La inviolabilidad se extiende a

¹ *Vid.* Circular 5/2015, sobre los plazos máximos de la fase de instrucción (Fiscalía General del Estado).

las opiniones vertidas por los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones, pero también al voto emitido en el ejercicio de sus cargos.

No se alude a este extremo en el artículo 71.1 CE, ni en el Reglamento del Congreso, pero sí en el artículo 21 del Reglamento del Senado, cuando dispone que: *Los Senadores gozarán, aun después de haber cesado en su mandato, de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en actos parlamentarios y por los votos emitidos en el ejercicio de su cargo*, o en el artículo 21 del Reglamento del Parlamento de Cataluña, que señala al respecto que: *Los diputados gozan de inviolabilidad, incluso después de haber finalizado su mandato, por las opiniones y los votos emitidos durante el ejercicio de sus funciones*. Y ha sido aceptado con naturalidad por nuestro Tribunal Constitucional en su STC 51/1985, de 10 de abril, cuando en su fundamento jurídico sexto afirma, tras analizar el ámbito delimitado por el artículo 71.1 CE y 21 del Reglamento del Senado, que: *El interés, a cuyo servicio se encuentra establecida la inviolabilidad es el de la protección de la libre discusión y decisión parlamentarias*.

Esta extensión de la inviolabilidad parlamentaria al ejercicio del voto de los parlamentarios es, desde luego, una cuestión de actualidad. En la sesión celebrada en el Parlamento de Cataluña el pasado 27 de octubre de 2018, la votación fue secreta. Aunque no lo hubiese sido, sería interesante debatir acerca de si el voto de los parlamentarios podría ser constitutivo de delito.

Pero, volviendo al tema, la anterior alusión a la extensión de la prerrogativa de la inviolabilidad es necesaria para contextualizar el presente artículo, porque descartado por los citados preceptos que el voto pueda ser delictivo, la posibilidad de cometer ilícitos penales en el ejercicio de la función parlamentaria quedaría entonces delimitada subjetivamente a los parlamentarios que ostenten cargos orgánicos en el seno de cada Cámara, pues junto a funciones propiamente parlamentarias desempeñan otras de carácter administrativo o gubernativo.

Sin embargo, la realidad demuestra que estos casos son excepcionales. A salvo del anteriormente citado caso del Parlamento de Cataluña, en el que, por cierto, la querrela del Fiscal General del Estado se dirige, entre otras personas, contra los miembros de la Mesa de dicho Parlamento y no contra los diputados que participaron en la votación, ni siquiera de aquellos que mostraron públicamente el sen-

tido de su voto, la aplicación práctica de la inmunidad parlamentaria se predica respecto de los actos u omisiones perpetrados por quienes gozan de ella en el ejercicio de actividades extraparlamentarias.

II. LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA

Para abordar las relaciones entre la instrucción penal y el estatuto procesal del parlamentario debemos hacer una referencia, breve, a la inmunidad parlamentaria.

En España, la inmunidad parlamentaria se encuentra prevista en el artículo 71.2 CE, que dispone que:

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

La inmunidad parlamentaria es una prerrogativa que afecta, fundamentalmente, a la posición procesal del parlamentario, añadiendo a las garantías previstas por la ley procesal penal algunas otras que protegen el ejercicio de su función. Esta garantía no es sólo propia del derecho español (Pizzorusso, 1984); también la encontramos en otros sistemas comparados aunque con formulaciones diversas: artículo 46 de la Constitución alemana, artículo 26 de la Constitución francesa, artículo 68 de la Constitución italiana y artículo 160 de la Constitución portuguesa. El artículo 71 de la Constitución holandesa, por el contrario, prevé la inviolabilidad parlamentaria pero no, sin embargo, la inmunidad.

Nuestro Tribunal Constitucional ha considerado que:

La inmunidad, en cambio, es una prerrogativa de naturaleza formal que protege la libertad personal de los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales que puedan desembocar en privación de libertad, evitando que, por manipulaciones políticas, se impida al parlamentario asistir a las reuniones de las cámaras y, a consecuencia de ello, se altere indebidamente su composición y funcionamiento (STC 243/1988).

La inmunidad parlamentaria presenta por tanto las siguientes notas:

a) es una prerrogativa que nuestra Constitución contempla sólo para diputados y senadores; no obstante, el Tribunal Constitucional reconoció la existencia de esta prerrogativa para los parlamentarios autonómicos pero siempre y cuando así se recogiese en los respectivos Estatutos de Autonomía y con la extensión que los mismos establezcan. Sobre esta cuestión se volverá en el análisis del suplicatorio;

b) protege únicamente frente a procesos penales y no de otra naturaleza;

c) se proyecta sobre dos actuaciones: la detención, que sólo es posible en caso de flagrante delito (el TC ha considerado que se da en aquella *situación fáctica en la que el delincuente es “sorprendido” o visto directamente o percibido de otro modo en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito*, STC 341/1993); y la inculpación, pues para que se produzca es necesario contar con la aprobación de la Cámara a la que pertenezca el parlamentario.

La cuestión relativa a la inculpación ha dejado de ser pacífica pues, como veremos, con anterioridad a la reforma de la LECrim producida en 1988, que introdujo el procedimiento abreviado, tal fenómeno se producía con el auto de procesamiento, fase procesal que no se da en el citado proceso especial.

Íntimamente relacionado con la inmunidad parlamentaria, y recogido en el artículo 71.3 CE, aparece el fuero especial, prerrogativa que afecta al órgano jurisdiccional que conocerá de las causas penales en las que se encuentren investigados los miembros de las Cámaras. Dispone el citado precepto que: *En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo*. El empleo por el artículo 71.3 CE de una expresión genérica, “causas”, plantea muchos problemas prácticos que serán abordados después acerca del momento en que la “causa” ha de ser elevada al Tribunal Supremo en aquellos casos en que, no existiendo imputación formal de hechos delictivos al parlamentario, es de todo punto evidente que dichos hechos están siendo investigados.

III. INSTRUCCIÓN PENAL

La instrucción penal responde a una naturaleza jurídica no pacífica y que, actualmente, está en cuestión. A este respecto, en el seno de la discusión doctrinal existente² en torno a la reforma del proceso penal, cuya luz no hemos visto ni parece que vaya a verse a corto plazo, se contraponen las opiniones de quienes consideran que la instrucción debe seguir dirigida por los integrantes del Poder Judicial; y las de quienes consideran que la dirección de la fase de investigación de las causas penales ha de quedar en manos del Ministerio Fiscal en régimen de exclusividad, convirtiéndose el juez de instrucción en juez de garantías en orden a decidir acerca de cualquier medida limitativa de los derechos fundamentales de los sujetos investigados.

En efecto, en el abordaje de esta cuestión encontramos a quienes muestran recelos a una instrucción que tuviese por objeto investigar los hechos en los que hubiera participado un parlamentario y a que dicha instrucción estuviera dirigida por un miembro del Ministerio Fiscal que, a fin de cuentas, pudiera recibir instrucciones de un Fiscal General del Estado nombrado a propuesta del Gobierno.

En contra de ello puede argumentarse que, a pesar de la vigencia del principio de dependencia jerárquica recogido en el artículo 124 CE, no debe olvidarse que el mismo precepto alude a los principios de legalidad e imparcialidad como informadores de la actuación del Ministerio Fiscal; y que, como la práctica procesal demuestra, en demasiadas ocasiones la instrucción de las causas penales no se desarrolla materialmente por el juez de instrucción sino por otros actores (principalmente la Policía Judicial), limitándose en muchos casos el órgano instructor a autorizar la práctica de las diligencias propuestas por aquella.

En cualquiera de los casos, la instrucción por el Ministerio Fiscal no es una realidad completamente desconocida en nuestra ley procesal. El artículo 773.2 LECrim³ ya contempla que el Ministerio

² Álamo González, D.P. (2018).

³ «Cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, informará a la víctima de los derechos recogidos en la legislación vigente; efectuará la evaluación y resolución provisionales de las necesidades de la víctima de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente y practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las

Fiscal tenga atribuidas facultades de investigación, al margen del órgano jurisdiccional, que pueden llevar tanto a impartir instrucciones a la Policía Judicial como a citar a su presencia a los presuntos responsables del hecho.

Hay que advertir que en el proceso penal, y exceptuando los especiales casos de prueba anticipada y de prueba preconstituida, sólo son auténticas pruebas que deban valorar los órganos sentenciadores del orden penal las que se practiquen en el juicio oral, de modo que las diligencias practicadas en la instrucción tienen como fin, únicamente, el previsto por el artículo 299 LECrim, esto es, *preparar el juicio y averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos*.

Siendo éste el objeto de la instrucción penal, el acopio de elementos indiciarios de la comisión de un delito para, en su caso, concluir que tales indicios merecen un análisis en el seno del juicio, la intervención en ella de las personas que gozan de los privilegios de la inmunidad parlamentaria y del fuero especial presenta unos particulares perfiles que exigen una especial llamada de atención.

IV. EL INICIO DE LA INVESTIGACIÓN

Ciertamente, la puesta en conocimiento del órgano instructor de una *notitia criminis* obliga a éste a actuar. La inmunidad parlamentaria, sin embargo, produce determinados efectos que, por disposición

diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. El Fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito, comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción. En otro caso instará del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento que corresponda con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito.

El Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal.

Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos».

constitucional, legal o por consecuencia de la praxis habitual, no se equiparan a los producidos cuando el hecho investigado se atribuye a una persona que no goza ni de tal prerrogativa ni del fuero especial.

La primera cuestión que surge a este respecto deriva del hecho de que la *notitia criminis* sea comunicada al Juzgado previa práctica de diligencias de investigación realizadas por el Ministerio Fiscal, pues en tal caso podría plantearse si es constitucionalmente legítimo que puedan desarrollarse por el Ministerio Fiscal actividades de investigación acerca de hechos cuyos autores puedan ser parlamentarios. Es decir, podría ser objeto de discusión si, al investigar un hecho cometido por un parlamentario, el Ministerio Fiscal puede ordenar la práctica de diligencias a la Policía Judicial o si puede llamarlo a su presencia a declarar.

El artículo 4 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en el párrafo 2.º de su apartado 5 dispone que:

Las autoridades, funcionarios u organismos o particulares requeridos por el Ministerio Fiscal en el ejercicio de las facultades que se enumeran en este artículo y en el siguiente deberán atender inexcusablemente el requerimiento dentro de los límites legales. Igualmente, y con los mismos límites, deberán comparecer ante el Fiscal cuando éste lo disponga.

Por su parte, el apartado 2 del artículo 5 establece que:

Igualmente, y para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá ordenar el Fiscal la detención preventiva.

A pesar de lo que señala este último precepto, parece evidente que el Ministerio Fiscal no ostenta facultades para ordenar la privación de la libertad deambulatoria de una persona protegida por la inmunidad parlamentaria, pues carece de sentido pensar que lo que no pueda hacer el juez competente, salvo en caso de flagrante delito, pueda hacerlo el Ministerio Fiscal. Con mayor motivo, si cabe, puesto que la justificación de la inmunidad parlamentaria es evitar *que, por manipulaciones políticas, se impida al parlamentario asistir a las*

reuniones de las Cámaras (STC 243/1988), más intensidad tendría dicha justificación cuando quien ordena la práctica de una medida de privación de la libertad deambulatoria es un representante del Ministerio Fiscal, sometido al principio de dependencia jerárquica, y no un miembro del Poder Judicial.

Parece improbable, asimismo, que el Ministerio Fiscal pueda hacer comparecer a su presencia a un parlamentario, pues éste goza de fuero especial. Sin embargo, en principio, nada impediría que pudiese practicar, por sí o por medio de la Policía Judicial, cualquier diligencia que no afecte ni al derecho a la libertad ni a la obligación de comparecer a presencia del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de que tan pronto como constate la participación en el hecho de un parlamentario deba, a nuestro juicio, cesar en la investigación para remitirla al órgano jurisdiccional competente.

Por tanto, el alcance de tales diligencias con respecto a las personas protegidas por la inmunidad parlamentaria es un tanto difuso y sus límites tendrá que definirlos caso por caso atendiendo a las anteriores limitaciones, pudiendo trazarse un paralelismo, impreciso desde luego, a partir de los actos que pueda realizar en una investigación penal un juez que no desarrolle su función en el órgano jurisdiccional de aforamiento, cuestión que deberá ser abordada después. Es decir, si un juez de instrucción no puede realizar determinadas diligencias cuando la instrucción se siga contra una persona que goza de fuero, no parece lógico que sí pueda realizarlas el Ministerio Fiscal en una fase preprocesal.

Ello no obstante, y como después se verá, los límites de la investigación por el instructor ordinario no están demasiado claros y, en ocasiones, la investigación está prácticamente concluida cuando se eleva al órgano judicial competente.

V. POSIBLES AFECTACIONES A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS PARLAMENTARIOS

Ya hemos señalado que la instrucción puede comenzar como consecuencia de la interposición de querrela por el Ministerio Fiscal. Sin embargo, también es posible que pueda ponerse en marcha el proceso penal mediante la presentación de denuncia o querrela por los

ciudadanos directamente ante el órgano instructor. Cuando la denuncia o querrela se dirige contra una persona protegida por la inmunidad parlamentaria y que goza de fuero, la competencia queda atribuida desde el inicio al órgano instructor competente, de tal modo que si se presenta ante un juzgado de instrucción debe éste, previo examen de su competencia, inhibirse en favor del Tribunal Supremo, pues así se desprende tanto del artículo 272 LECrim⁴, como del artículo 313 LECrim cuando atribuye al instructor la obligación de examinar su competencia. Ocurre que en determinadas ocasiones, sin embargo, es el desarrollo de una instrucción penal, seguida ante un juez de instrucción, la que revela la indiciaria participación en los hechos de personas que gozan de inmunidad parlamentaria y de fuero especial y es en estos casos en los que la inhibición en favor del Tribunal Supremo plantea problemas en un doble ámbito: a) con respecto al momento en que dicha inhibición debe producirse y la afectación que ello provoque en el derecho a la tutela judicial efectiva; y b) en relación con el celo con que el órgano instructor observe la aplicación del artículo 313 LECrim, pues ello afecta también directamente al derecho a la tutela judicial efectiva.

Haremos también referencia a la inexistencia de la doble instancia penal.

5.1. Problemas en cuanto al momento adecuado para el envío de la causa al Tribunal Supremo

El artículo 71.3 CE dispone que: *En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo*. El empleo por este artículo de la Constitución de un término ciertamente genérico, “causa”, expresión empleada también por el artículo 1 de la Ley de 9 de febrero de 1912, plantea ciertos problemas de interpretación que no son fáciles de resolver pues, además, nada aclara la LECrim en el Título I de su Libro IV, dedicado precisamente a regular el procedimiento especial previsto para el caso de que fuera

⁴ «Si el querrellado estuviere sometido por disposición especial de la Ley a determinado Tribunal, ante éste se interpondrá la querrela. Lo mismo se hará cuando fueren varios los querrellados por un mismo delito o por dos o más conexos y alguno de aquéllos estuviere sometido excepcionalmente a un Tribunal que no fuere el llamado a conocer, por regla general, del delito».

procesado un diputado o senador. Desde luego, el término “causa” comprende el proceso penal en todas sus fases, incluida la instrucción penal, pero la instrucción penal es una realidad dinámica y compleja y no siempre está determinada desde su inicio la identidad de todos los participantes en los hechos investigados.

Ciertamente, hay casos muy excepcionales en los que la condición de diputado o senador se ha adquirido, incluso, después de haberse dictado auto de transformación en procedimiento abreviado, de modo que la competencia del Tribunal Supremo ha sido asumida casi directamente para el enjuiciamiento. Prescindiremos del análisis de estos casos excepcionales para centrar la atención en los casos más habituales, esto es, aquellos en los que la investigación seguida por un juzgado de instrucción viene referida a hechos en los que ha participado una persona que ya tiene la condición de diputado o senador. En estos casos, el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse seriamente comprometido. No hay que olvidar que el artículo 118.1 LECrim obliga al órgano jurisdiccional a instruir en sus derechos *sin demora injustificada* a toda persona a la que se atribuya un hecho punible para permitir su participación en la instrucción y que el artículo 118 bis ordena proceder del mismo modo cuando *se impute un acto punible contra un Diputado o Senador*.

Así pues, si la elevación de la causa al Tribunal Supremo se produce cuando la investigación está agotada, las posibilidades de practicar diligencias a instancias del parlamentario, y, por tanto, su derecho de defensa, pueden verse menoscabados irremediabilmente, dado que la tutela judicial efectiva también comprende, según el Tribunal Constitucional, para el querrellado, el derecho a ver archivada la instrucción penal cuando se revele la inexistencia de indicios contra el investigado o cuando sea patente que el hecho no sea delictivo. Por otra parte, agotar la investigación de los hechos en los que participa un parlamentario sin dirigir la instrucción contra él y, por tanto, sin elevar la causa al Tribunal Supremo podría suponer también una conculcación del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley que consagra el artículo 24 CE. Finalmente, la competencia para la instrucción penal de las causas en las que existan aforados y no aforados plantea problemas en cuanto a la atracción de la investigación seguida en el Tribunal Supremo por razón de conexidad.

Antes de la reforma de la LECrim por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, el artículo 300 LECrim (ahora suprimido) disponía que: *Cada delito de que conozca la Autoridad judicial será objeto de un sumario. Los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso.*

A pesar de que el artículo 762.6.º LECrim señalase que: *Para enjuiciar los delitos conexos comprendidos en este Título, cuando existan elementos para hacerlo con independencia, y para juzgar a cada uno de los encausados, cuando sean varios, podrá acordar el Juez la formación de las piezas separadas que resulten convenientes para simplificar y activar el procedimiento,* la combinación del artículo 300 con los criterios de conexidad que recogía el artículo 17 LECrim, también antes de su reforma, era el caldo de cultivo perfecto para la formación de macrocausas, de modo que, en teoría, la presencia de un parlamentario obligaba al Tribunal Supremo a instruir la macrocausa completa. Es cierto que ello carecía de sentido y se generó la doctrina del mantenimiento de la continencia de la causa, de modo que la vis atractiva de la competencia del Tribunal Supremo sólo actuaba cuando, de lo contrario, se produjese una ruptura de la continencia de la causa, esto es, *cuando los hechos tienen tal grado de inescindibilidad que el enjuiciamiento separado del aforado y el no aforado dificulte de forma sustancial el conocimiento de los hechos y la resolución del proceso.* (ATS de 24 de junio de 2015).

Actualmente, el riesgo se ha disipado de manera considerable con la supresión del artículo 300 LECrim y la nueva redacción del artículo 17.1 LECrim⁵.

De hecho, el Tribunal Supremo ha afirmado en su ATS de 7 de julio de 2017 que:

Esa atracción de la competencia respecto a los no aforados, plantea el problema de la acomodación de esa investigación judicial con el derecho

⁵ «Cada delito dará lugar a la formación de una única causa. No obstante, los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso».

constitucional al Juez predeterminado por la ley, pues si el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional predeterminado por ley para los aforados, no lo es respecto a quienes no ostentan las condiciones especiales que la Constitución, Estatutos de Autonomía y Leyes Orgánicas establecen para atribuir la competencia en materia penal a un concreto órgano jurisdiccional en defecto del llamado a conocer por regla general del delito (art. 272 LECrim)⁶.

En consecuencia, la extensión de la competencia a hechos cometidos por personas no aforadas ante el Tribunal Supremo solamente será procedente cuando se aprecie una conexión material inescindible con los imputados a las personas aforadas, lo que en el caso de autos no sucede, dado que la actuación del aforado puede ser investigada con autonomía y sustantividad propia.

Este auto, por otra parte, examinaba el curioso caso de quien adquirió la condición de parlamentario después de dictado el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado.

Por último, debe destacarse que, para aquellos casos en los que el investigado en el Tribunal Supremo pierda la condición de aforado, ha de estarse a lo que dispone el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 2 de diciembre de 2014⁷.

5.2. Problemas con respecto a la observancia del artículo 313 LECrim

La atribución inicial del conocimiento de la causa cuando en los hechos investigados ha participado un parlamentario protegido por la inmunidad y el fuero especial, es una cuestión de esencial importancia que se proyecta igualmente sobre el derecho a la tutela judicial efectiva.

Además de lo ya dicho sobre lo dispuesto por el artículo 272 LECrim, el artículo 313 LECrim establece que:

Desestimará en la misma forma la querrela cuando los hechos en que se funde no constituyan delito, o cuando no se considere competente para instruir el sumario objeto de la misma.

⁶ Véanse SS TEDH 2/6/05, caso Claes y otros/Bélgica, y 22/6/2000, caso Coéme/Bélgica.

⁷ «En las causas con aforados la resolución judicial que acuerda la apertura del juicio oral constituye el momento en el que queda definitivamente fijada la competencia del Tribunal de enjuiciamiento aunque con posterioridad a dicha fecha se haya perdido la condición de aforado».

Contra el auto a que se refiere este artículo procederá el recurso de apelación, que será admisible en ambos efectos.

Este artículo impone dos obligaciones al órgano instructor una vez que tiene conocimiento de la *notitia criminis* y abre la instrucción. La primera por orden cronológico, aunque el artículo 313 LECrim lo diga en segundo lugar, es el examen de la competencia propia. Por tanto, si la denuncia o querrela atribuye la autoría de los hechos a un parlamentario, el juez instructor, si no es el competente por razón del fuero, debe proceder a inhibirse en favor del competente sin practicar diligencia alguna.

La segunda obligación que el artículo 313 LECrim impone al instructor es verificar que los hechos en que se fundan la querrela o la denuncia son constitutivos de delito. Esta obligación es importantísima y afecta, a nuestro juicio, al contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y, sin embargo, es observada con desigual intensidad según cuál sea el órgano que inaugure la instrucción.

Debemos recordar que la casuística es tan numerosa como delitos hay tipificados en el Código Penal. Sin embargo, la importancia de la adecuada observancia del precepto adquiere mayor intensidad cuando lo que se investiga son hechos constitutivos de un delito de prevaricación. Cualquiera que se dedique a la jurisdicción penal observará que, en los delitos de prevaricación, es praxis demasiado común, ante la presentación de una querrela o denuncia, que el juez instructor verifique su competencia y, a continuación, proceda a incoar diligencias previas mediante un auto de contenido formulario, asumiendo los postulados de la querrela o denuncia, salvo que los hechos relatados sean manifiestamente inverosímiles.

Cierto es que sobre los jueces de instrucción pesa una enorme carga de trabajo y que el artículo 212 LECrim dispone que:

Quando se presentare querrela, el Juez de instrucción, después de admitirla si fuere procedente, mandará practicar las diligencias que en ella se propusieren, salvo las que considere contrarias a las leyes o innecesarias o perjudiciales para el objeto de la querrela, las cuales denegará en resolución motivada.

Es cierto también que los jueces de instrucción siguen las pautas marcadas por los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales, que revisan la actividad instructora. Es igualmente verdad que dichos pronunciamientos atienden al derecho a la tutela judicial efectiva del querellante para impedir el cierre prematuro de la instrucción si no se han practicado diligencias. Pero no es menos cierto que dichas diligencias han de practicarse después de admitir la querrela *si fuere procedente*, esto es, si se dan las condiciones previstas en el artículo 313 LECrim. Porque no podemos olvidar que el sometimiento del querrellado a una instrucción penal, sobre todo en los casos con proyección mediática, provoca en aquél efectos absolutamente devastadores en su honor y reputación (además de en su esfera patrimonial) y que, después de aniquilada la fama del justiciable, un auto de sobreseimiento (que suele ser provisional y no libre) no es suficiente para la reparación del daño (entre otras cosas porque la publicidad que se da al auto que llama a una persona como investigado suele ser mayor que la del auto de sobreseimiento).

No son infrecuentes los casos en los que la llamada como investigado de una persona a causas penales con gran repercusión social, provocando juicios paralelos severísimos en los que se pone en cuestión la honorabilidad del investigado, acaban con el archivo de la instrucción sin que ello sirva para retirar de la conciencia de muchos ciudadanos la convicción de culpabilidad creada como consecuencia de la retransmisión diaria de los acontecimientos que se suceden en la instrucción por los medios de comunicación (y alimentada por los actores políticos de turno que pretenden obtener con ello réditos electorales). Sin embargo, cuando la querrela o denuncia se presenta ante el Tribunal Supremo y se dirige contra parlamentarios, podemos observar que el Tribunal Supremo, por regla general, es especialmente riguroso en comprobar que el hecho denunciado es, efectivamente, delictivo. Es decir, la praxis habitual cuando se presenta querrela ante el Tribunal Supremo contra parlamentarios es que el Alto Órgano Jurisdiccional observe escrupulosamente las prescripciones del artículo 313 LECrim, que garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva del querrellado.

Cuando los hechos atribuidos en la querrela son constitutivos de un delito de prevaricación, la observancia del artículo 313 LECrim

cobra aún más importancia, como ya anticipábamos, porque el juicio sobre la relevancia penal de los hechos es perfectamente realizable por el juez de instrucción, toda vez que comporta un análisis exclusivamente jurídico. En efecto, el artículo 404 CP castiga *a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo*. Se trata de un delito doloso cuya comisión es francamente difícil; hay que proponérselo muy seriamente para cometer el delito. Ya sabemos que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo exige que la contradicción de la resolución administrativa con el ordenamiento jurídico sea patente y grosera, que no exista en derecho un criterio interpretativo que permita sostener mínimamente la racionalidad de la resolución y que ésta produzca además un resultado materialmente injusto. Y, precisamente por ello, los hechos relatados en una querrela, cuando pudieran ser constitutivos de un delito de prevaricación, permiten al órgano jurisdiccional examinar la resolución a la que se atribuyen los efectos delictivos; analizar su fundamentación; contrastarla con la norma sustantiva que se considere infringida; y, finalmente, realizar un análisis indiciario que descarte la existencia del delito.

Así procede el Tribunal Supremo. Valga como ejemplo el razonamiento contenido en el ATS de 24 de marzo de 2017 cuando afirma que:

La presentación de una querrela no conduce de manera forzosa o ineludible a la incoación de un procedimiento penal, sino que se precisa la realización de una inicial valoración jurídica de la misma, de conformidad con las consideraciones expuestas, que puede conducir a su no admisión a trámite sin más.

Tal inadmisión, por otra parte, no vulnera la tutela judicial efectiva del querellante en su vertiente de acceso a la jurisdicción, dado que es doctrina constitucional reiterada la que señala que el ejercicio de la acción penal no comporta un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino solamente a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación.

Es decir, el rigor en la aplicación del artículo 313 LECrim depende de cuál sea el órgano receptor de la querrela.

A mi juicio, en esto reside el elemento más importante de la prerrogativa del fuero especial. Y ello afecta directamente al derecho a la tutela judicial efectiva del querellado.

Sabemos que es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, como afirma el Tribunal Supremo en el último auto citado, que el ejercicio de la acción penal no comporta un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino solamente a un pronunciamiento motivado del juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos. Pero el Tribunal Constitucional conoce, generalmente, de los recursos de amparo que interponen los querellantes que ven terminada la instrucción con un auto de sobreseimiento y no de los recursos de los querellados que se ven sometidos a una instrucción a veces verdaderamente inquisitorial, pues son muchos los obstáculos procesales para acceder al amparo por poder reproducirse las denuncias de nulidad formuladas en el seno de la instrucción en el posterior juicio oral. Sin embargo, a pesar de ello, existen algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, la mayor parte de las veces en declaraciones *obiter dicta*, en los que se valora precisamente que el derecho a la tutela judicial efectiva del investigado, que también goza de él, comporta el de no verse sometido a una prolongación de la instrucción penal cuando indiciariamente se acredita o la no participación en los hechos, o el carácter no delictivo de los hechos imputados.

Normalmente, y partiendo de la propia Jurisprudencia del Tribunal Supremo al interpretar el alcance del artículo 118 LECrim, se acude al argumento de que la llamada al proceso como investigado de una persona es en realidad una garantía para él, porque le permite participar en la instrucción y defenderse. Sin embargo, cuando lo que se investiga es un delito de prevaricación, dicha excusa esconde una terrible perversión cuando la querrela se ha admitido sin observar lo que dispone el artículo 313 LECrim, pues no hay mayor garantía que la de no verse involucrado innecesariamente en una instrucción penal, con los devastadores efectos que ello produce en todos los órdenes. No estaría de más que, si algún día se adopta la decisión de reformar seriamente el proceso penal, el futuro código procesal regule más exhaustivamente esta cuestión y se evite el envilecimiento indiscriminado e innecesario de las personas que se ven en alguna de las tesituras que se observan cada vez más frecuentemente.

Hago, en este punto, una última indicación. En esta época tan ruidosa que vivimos, en la que se suscitan debates no tanto ideológicos como estéticos, se viene planteando, en aras de una pretendida regeneración (que es posible que sea necesaria), tanto la supresión de los aforamientos como la necesidad de que los cargos públicos que resulten imputados cesen en sus funciones. Lo que parece que nadie ha calculado, entre tanto estruendo, son los efectos, a mi juicio devastadores, que tales medidas comportarían por todo lo hasta aquí escrito en el legítimo ejercicio de las funciones políticas.

5.3. Especial referencia a la inexistencia de doble instancia

Una especial incidencia en el derecho a la tutela judicial efectiva de los parlamentarios, y no derivada propiamente de la inmunidad parlamentaria sino del privilegio del fuero, se desprende de la atribución de la competencia para conocer de las causas que les afecten al Tribunal Supremo, pues el enjuiciamiento de tales causas se realiza por la Sala y contra sus resoluciones no cabe recurso de casación. Es decir, los diputados y senadores no tienen derecho a la doble instancia penal, que no recoge el artículo 24 CE pero sí el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (si bien, el artículo 2 del Protocolo número 7 del CEDH excluye la doble instancia penal cuando, precisamente, el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal).

Este problema fue abordado por la STC 51/1985, que afirmó que:

[...] el art. 14.2 del Pacto Internacional, aunque es derecho interno, no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes. Y, en el presente caso, sucede que, contra la Sentencia pronunciada por el Tribunal Supremo, no cabe recurso de casación, por prohibirlo explícitamente el art. 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y hay que añadir que si en el presente caso ha ocurrido así, ha sido porque el solicitante del amparo ha utilizado el fuero privilegiado, que sin duda como Senador le correspondía, y ha sido juzgado por el más alto Tribunal de la Nación, que es el dato que impide la revisión de su sentencia.

Además, es de tener en cuenta que, en supuestos como el que nos ocupa, la necesidad de que en las causas contra Diputados y Senadores sea competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que es el «órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales» (art. 123.1 de la Constitución), está impuesta por el art.

71.3 de la Constitución. Determinadas personas gozan, *ex Constitutione*, en atención a su cargo, de una especial protección que contrarresta la imposibilidad de acudir a una instancia superior, pudiendo afirmarse que esas particulares garantías que acompañan a Senadores y Diputados disculpan la falta de un segundo grado jurisdiccional, por ellas mismas y porque el órgano encargado de conocer en las causas en que puedan hallarse implicados es el superior en la vía judicial ordinaria.

Ello no obstante, el Comité de Derechos Humanos de la ONU se ha pronunciado en varios de sus dictámenes concluyendo la violación por España del artículo 14.5 del PIDCP e instando a España a adoptar las medidas necesarias para solucionar la cuestión (así en los casos Terrón c. España o Capellades c. España). En el caso Pascual Estevill c. España no consideró la violación del derecho a la doble instancia porque, siendo dicha persona miembro del CGPJ cuando fue juzgado por hechos cometidos siendo juez de instrucción, fue él quien optó por ser enjuiciado por el Tribunal Supremo y no por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

VI. MEDIDAS CAUTELARES Y ESTATUTO DEL PARLAMENTARIO

En el seno de la instrucción penal pueden adoptarse medidas cautelares de muy distinta naturaleza, algunas de las cuales afectan directamente a la persona del investigado.

Ningún problema plantea la detención policial, cuyos requisitos se encuentran regulados en el artículo 492 LECrim⁸. No plantea

⁸ «La Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener:

1.º A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490.

2.º Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional.

3.º Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial.

Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente.

4.º Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurren las dos circunstancias siguientes: 1.ª Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2.ª Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él».

duda por cuanto que ya hemos visto cómo el propio artículo 71.2 CE protege la libertad deambulatoria de los parlamentarios, salvo en los casos de flagrante delito. Incluso el Reglamento del Senado amplía la prerrogativa a la mera retención en su artículo 22. Esta idea es reiterada por el artículo 751 LECrim⁹. Este artículo 751 LECrim, sin embargo, va más allá de lo dispuesto en el artículo 71.2 CE en cuanto al procesamiento, pues lo permite sin autorización de la Cámara, en caso de flagrante delito, estableciendo una excepción que no recoge el artículo 71.2 CE, que afirma que *no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva*, sin excepción alguna, lo cual plantea la legitimidad constitucional del artículo al recoger una salvedad (el procesamiento sin suplicatorio) no prevista en el citado precepto constitucional.

Cuestión distinta es la medida de prisión provisional que pueda acordarse en virtud de las previsiones contenidas en los artículos 502 y siguientes de la LECrim. Por vía de principio, puede afirmarse que la prisión provisional sólo puede acordarse excepcionalmente cuando se den determinadas condiciones y cuando *no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional*¹⁰. El artículo 503 LECrim¹¹ recoge los presupuestos objetivos que habi-

⁹ «Cuando el Senador o Diputado a Cortes fuere delincuente *in fraganti*, podrá ser detenido y procesado sin la autorización a que se refiere el artículo anterior; pero en las veinticuatro horas siguientes a la detención o procesamiento deberá ponerse lo hecho en conocimiento del Cuerpo Colegislador a que corresponda».

¹⁰ Artículo 502.2 LECrim.

¹¹ «La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurren los siguientes requisitos:

1.º Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el investigado o encausado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso.

Si fueran varios los hechos imputados se estará a lo previsto en las reglas especiales para la aplicación de las penas, conforme a lo dispuesto en la sección 2.a del capítulo II del título III del libro I del Código Penal.

2.º Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

3.º Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines:

a) Asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga.

litan para la adopción de la medida de prisión provisional (en cuanto a la atribución de un hecho delictivo a una persona determinada y a que el delito tenga prevista la pena privativa de libertad de la duración a la que se refiere el precepto) y los fines que persigue dicha medida, cuya existencia en el caso concreto debe ponderar el juez instructor. En definitiva, los fines que hay que ponderar son la posible sustracción del investigado a la acción de la justicia; la posible ocultación, alteración o destrucción de prueba; y la posible reiteración delictiva.

Ahora bien, si la privación de la libertad deambulatoria de un parlamentario sólo puede producirse en caso de flagrante delito, cabe

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al investigado o encausado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el título III del libro IV de esta ley.

Procederá acordar por esta causa la prisión provisional de la persona investigada cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores. En estos supuestos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado.

b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto.

No procederá acordar la prisión provisional por esta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del investigado o encausado en el curso de la investigación.

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del investigado o encausado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros investigados o encausados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo.

c) Evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal. En estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado.

2. También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1.º y 2.º del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos.

Para valorar la existencia de este riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer.

Sólo podrá acordarse la prisión provisional por esta causa cuando el hecho delictivo imputado sea doloso. No obstante, el límite previsto en el ordinal 1.º del apartado anterior no será aplicable cuando de los antecedentes del investigado o encausado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el investigado o encausado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad».

cuestionarse si es posible constitucionalmente acordar una medida de prisión provisional incluso en los casos de flagrancia, pues lo cierto es que la prisión provisional es una medida de privación absoluta de la libertad durante todo el tiempo que dure la medida, que supone, por tanto, una completa desvirtuación de la inmunidad parlamentaria. Ciertamente, los fines que persigue la prisión provisional son legítimos, pero no menos legítimo es el bien jurídico protegido por la inmunidad parlamentaria, cuya previsión tiene rango constitucional.

Lo primero que debe plantearse, en este caso, es si cabe adoptar la medida sin autorización de la Cámara. El Tribunal Supremo, en su ATS de 31 de enero de 2013, en el seno de una disquisición acerca de cuándo es necesario activar el suplicatorio solicitando autorización a la Cámara a la que pertenezca el parlamentario, afirmaba que *será necesario en todo caso el suplicatorio cuando se lleven a cabo acciones de auténtica inculpación material (señaladamente un auto de prisión)*. En el mismo sentido, la STC 124/2001, de 4 de junio contemplaba, como oración subordinada y declaración *obiter dicta* que:

Y ello toda vez que el alcance conferido por dicha interpretación al término inculpado a los efectos del art. 71.2 CE, que excluye, obviamente, la posibilidad de adoptar medida cautelar alguna contra la persona del Diputado o Senador hasta que se obtenga, en su caso, la autorización de la Cámara respectiva para su inculpación o procesamiento [...].

Como después analizaremos, estos pronunciamientos adquieren una vigencia incontestable en la recién estrenada legislatura.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la tramitación de un suplicatorio requiere de un procedimiento que se alarga en el tiempo (de acuerdo con los Reglamentos del Congreso y del Senado, hasta 60 días naturales desde su recepción por el presidente), lo que cabría entonces cuestionar es si la prisión provisional, al cabo de 60 días, cumpliría en este caso con su legítima finalidad, pues esta medida tiene por objeto salvaguardar, inmediatamente, los riesgos inminentes a los que alude el artículo 503 LECrim, lo que quedaría desvirtuado por el aplazamiento de la medida.

Queremos señalar que, si el artículo 503 LECrim regula la prisión provisional, cuando se den las condiciones objetivas para ello

(en cuanto a la pena señalada para el delito investigado, etc.), para cumplir los fines fundamentales de evitar la fuga del investigado; la destrucción, alteración u ocultación de pruebas; o la reiteración delictiva, cabe preguntarse si tiene sentido solicitar autorización a las Cámaras para adoptar una medida que, cuando haya pronunciamiento sobre la autorización, habrá perdido muy probablemente su utilidad. Podríamos incluso cuestionar si, tratándose de una medida adoptada en el seno de una instrucción penal que investiga hechos cometidos fuera del ejercicio de la función parlamentaria, tendría sentido acordar la prisión provisional acudiendo a cualquier justificación que no sea la de *asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga*. Y es que podría objetarse que la adopción de una medida de prisión provisional diferida cabría justificarla en la evitación del riesgo de la reiteración delictiva o en la ocultación, alteración o destrucción de pruebas, pero en tales casos ello sólo sería posible si el investigado estuviese aún en situación de volver a cometer el delito, lo cual no parece probable cuando el hecho imputado se hubiera cometido en el ejercicio de funciones públicas distintas a las de parlamentario (es decir, como otro cargo público), si ya no se ostentase dicho cargo.

Como ya anticipábamos, la cuestión relativa a las medidas cautelares es de plena actualidad, pues lo cierto es que en el seno del denominado “juicio del proces” las defensas han solicitado de la sala sentenciadora que pida el suplicatorio tanto al Congreso de los Diputados como al Senado como requisito de procedibilidad para la continuación del juicio. No obstante, y sin perjuicio de que ello dé lugar a un interesante debate jurídico, resuelto ya por la propia sala, la petición de suplicatorio en el estado actual del proceso cobraría, si cabe, más sentido en relación, no con la continuación misma del juicio, sino con el mantenimiento de la prisión provisional de los acusados, sobre todo porque es dicha situación de prisión provisional, y no la mera continuación del juicio, la que afecta al normal funcionamiento y composición de las Cámaras y porque la situación de prisión provisional es la que directamente habilita para la suspensión de los derechos y deberes parlamentarios, bien sea por aplicación del artículo 384 bis LECrim (solución, al parecer, finalmente adoptada),

bien por disposición del artículo 21.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados.

Queremos con ello decir que si la sala sentenciadora, que alude tangencialmente a ello en su auto de 14 de mayo de 2019 (decimos tangencialmente porque no aborda la cuestión exactamente desde la perspectiva que proponemos y hemos de suponer que las defensas tampoco), hubiera tenido que pedir el suplicatorio para mantener la medida de prisión provisional y no para la mera continuación del juicio, por aplicación de los criterios sostenidos en las resoluciones anteriormente mencionadas tanto del propio Tribunal Supremo (ATS de 31 de enero de 2013) como del Tribunal Constitucional (STC 124/2001, de 4 de junio), la negativa de las Cámaras a concederlo hubiera dejado sin efecto la que se ha revelado como muy problemática suspensión de los derechos de los parlamentarios, pues la puesta en libertad de los mismos como consecuencia de la eventual denegación del suplicatorio suprimiría el supuesto de hecho habilitante de la suspensión.

No parece haber sido esto planteado por las defensas de los acusados y, en consecuencia, no se ha pronunciado el Tribunal Supremo sobre la cuestión.

VII. SUPLICATORIO

El suplicatorio es una de las manifestaciones de la inmunidad parlamentaria, junto con la prohibición de detención del parlamentario, cuya regulación se contiene en el artículo 71 CE, pero que encuentra referencias, como hemos visto, en los Reglamentos de las Cámaras, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como, finalmente, en la Ley de 9 de febrero de 1912.

Nuestro Tribunal Constitucional compendió su doctrina acerca del suplicatorio en su sentencia de 124/2001, de 4 de junio, en lo que atañe a las siguientes cuestiones:

– en primer lugar,

[...] la inmunidad parlamentaria no puede concebirse como un privilegio personal, esto es, como un instrumento que únicamente se establece en beneficio de las personas de Diputados o Senadores, pues la existencia de tal tipo de privilegios pugnaría entre otras cosas, con los valores de

‘justicia’ e ‘igualdad’ que el art. 1.1 reconoce como ‘superiores de nuestro ordenamiento jurídico.

Por tanto, es un privilegio institucional;
– en segundo lugar,

[...] esta protección a que la inmunidad se orienta no lo es, sin embargo, frente a la improcedencia o a la falta de fundamentación de las acciones penales dirigidas contra los Diputados y Senadores, sino frente a la amenaza de tipo político consistente en la eventualidad de que la vía penal sea utilizada, injustificada o torticeramente, con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular.

En consecuencia, no tiene por objeto procurar la impunidad, sino preservar el buen funcionamiento de la Cámara;

– en tercer lugar, desde la perspectiva procesal, el suplicatorio constituye un requisito de procedibilidad, de modo que sin él no puede llevarse a cabo ni la inculpación, ni el procesamiento, ni pueden adoptarse medidas cautelares contra el parlamentario.

Una vez fijada la competencia del Tribunal Supremo para instruir las causas seguidas contra los parlamentarios, la primera actuación es la de proceder a la designación de magistrado instructor, pues así lo impone el art. 57.2 LOPJ¹². Designado el magistrado instructor, comienzan a realizarse las diligencias de instrucción, incluida la llamada del investigado a declarar. El artículo 71.2 CE afirma que los parlamentarios *no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva*. Por tanto, lo primero que debemos plantearnos es cuál es el momento en que ha de pedirse el suplicatorio y si, señaladamente, es necesario dicho suplicatorio cuando el investigado es llamado a declarar.

El artículo 118 bis LECrim se remite, para cuando se impute a un parlamentario un hecho punible, al artículo 118 LECrim, que afirma que cuando ello se produzca *podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique*

¹² «En las causas a que se refieren los números segundo y tercero del párrafo anterior se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un instructor, que no formará parte de la misma para enjuiciarlas».

su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento [...].

Ciertamente, ni el artículo 71.2 CE ni el artículo 118 LECrim aclaran nada, pues hablan indistintamente de inculpación y procesamiento, y lo cierto es que desde la reforma operada en la LECrim en 1988 con la introducción del procedimiento abreviado, el auto de procesamiento pervive en el procedimiento ordinario, pero no en el abreviado. La falta de una regulación legal clara acerca de cuál es el momento en que debe solicitarse el suplicatorio ha convertido a ésta en una cuestión nada pacífica y, de hecho, el Tribunal Constitucional ha realizado llamamientos *al legislador sobre la inseguridad jurídica que comporta la situación legal existente en torno a las prerrogativas parlamentarias* (SSTC 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3; 22/1997, de 11 de febrero, FJ 4).

Volviendo a la STC 124/2001, para determinar cuándo es preciso solicitar el suplicatorio, se considera, ante el vacío normativo, que la mera llamada al proceso al investigado no requiere la solicitud de suplicatorio pues:

[...] la condición de inculpado, a los efectos del art. 71.2 CE, no se adquiere con la mera admisión de la querrela, sino que requiere un juicio judicial de inculpación por la existencia de indicios racionales o sospechas fundadas de su participación en los hechos, de modo que antes de la formalización de ese juicio de inculpación es cuando ha de solicitarse el suplicatorio a la Cámara respectiva.

Además, añade que:

[...] la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria no impide que el Juez pueda investigar pero veda la realización de actos que en sí mismos determinen la sujeción de un parlamentario a un procedimiento penal, ya sea mediante la expresión de un juicio formal de inculpación o a través de la práctica de otras diligencias que materialmente entrañen ese mismo significado. A lo que cabe añadir que desde el momento en que el Juez cuente con elementos suficientes para adoptar alguno de los referidos actos, está obligado a solicitar inmediatamente el suplicatorio.

A mi juicio, este criterio del Tribunal Constitucional es algo contradictorio y no resuelve el problema (que, desde luego, debería ser

resuelto por el legislador). Y lo es porque si el artículo 118 LECrim, al que se remite el 118 bis, dice que la participación del investigado en la instrucción se producirá desde que *se atribuya un hecho punible pudiendo ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia*, siempre y cuando, claro está, esa atribución del hecho punible supere el control judicial que impone el artículo 313 LECrim, debe concluirse que la llamada de una persona al procedimiento en calidad de investigado ha debido venir precedida necesariamente de un provisional y motivado juicio indiciario del órgano jurisdiccional, al menos cuando la llamada al procedimiento se acuerda por medio de un auto (que debe incorporar motivación) y no de una providencia.

En definitiva, ante el silencio de las normas, parece que el suplicatorio ha de pedirse antes del auto de procesamiento, en el caso del procedimiento ordinario, y antes de dictar el auto de transformación de las diligencias previas, en el caso del procedimiento abreviado. Y todo ello, sin perjuicio de solicitar el suplicatorio antes de adoptar medidas cautelares que supongan restricciones a la libertad deambulatoria.

Del mismo modo, ha de abordarse la cuestión de qué contenido ha de tener el pronunciamiento de las Cámaras ante una petición de suplicatorio, pues lo cierto es que la decisión de las Cámaras al respecto puede determinar el sobreseimiento en caso de ser denegatoria, con lo que ello puede implicar, fundamentalmente en cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva del perjudicado por el delito y a la creación de espacios de irresponsabilidad penal que la Constitución sólo predica respecto del jefe del Estado.

En primer lugar, ha de considerarse que la autorización se concede previa votación en el Pleno, de modo que podría cuestionarse si dicha decisión es susceptible de control, dados los graves efectos que puede acarrear. Ninguna pista da la Constitución en cuanto a qué naturaleza tiene el pronunciamiento de las Cámaras ante una petición de autorización por el Tribunal Supremo, ni somete expresamente esa decisión a una posterior revisión jurisdiccional. En principio, podría entenderse que la adopción de tales decisiones es un acto puramente político, atribuido a dichas Cámaras, y que encierra un juicio, no sobre la culpabilidad, sino sobre la oportunidad de proceder contra

un parlamentario, de modo que aceptar la posibilidad de revisar dicho juicio desde otra instancia supondría contradecir la misma figura constitucional de la inmunidad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional entendió desde la STC 90/1985, de 22 de julio, que el hecho de que el artículo 71.2 CE confiera a las Cámaras la facultad de pronunciarse sobre la autorización solicitada *no supone, sin embargo, que el libre ejercicio de una facultad así atribuida quede exento del principio de sometimiento a la C.E., que, con carácter general, impone su art. 9.1, de la misma a los poderes públicos*, por lo que el Tribunal Constitucional puede:

[...] revisar, desde la perspectiva constitucional, los actos del Congreso de Diputados o del Senado por los que, en libre ejercicio de la prerrogativa de la inmunidad que les reconoce el art. 71.2 de la C.E., se resuelve acerca de la solicitud para procesar a alguno de sus miembros, y es al TC a quien corresponde, cuando sea requerido para ello, por la vía y con los requisitos del amparo constitucional, llevar a cabo esa revisión mediante el examen del caso concreto.

En segundo lugar, debe analizarse en qué términos puede el Tribunal Constitucional examinar la decisión de las Cámaras sobre el suplicatorio. La propia STC 90/1985 señalaba que:

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

En esta doctrina abundó el Tribunal Constitucional en la STC 206/1992, de 27 de noviembre, cuando exigía, además, que la motivación *tuviera un sentido predominantemente material: No se trata tanto de que el Acuerdo adopte una "forma motivada", cuanto de que*

exista en, o quepa deducir del Acto parlamentario una motivación coherente con la finalidad de la prerrogativa parlamentaria. Es decir, parece exigirse de la Cámara la expresión de las razones que aconsejan el no procesamiento del parlamentario de acuerdo con la finalidad misma que debe ser predicable del suplicatorio.

Ello, empero, no casa con la previsión de los artículos 22.5 del Reglamento del Senado y 14.2 del Reglamento del Congreso, que prevén una suerte de silencio negativo, considerando que el suplicatorio deberá entenderse denegado si no se hubiesen pronunciado las Cámaras en el plazo de 60 días. En tal caso, cabría preguntarse cómo puede invocarse la intervención del Tribunal Constitucional y cómo puede éste entrar a analizar la motivación material de un acuerdo parlamentario que, sencillamente, no existe, sin desnaturalizar los preceptos citados.

Una especial consideración ha de hacerse acerca del suplicatorio en el caso de los parlamentarios autonómicos, pues el artículo 71.2 CE sólo habla de diputados y senadores como sujetos de la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria.

La STC 36/1981, de 12 de noviembre, estudió la aplicación de dicha prerrogativa a los parlamentarios autonómicos, a raíz del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Estado contra la Ley 2/1981 del Parlamento Vasco, que extendía la prerrogativa de la inmunidad a aspectos no comprendidos en el Estatuto de Autonomía. En concreto, el Estatuto de Autonomía hacía referencia a la imposibilidad de detención salvo en caso de flagrancia delictiva pero no a la autorización del Parlamento para proceder a inculpar o procesar a los parlamentarios, cuestión esta última que se incluía en la Ley impugnada.

El Tribunal Constitucional concluyó que la Ley era inconstitucional porque, al incluir la prerrogativa del suplicatorio, la Ley 2/1981 infringía el Estatuto de Autonomía, que no la contemplaba. La sentencia razona que la inmunidad parlamentaria, en el caso de los parlamentos autonómicos, no viene comprendida en el artículo 71 CE y que no es posible su aplicación a los parlamentarios, si no es mediante su inclusión en el Estatuto de Autonomía, descartando incluso que pudiera aplicarse por la vía de considerar como derecho supletorio los Reglamentos del Congreso y del Senado. La sentencia a la que aludimos ponía de relieve la circunstancia de que el proyecto

de Estatuto de Autonomía del País Vasco preveía la existencia del suplicatorio, pero que en el debate producido en el seno de la Comisión Constitucional del Congreso quedó suprimida dicha prerrogativa. Ignoramos el motivo de la supresión, pero lo cierto es que no la incluye ningún estatuto de autonomía.

Así las cosas, y volviendo a las medidas cautelares que comportan privación de libertad, cabría preguntarse si, dado que según el Tribunal Constitucional es preciso el suplicatorio para la adopción de la medida de prisión provisional, puede adoptarse tal medida en el seno de la instrucción penal respecto de los parlamentarios autonómicos, cuestión de plena actualidad tras el ingreso en prisión de algunos miembros del Parlamento de Cataluña.

Por vía de principio, podría pensarse que al no ser posible la detención (salvo en caso de flagrancia delictiva) no es factible la prisión provisional, que es una medida cautelar privativa de libertad de más intensidad y duración que la mera detención. Y ello porque, recordemos, la inmunidad parlamentaria tiene como ratio evitar la alteración en la composición y funcionamiento normales de la Cámara. Los estatutos de autonomía emplean una fórmula para recoger la inmunidad parlamentaria que restringe la interdicción de la detención a aquellos casos en los que el hecho delictivo sea cometido en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma, conectando además esta prerrogativa al fuero especial del Tribunal Superior de Justicia (TSJ), de modo que será competente para conocer de las causas penales contra los parlamentarios autonómicos el TSJ que tenga su sede en la Comunidad de que se trate cuando el hecho se haya cometido en el territorio de la Comunidad Autónoma, o el Tribunal Supremo (TS) en los demás casos. A título de ejemplo, el art. 101.3 del Estatuto de Autonomía para Andalucía contiene una fórmula para describir la extensión de la inmunidad parlamentaria común a la mayoría de los estatutos de autonomía que se formula en los siguientes términos:

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

Así las cosas, la inmunidad acompaña al fuero especial en el TSJ cuando el hecho se comete en el territorio de la Comunidad Autónoma, pero parece que no cuando se comete fuera. De esta manera, el TS, en principio, cuando conoce de una causa contra un parlamentario autonómico, lo hace porque el hecho se ha cometido fuera del territorio de la Comunidad a la que pertenece y, en tales casos, puede producirse la detención del parlamentario aun en los supuestos en los que no exista flagrancia en la comisión del hecho y, en principio, ordenar su ingreso en prisión provisional sin más requisitos que los contemplados en el artículo 503 LECrim.

Por el contrario, en el Estatuto de Autonomía para Cataluña (EAC) la fórmula empleada es distinta, pues la inmunidad parlamentaria, en lo que a la detención se refiere, no se contrae a los hechos cometidos en el territorio de Cataluña. El artículo 57.1 del EAC señala que: *Los miembros del Parlamento son inviolables por los votos y las opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo. Durante su mandato tendrán inmunidad a los efectos concretos de no poder ser detenidos salvo en caso de flagrante delito.* Con respecto al privilegio del fuero especial, el apartado 2 del artículo 57 EAC dispone que: *En las causas contra los Diputados, es competente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Fuera del territorio de Cataluña la responsabilidad penal es exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.*

En consecuencia, atendiendo a la literalidad del precepto, hay que llegar a dos conclusiones: i) que la detención de los miembros del Parlamento de Cataluña parecería no ser posible, salvo casos de flagrancia delictiva, aun cuando por razón del lugar de comisión del hecho delictivo la competencia correspondiese al Tribunal Supremo, atribuyéndose la competencia de éste para el conocimiento de las causas penales contra los parlamentarios si los hechos son cometidos fuera del territorio de Cataluña (aquí hay que apuntar que el criterio empleado en la querrela del Fiscal General del Estado para atribuir la competencia al Tribunal Supremo no es el lugar de comisión de los hechos sino la extensión de sus efectos más allá del territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña); y ii) que el EAC (que, no olvidemos, se aprueba mediante ley orgánica), a diferencia de los demás estatutos de autonomía, no habla de *inculpación, prisión,*

procesamiento y juicio al tratar del fuero especial, sino que se limita a emplear la expresión *la responsabilidad penal es exigible*, previsión que carece de correspondencia con las categorías previstas en la ley procesal penal, lo cual permitiría debatir acerca de si una medida de detención o prisión provisional encaja en la genérica referencia a la exigencia de responsabilidad penal pues, en puridad, tal exigencia no comporta las citadas medidas cautelares.

Si nos preguntásemos, por tanto, si es constitucionalmente legítima la medida de prisión provisional contra los miembros del Parlamento de Cataluña, aun cuando el conocimiento de la causa correspondiese al Tribunal Supremo, cabría sostener dos opiniones enfrentadas:

a) que no es una medida constitucionalmente legítima porque:

i) si no cabe la detención, salvo en caso de flagrante delito, cabe aún menos la prisión provisional, dado que el bien jurídico protegido por la inmunidad se vería más seriamente comprometido por quedar completamente devaluado. De hecho, a pesar de no existir la previsión, en ningún estatuto de autonomía, de la prerrogativa del suplicatorio en los parlamentos autonómicos, el artículo 501 CP castiga a *la autoridad judicial que inculpare o procesare a un miembro de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma sin los requisitos establecidos por la legislación vigente*; ii) según la interpretación literal del EAC, la inmunidad se extiende incluso a los actos cometidos fuera del territorio de Cataluña (o de los hechos cuyos efectos trasciendan de tal territorio, en la tesis empleada por el Ministerio Fiscal para considerar competente al Tribunal Supremo);

b) que es una medida constitucionalmente legítima porque, de sostener otra tesis, los diputados y senadores serían de peor condición que los parlamentarios autonómicos. Así, mientras respecto de los primeros sería posible la prisión provisional, suplicatorio mediante, respecto de los segundos no cabría la prisión provisional precisamente porque el respectivo estatuto de autonomía no incluye el suplicatorio en el ámbito de la inmunidad parlamentaria.

Ante la falta de previsión (lógica) del legislador hasta el momento, quizás la peculiaridad de la cuestión permita (y, desde luego, aconseje) al Tribunal Constitucional, si tiene ocasión con motivo del conocimiento del asunto en vía de amparo, actualizar su doctrina acerca

de la verdadera ratio de la inmunidad parlamentaria, no limitándola a la mera necesidad de evitar la alteración del parlamento en su normal composición y funcionamiento por consecuencia de *manipulaciones políticas*, y poniendo en conexión este bien jurídico protegido con otros merecedores de no menor protección, fundamentalmente con los amparados por el artículo 503 LECrim. Del acierto que tenga en dicha actualización doctrinal, aventuramos, dependerán en gran medida muchas cuestiones abordadas hasta hoy sólo en el ámbito de la discusión científica y que presentan extraordinaria importancia desde el punto de vista de la legitimidad de los poderes del Estado y de la preeminencia o no de algún poder sobre otro. Se corre el riesgo de deslegitimar la función jurisdiccional en la misma medida en que se puede poner en cuestión la propia esencia del Poder Legislativo, que es el único que emana directamente de la voluntad popular. Difícil equilibrio que requiere grandes dosis de finura jurídica y hasta filosófica.

VIII. COMISIONES PARLAMENTARIAS DE INVESTIGACIÓN

Las comisiones parlamentarias de investigación constituyen un instrumento de lo que algún sector doctrinal ha catalogado como la “inspección parlamentaria”¹³.

La regulación de las comisiones de investigación parte del artículo 76 CE¹⁴ y se completa con las disposiciones contenidas en la LO 5/1984 (de escueta regulación y que sólo tiene cinco artículos, uno de los cuales está derogado) y en los Reglamentos del Congreso y del Senado (que regulan cuestiones adjetivas y de procedimiento), además de con las disposiciones que sancionan la conducta de los llamados a comparecer y que se contienen en el Código Penal.

Ciñéndonos a las comisiones de investigación en el seno de las Cortes Generales (aunque su constitución es posible en los parla-

¹³ Gil Gil, L. (2000); Manzella, A. (1981).

¹⁴ «1. El Congreso y el Senado, y, en su caso, ambas Cámaras conjuntamente, podrán nombrar Comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público. Sus conclusiones no serán vinculantes para los Tribunales, ni afectarán a las resoluciones judiciales, sin perjuicio de que el resultado de la investigación sea comunicado al Ministerio Fiscal para el ejercicio, cuando proceda, de las acciones oportunas.

2. Será obligatorio comparecer a requerimiento de las Cámaras. La ley regulará las sanciones que puedan imponerse por incumplimiento de esta obligación».

mentos autonómicos de acuerdo con lo que establecen los estatutos de autonomía y los reglamentos de dichos parlamentos), pueden constituirse en cada una de las Cámaras o conjuntamente en ambas. Dispone el artículo 52.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados acerca de su constitución que:

El Pleno del Congreso, a propuesta del Gobierno, de la Mesa, de dos Grupos Parlamentarios o de la quinta parte de los miembros de la Cámara, podrá acordar la creación de una Comisión de Investigación sobre cualquier asunto de interés público.

El artículo 59.1 del Reglamento del Senado, por su parte, establece que:

El Senado, a propuesta del Gobierno o de veinticinco Senadores que no pertenezcan al mismo Grupo parlamentario, podrá establecer Comisiones de Investigación o Especiales para realizar encuestas o estudios sobre cualquier asunto de interés público. Su constitución se ajustará a lo dispuesto en el artículo 52.

En lo que al presente artículo importa, la temática de las comisiones parlamentarias de investigación ha de versar sobre *cualquier asunto de interés público*, si bien la realidad demuestra que tales asuntos trascienden muchas veces del ámbito parlamentario y son objeto de investigación en sede de la jurisdicción penal. Ello plantea diversos problemas que no están resueltos ni por el artículo 76 CE ni por su desarrollo normativo, ya citado, sobre todo desde la perspectiva del compareciente. Si bien es cierto que la comisión parlamentaria de investigación y el proceso penal tienen objetos distintos, las interacciones entre ambos son comunes y, a veces, comprometedoras de ciertos derechos. En primer lugar, porque no es posible sustraerse a la llamada de una comisión parlamentaria de investigación. Y, en segundo lugar, porque la comparecencia en el seno de una comisión parlamentaria de investigación puede producir una colisión con los derechos reconocidos por el artículo 24 CE. Aunque ni el artículo 76 CE ni la Ley Orgánica 5/1984 establecen nada al respecto, nuestro Código Penal castiga en su artículo 502.1 a quienes *dejen de comparecer ante una Comisión de investigación de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma* y, en el

apartado 3 del mismo precepto, al que *convocado ante una comisión parlamentaria de investigación faltare a la verdad en su testimonio*.

En relación con el deber de comparecencia en las comisiones parlamentarias de investigación, se ha planteado si los miembros del Gobierno de la Nación y los funcionarios de la Administración del Estado tienen dicho deber cuando la petición de comparecencia se formula por un parlamento autonómico. Esta cuestión se suscitó en el ámbito de la comisión de investigación creada en el Parlamento de Galicia acerca de la catástrofe del Prestige, emitiendo el Consejo de Estado un dictamen (34/2003) en el que se negaba al Parlamento de Galicia competencia para citar a autoridades y funcionarios del Estado, toda vez que las competencias del Estado quedan fuera del control de un parlamento autonómico. El asunto no trascendió a la jurisdicción penal, pero resulta desde luego discutible una excepción subjetiva de este tipo que no contempla el artículo 502 CP. Sin embargo, este es el criterio que parece mantener el Tribunal Supremo en su auto de 7 de julio de 2016¹⁵, ante la incomparecencia del titular de

¹⁵ «El artículo 502 del Código Penal, en su apartado primero, castiga a los que, habiendo sido requeridos en forma legal y bajo apercibimiento, dejaren de comparecer ante una Comisión de investigación de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma.

Se trata de una figura delictiva que trata de proteger el correcto funcionamiento de una institución como son las comisiones de investigación parlamentaria –estatales o autonómicas (a las primeras se refiere expresamente el artículo 76 de la Constitución Española)–, penando a aquellos que, teniendo la obligación legal de comparecer ante tales comisiones, no lo hagan a pesar de haber sido debidamente citados para ello, con los correspondientes apercibimientos.

En el caso de autos, la incomparecencia denunciada se habría producido ante una comisión de investigación constituida en el Parlamento de Andalucía y habría afectado a dos personas, una, Ministra del Gobierno de la Nación –en la actualidad en funciones–, y otra, Consejera del Tribunal de Cuentas-. Ambas no se limitaron, sin más, a no atender el requerimiento que les fue realizado sino que, según se desprende de las actuaciones, contestaron expresamente a la citación que les fue dirigida a través de las comunicaciones de 12 y 13 de mayo de 2016. En dichas comunicaciones, dirigidas al Presidente del Parlamento Andaluz, expusieron las razones por las que entendían que no tenían obligación de comparecer [...].

En segundo lugar, de los apartados dos, tres y cuatro del artículo del Reglamento del Parlamento Andaluz ya citado, se desprende que aquellas personas cuya presencia sea requerida han de ser competentes por razón de la materia objeto del debate. Este extremo tampoco consta en la denuncia presentada, en la que no se justifica en modo alguno cuál sería la competencia de las personas denunciadas sobre la concesión de subvenciones otorgadas

una cartera ministerial y de una consejera del Tribunal de Cuentas a una comisión constituida en el Parlamento de Andalucía.

Más delicada es la cuestión que atañe al contenido de la declaración en una comparecencia parlamentaria de investigación, pues, a diferencia del proceso penal, en el que el estatuto del compareciente puede ser el de investigado o testigo, con las diferencias que ello plantea desde la perspectiva de los derechos y deberes del declarante, en el seno de las comisiones parlamentarias de investigación todos los comparecientes comparten el mismo estatus y todos tienen la obligación de comparecer y de no faltar a la verdad. Es cierto que el apartado 2 del artículo 1.º de la LO 5/1984 señala que:

Las Mesas de las Cámaras velarán por que ante las Comisiones de Investigación queden salvaguardados el respeto a la intimidad y el honor de las personas, el secreto profesional, la cláusula de conciencia y los demás derechos constitucionales.

Pero no es menos cierto que el artículo 502.3 CP sanciona a quien en el seno de una comisión parlamentaria *faltare a la verdad*. Lo primero que debe advertirse es que, si bien hay normas que obligan a comparecer y a no faltar a la verdad y sancionan la infracción de dichos comportamientos, no hay normas que impongan el deber de declarar y sancionen la omisión de dicha conducta por más que la consecuencia lógica de la comparecencia sea la declaración. Pero lo cierto es que cuando coexisten en el tiempo un proceso penal y una comisión parlamentaria de investigación, la llamada a comparecer en esta última puede comprometer gravemente los derechos reconocidos en el artículo 24 CE, singularmente el derecho a guardar silencio y el derecho a no declarar contra sí mismo. Hay quien opina que, en tales casos, la conducta consistente en guardar silencio o no declarar contra sí mismo (en el caso de que exista la obligación de declarar) no caerían en el ámbito típico del artículo 502 CP, pues la obligación de decir la verdad queda bloqueada por el derecho de defensa. Hay quienes, por el contrario, consideran que en tales casos sí que se da la conducta típica, pero en la que concurre una causa de justificación que dejaría

por la Administración de la Junta de Andalucía en materia de formación profesional para el empleo».

sin castigo la conducta¹⁶. En cualquiera de los casos, lo cierto es que no se conoce ningún caso en el que el contenido de una declaración en el ámbito de una comisión parlamentaria de investigación haya acabado siendo objeto de un proceso penal en el que se castigue el hecho de haber faltado a la verdad.

No obstante, y a modo de conclusión, lo deseable sería que las comisiones parlamentarias de investigación no interfirieran en los procesos penales. Ciertamente es que ello resulta difícil, tanto por el uso partidista que se hace de las comisiones de investigación como por la dificultad que entrañaría, para dar virtualidad al normal ejercicio de las funciones parlamentarias, la apertura de las comisiones de investigación sólo una vez que los posibles delitos que constituyesen los hechos objeto de investigación hubiesen prescrito. Sin embargo, no estaría de más que el legislador previera estas posibles interferencias regulando la suspensión de las comisiones de investigación, o impidiendo su constitución, cuando los hechos estuviesen siendo objeto de examen en la jurisdicción penal, tal y como ocurre en algunos países de nuestro entorno.

IX. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, podemos señalar que en la cuestión abordada se hace preciso corregir por vía legislativa algunos aspectos puntuales que, no obstante, tienen enorme trascendencia social, política y jurídica.

La actualidad lo demuestra sobradamente: sirvan como ejemplo de todo ello los recientes acontecimientos vividos en el inicio de la XIII Legislatura, a cuenta de la situación procesal y parlamentaria en la que se encuentran los acusados en el juicio que se sigue en el Tribunal Supremo contra antiguos responsables de la Generalitat y del Parlamento de Cataluña que han resultado electos en las últimas elecciones generales, en torno a los cuales la suspensión en los derechos y deberes parlamentarios ha generado no pocos problemas.

Pero, además, vivimos tiempos convulsos en los que los procesos penales que afectan a quienes se dedican a la política adquieren una

¹⁶ Carrasco Andrino, M.M. (2014).

gran trascendencia social. Los procesos penales en fase de instrucción influyen decisivamente en la percepción que la ciudadanía tiene sobre la clase política, con independencia de cuál sea el resultado de la instrucción. Las cautelas constitucionales que garantizan el correcto ejercicio de la legítima función política no son suficientes para asegurar, a veces, dicha función pues, como es de ver, la fuerza del descontento social acaba por condicionar la acción política. Pero es que, de otro lado, el alimento de esa percepción social, muchas veces desmesurada y poco realista, se encuentra en una praxis judicial que deriva directamente de la insuficiente respuesta que las normas procesales dan a ciertos problemas prácticos que precisan de una urgente solución.

Porque es que, además de que el vocerío social condicione el legítimo ejercicio de la acción política, las insuficiencias normativas afectan directamente al estatuto de la persona sujeta a un proceso penal, que no por razón de sus funciones puede ser despojada de los derechos y garantías que nuestra Constitución reconoce a cualquier ciudadano.

Así, consideramos necesaria, con carácter general, la aprobación de una nueva ley procesal penal que regule de modo sistemático el proceso penal en su conjunto y que defina claramente qué tipo de instrucción penal queremos. La vieja Ley de 1882, a pesar de sus numerosas y sucesivas reformas, no da respuestas a una realidad que desborda continuamente las previsiones legislativas. En particular, consideramos necesario apuntalar normativamente aspectos concretos que contribuyan a solucionar las patologías ya detectadas tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo, así como aquellas otras no apuntadas ni resueltas por vía jurisprudencial:

1. La determinación del momento exacto en que una instrucción por la que merodean indicios contra un parlamentario debe ser elevada al Tribunal Supremo, a fin de evitar actividades indagatorias a espaldas del interesado que conformen un acervo indiciario de la comisión de hechos delictivos que provoquen indefensión por falta de práctica de diligencias de descargo.

2. La concreción del momento en el que es precisa la autorización de las Cámaras para proceder contra los parlamentarios, puesto que la mera llamada de los mismos al proceso por aplicación

del artículo 118 bis puede venir precedida de un auténtico juicio de inculpación.

3. La fijación clara y precisa de los límites de la reserva que pesa sobre las actuaciones judiciales en el seno de la instrucción penal y las consecuencias de la infracción de dicha reserva, con el fin de evitar la generación de perjuicios injustificados en las personas sujetas a una instrucción, sin perjuicio del respeto al derecho a la información.

4. La regulación del alcance y límites de las medidas cautelares de naturaleza personal que puedan afectar a los parlamentarios, así como, en su caso, la determinación precisa de la necesidad de autorización de las Cámaras en tales supuestos, a fin de garantizar adecuadamente el correcto funcionamiento y la formación de la voluntad en el seno de las Cámaras.

5. La resolución de la antinomia existente entre la necesidad de justificación material del pronunciamiento de las Cámaras ante la petición de suplicatorio y el hecho de que este pueda ser autorizado por el mero transcurso del tiempo; y

6. El establecimiento de criterios normativos que eviten la indeseable interferencia entre la instrucción penal y las comisiones parlamentarias de investigación en todo aquello que afecte al derecho a la tutela judicial efectiva de quien, teniendo la consideración de investigado, esté obligado a comparecer ante las comisiones.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLAMO GONZÁLEZ, D.P. (2018). La instrucción penal por jueces instructores: una garantía del Estado de derecho en el sistema penal español. *Diario La Ley N.º 9185, Sección Doctrina, 25 de abril de 2018*. Madrid: Editorial Wolters Kluwer.

ALBA NAVARRO, M. (2003). Sinopsis artículo 71. Recuperado de <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=71&-tipo=2>

CARRASCO ANDRINO, M.M. (2014). Tutela penal de las Comisiones Parlamentarias de Investigación y de la actividad de otros órganos constitucionalmente reconocidos. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 67, pp. 155-192.

- CARRO MARTÍNEZ, A. (1981). La inmunidad parlamentaria. *Revista de Derecho Político*, 9, pp. 87-109.
- DUQUE VILLANUEVA, J.C. y DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J. La vigencia de la ley penal y la inmunidad parlamentaria. Recuperado de <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/viewFile/6140/6602>
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. (1977). La inmunidad parlamentaria en la actualidad. *Revista de Estudios Políticos*, 215, pp. 207-248.
- GIL GIL, L. (2000). Las Comisiones Parlamentarias de Investigación. *Proyecto social: Revista de relaciones laborales*, 8, pp. 147-162.
- GÓMEZ COLOMER, J.L. (2016). Privilegios procesales inconstitucionales e innecesarios en la España democrática del siglo XXI: el sorprendente mantenimiento de la institución del aforamiento. *Teoría y Realidad Constitucional*, 38, pp. 239-275.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. y CUERDA ARNAU, M.L. (1997). Aproximación al derecho penal parlamentario: inviolabilidades. *Cuadernos de Derecho Público*, 1, pp. 101-117.
- GUTIÉRREZ VICÉN, C. (2003). Sinopsis artículo 76. Recuperado de <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=76&tipo=2>
- MANZELLA, A. (1981). Las Cortes en el sistema constitucional español. En *La Constitución Española de 1978* (pp. 477-524). Milán: Giuffré Editore.
- MORALES ARROYO, J.M. (1987). Las prerrogativas parlamentarias a la luz de la jurisprudencia constitucional (a propósito de las sentencias del Tribunal constitucional 51/1985, de 10 de abril, y 90/1985, de 22 de julio.). *Revista de las Cortes Generales*, 12, pp. 189-218.
- MUERZA ESPARZA, J. (2003). *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Madrid: Thomson Aranzadi.
- PIZZORUSSO, A. (1984). Las inmunidades parlamentarias, un enfoque comparatista. *Revista de las Cortes Generales*, 2, pp. 27-50.
- SÁNCHEZ MAGRO, A. (1996). Reflexiones procesales sobre una institución contradictoria: el suplicatorio. *Revista de derecho procesal*, 3, pp. 639-654.