

MESA REDONDA TERCERA. RELACIONES ENTRE EL LEGISLATIVO
Y EL PODER JUDICIAL

**INSTRUCCIÓN PENAL, SUPPLICATORIO,
COMISIONES PARLAMENTARIAS DE INVESTIGACIÓN**

Ignacio Carrasco López
Ltrado de la Junta de Andalucía

I. ADVERTENCIAS.

El título de la presente ponencia se refiere a tres cuestiones cuya complejidad jurídica impide un análisis detallado en el tiempo de 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 de la presente intervención.

Ha de advertirse, no obstante, que cualquier análisis acerca 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 su carácter sistemático.

Algunas de sus reformas, de otro lado, ha 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.

Baste comprobar, a efectos ilustrativos, lo que ha ocurrido con la reciente reforma del artículo 324 LECrim: este precepto ha nacido muerto pues ni se ha aplicado según la literalidad del precepto, ni se ha respetado la intención del legislador, ni el precepto está redactado con buena técnica ni, en fin, ha cumplido el propósito que justificó su reforma.

Finalmente, el análisis de la cuestión, por motivos comprensibles, se va a tratar partiendo de las categorías más comunes desde el punto de vista material, esto es, las siguientes reflexiones se predicán de los procesos que tienen por objeto la instrucción y enjuiciamiento de los delitos que más comúnmente se atribuyen a aquellos a los que afecta la inmunidad parlamentaria y gozan del privilegio del fuero especial: los delitos de prevaricación y malversación.

Idealmente, las personas que gozan del privilegio de la inmunidad pueden ser procesados por cualesquiera de los delitos que contempla nuestro Código Penal, pero la práctica demuestra que tales casos son excepcionales. De ahí la necesidad de centrar el debate en lo general y no en lo excepcional.

Realizadas las anteriores advertencias, ha de anticiparse otra que será posteriormente desarrollada: el respeto al contexto que marca el título de la mesa redonda (las relaciones entre el poder legislativo y el poder judicial) deberá ser necesariamente rebasado como consecuencia de que, en la práctica, el privilegio 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.

Me refiero a la circunstancia de que la actividad parlamentaria está sujeta, como se ha expuesto en la anterior intervención, al privilegio de la inviolabilidad. La inviolabilidad se extiende, como se ha dicho, a las opiniones efectuadas 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, 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 reflexión acerca de la extensión del privilegio de la inviolabilidad es necesaria para contextualizar la presente exposición, porque descartado por los citados preceptos que el voto pueda ser delictivo, las posibilidades de cometer ilícitos penales en el ejercicio de la función parlamentaria quedaría delimitada subjetivamente a los parlamentarios que ostenten cargos orgánicos en el seno de cada Cámara, esto es, que formen parte de la mesa, pues junto a funciones propiamente parlamentarias desempeñan otras de carácter administrativo.

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 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 sentido de su voto, la aplicación práctica del privilegio de la inmunidad parlamentaria se predica respecto de los actos u omisiones perpetrados por quienes gozan de él en el ejercicio de funciones públicas extraparlamentarias, pues es común que algunos miembros de las Cámaras sean, a su vez, alcaldes y concejales y que los hechos investigados o enjuiciados se hayan cometido en el ejercicio de estos cargos.

II. LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA.

Para abordar las relaciones entre la instrucción penal y el suplicatorio 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; 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 un privilegio que el artículo 71.2 CE reserva 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 de 1988 que introdujo al procedimiento abreviado tal fenómeno se producía con el auto de procesamiento, fase procesal que no se da en el procedimiento abreviado.

Íntimamente relacionado con la inmunidad parlamentaria, y recogida en el artículo 71.3 CE, encontramos el fuero especial, privilegio del parlamentario 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 existente 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 de quienes opinan 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.

Ciertamente, son respetables todas las opiniones, pero en un asunto como el que nos ocupa serían inevitables los comentarios que despertaría una instrucción que tuviese por objeto investigar los hechos en los que hubiera participado un parlamentario y 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.

Ello no obstante, la instrucción por el Ministerio Fiscal no es una realidad completamente desconocida en nuestra ley procesal. El artículo 773.2 LECrim contempla que “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 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.”

Es decir, en nuestro derecho procesal ya el Ministerio Fiscal tiene 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.

En cualquiera de los casos, y dada la regulación actual de la instrucción penal, desde luego puede afirmarse que, a salvo de la prueba anticipada y la prueba preconstituida, sólo pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, de modo que las diligencias practicadas en la instrucción tienen como fin, únicamente, el declarado 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.”.

No quiere esto decir que las diligencias practicadas en el seno de una instrucción penal carezcan de valor alguno. Lo que quiere decir es que tales diligencias ha de ser practicadas nuevamente como prueba en la fase de plenario, ante el órgano encargado del enjuiciamiento y garantizando la posibilidad de contradicción, además del resto de derechos y garantías procesales del justiciable.

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 personal 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 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 privilegio ni del privilegio 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 segundo 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 dispone 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, pues si 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 tendrá dicha justificación cuando quien ordena la práctica de una medida de privación de la libertad deambulatoria es un miembro del Ministerio Fiscal sometido al principio de dependencia jerárquica y no un miembro del Poder Judicial.

Parece improbable, asimismo, que el Ministerio Fiscal que pueda hacer comparecer a su presencia a un parlamentario, pues éste goza de fuero especial. Sin embargo, nada impide que pueda 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.

Por tanto, el alcance de tales diligencias con respecto a las personas protegidas por la inmunidad parlamentaria es un tanto difuso y sus límites habrá 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 aforamien-

to, 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. COMPETENCIAS PARA LA INSTRUCCIÓN.

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 LECrim (“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”), como del artículo 313 LECrim cuando atribuye al instructor la obligación de examinar su competencia.

Ocurre sin embargo que en determinadas ocasiones 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 privilegio 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/ en cuanto al momento en que dicha inhibición debe producirse y la afectación que ello provoquere en el derecho a la tutela judicial efectiva; y

B/ en relación con el celo con que el órgano instructor observe en la aplicación del artículo 313 LECrim, pues ello afecta también directamente al derecho a la tutela judicial efectiva.

VI. 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”, 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 al procedimiento especial previsto para el caso de que fuera 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 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, por ejemplo, la condición de Diputado o Senador se ha adquirido, incluso, después de haberse dictado auto de apertura del 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 tales 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, puede verse menoscabado irremediabilmente pues la tutela judicial efectiva también comprende, según el Tribunal

Constitucional, para el querellado, 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.

Pero es que, 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 762.6º 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.

Ciertamente ello carecía de sentido y se generó la doctrina 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 considerablemente con la supresión del artículo 300 LECrim y la nueva redacción del artículo 17 LECrim, según el cual “1. 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.**”.

De hecho, el Tribunal Supremo ha afirmado en su reciente 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 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 LECrm.) (veanse SS TEDH 2/6/05, caso Claes y otros/Bélgica, y 22/6/2000, caso Coéme/Bélgica).

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 al Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de dos mil catorce que dice que **“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.”**.

VII. CUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 313 LECrim Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

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 dispone que **“Desestimaré 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.

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 querella 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 su fundan la querella o la denuncia son constitutivos de delito. Esta obligación es esencial y afecta al contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y, sin embargo, es observada con desigual intensidad según quien sea el órgano que abre la instrucción.

Debemos recordar que la casuística es tan numerosa como delitos hay tipificados en el Código Penal. Sin embargo, tal y como advertíamos al principio, interesa destacar las causas que investigan hechos constitutivos de delitos de prevaricación por ser, de largo, los más comúnmente atribuidos a los cargos públicos protegidos por la inmunidad y el fuero.

Cualquiera que se dedique a la jurisdicción penal observará que, en los delitos de prevaricación, es praxis habitual, ante la presentación de una querella o denuncia, que el juez instructor verifique su competencia y, a continuación, proceda a incoar diligencias previas mediante un auto de contenido formulario, asumiendo acríticamente los postulados de la querella 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 “Cuando se presentare querella, 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 querella, las cuales denegará en resolución motivada.”.

Es cierto también que los jueces de instrucción siguen las pautas marcadas por la doctrina de las Audiencias Provinciales, que revisan la actividad instructora. Es igualmente cierto que dicha doctrina atiende al derecho a la tutela judicial efectiva del querellante para impedir el cierre prematuro de la instrucción si no se han prac-

ticado diligencias. Pero no es menos cierto que dichas diligencias han de practicarse después de admitir la querella “**si fuere procedente**”, esto es, si se dan las condiciones previstas en el artículo 313 LECrim.

Porque no podemos olvidar que el sometimiento del querellado 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 desechar 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).

Sin embargo, cuando la querella o denuncia se presenta ante el Tribunal Supremo y se dirige contra parlamentarios, podemos observar que el Tribunal Supremo es especialmente riguroso en comprobar que el hecho denunciado es, efectivamente, delictivo. Es decir, la praxis habitual cuando se presenta querella ante el Tribunal Supremo contra parlamentarios es que el Tribunal Supremo observe escrupulosamente las prescripciones del artículo 313 LECrim, prescripciones que garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva del querellado.

Cuando los hechos atribuidos en la querella son constitutivos de un delito de prevaricación, la observancia del artículo 313 LECrim cobra aún más importancia, 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 querella, 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; contrastar 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 querella**

no conduce de manera forzosa o ineludible a la incoación de un procedimiento penal, sino que se precisa la realización de una inicial valoración jurídica de la misma, de conformidad con las consideraciones expuestas, que 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 habitualmente de quien sea el órgano receptor de la querrela.

A mi juicio, en esto reside el elemento más importante del privilegio del aforamiento. Y ello afecta directamente al derecho a la tutela judicial efectiva del querrellado.

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 querrellados 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 juicio oral.

Sin embargo, a pesar de ello, existen 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 una garantía, porque permite a éste 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 para cualquier persona que no verse involucrado innecesariamente en una instrucción penal.

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.

VIII. ESPECIAL AFECTACIÓN AL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA POR 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 deriva 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 alguno. 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 ella quien optó por ser enjuiciado por el Tribunal Supremo y no por el TSJ de Cataluña.

IX. MEDIDAS CAUTELARES.

En el seno de la instrucción penal pueden adoptarse medidas cautelares de muy distinta naturaleza, alguna 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 LECrim, a cuyo tenor “La Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener:

- 1º A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490.
- 2º Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional.
- 3º 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.
- 4º Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurran 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.”

Ninguna duda plantea por cuanto que el propio artículo 71.2 ya hemos visto como 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 (artículo 22).

Esta idea es reiterada por el artículo 751 LECrim al disponer que “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.”.

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 excepción (el procesamiento sin suplicatorio) no prevista en el citado precepto constitucional.

Cuestión distinta es la medida de prisión provisional que pueda acordarse de acuerdo con las previsiones contenidas en los artículos 502 ss 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”.

El artículo 503 LECrim recoge los presupuestos objetivos que habilitan para la adopción de la medida de prisión provisional (en cuanto a la atribución de un hecho delictivo a persona determinada y 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.

“1. La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurren los siguientes requisitos:

1º 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.

2º 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.

3º 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.

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.”.

En definitiva, los fines a 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 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 legítima es la inmunidad parlamentaria, cuya protección tiene rango constitucional.

Lo primero que debe plantearse es, en este caso, 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 señalaba, 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...”.

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 función, pues esta medida tiene por objeto salvaguardar desde ya, inmediatamente, los riesgos inminentes a los que alude el artículo 503 LECrim, lo que desvirtúa el diferimiento de la medida.

Queremos decir 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, evitar la destrucción, alteración u ocultación de pruebas o evitar la reiteración delictiva, debemos plantearnos si tiene sentido solicitar autorización a las Cámaras para adoptar una medida que, cuando llegue la autorización, habrá perdido muy probablemente su finalidad.

Podría objetarse que la adopción de una medida de prisión provisional diferida podría justificarse en la evitación del riesgo de la reiteración delictiva, pero en tal caso ello solo 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 cometió en el ejercicio de funciones públicas distintas a las de parlamentario (es decir, como otro cargo público), si ya no se ostenta dicho cargo.

X. SUPPLICATORIO.

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, tanto en los reglamentos de las Cámaras, como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal 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, injus-**

tificada 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”. Por tanto, 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 parlamentarios, la primera actuación es la proceder a la designación de magistrado instructor, pues así lo impone el art. 57.2 LOPJ cuando afirma que “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.”.

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 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 esta en una cuestión nada pacífica, y de hecho el Tribunal Constitucional ha puesto ha realizado varios 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 juicio indiciario del órgano jurisdiccional, al menos cuando se acuerda por medio de un auto y no de 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.

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.

Ningún límite o exigencia señala la Constitución en cuanto a que 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 puro acto de voluntad política, 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, desde el principio, el Tribunal Constitucional entendió en su 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 su 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, se exige 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, lo cual 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.

Finalmente, 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 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 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 pone 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, cabría preguntarse si, dado que según el Tribunal Constitucional es preciso el suplicatorio para la adopción de la me-

dida 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 la presidenta del Parlamento de Cataluña.

Por vía de principio, podría pensarse que no siendo posible la detención (salvo en caso de flagrancia delictiva) no es posible la prisión provisional, que es una medida cautelar de más intensidad y duración que la mera detención.

Ahora bien, 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.

El art. 101.3 EAA 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 del 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 ordenar la detención del parlamentario y, en principio, ordenar su ingreso en prisión provisional sin más requisitos que los contemplados en el artículo 503 LECrim.

Ahora bien, en el Estatuto de Autonomía para Cataluña 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 51.1 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, 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, la detención de los miembros del Parlamento de Cataluña parecería no ser posible aún cuando por razón del lugar de comisión del hecho delictivo la competencia correspondiese al Tribunal Supremo (si bien aquí hay que apuntar que el criterio empleado por la querrela del Fiscal General del Estado para atribuir la competencia al Tribunal Supremo no es tanto el lugar de comisión de los hechos cuanto la extensión de sus efectos más allá del territorio de la Comunidad Autónoma).

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

- a) que no es una medida constitucionalmente legítima porque si no cabe la detención, salvo en caso de flagrante delito, cabe aún menos la prisión provisional pues el bien jurídico protegido por la inmunidad se vería más seriamente comprometido por quedar completamente devaluado. De hecho, no existiendo 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**”;
- b) que es una medida constitucionalmente legítima porque de sostener otra tesis, los diputados y senadores serían de peor condición que los parlamentarios autonómicos, pues mientras respecto de los primeros sería posible la prisión provisional (suplicatorio mediante), respecto de los segundos no cabría la prisión provisional porque el Estatuto de Autonomía no incluye el suplicatorio en el ámbito de la inmunidad parlamentaria.

Sin duda, un problema complejo que, en el caso presente, se ve agravado por el hecho de que la competencia del Tribunal Supremo para conocer de la causa no viene dada porque el hecho delictivo se haya cometido fuera del territorio de Cataluña sino porque los efectos de los delitos imputados trascienden de dicho ámbito territorial.

XI. COMISIONES PARLAMENTARIAS DE INVESTIGACIÓN.

Las comisiones parlamentarias de investigación constituyen un instrumento de lo que la doctrina ha catalogado como la “inspección parlamentaria”.

La regulación de las comisiones de investigación parte del artículo 76 CE 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.

El artículo 76 CE dispone que “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.”.

Ciñéndonos a las comisiones de investigación en el seno de las Cortes Generales (aunque su constitución es posible en los parlamentos autonómicos de acuerdo con lo que establecen los estatutos de autonomía y, sobre todo, los reglamentos de los parlamentos), pueden constituirse en cada una de las Cámaras o conjuntamente en ambas. En cualquiera de los casos, la constitución de las comisiones de investigación deben ser aprobadas por los plenos de las Cámaras, a propuesta del Gobierno, de la mesa de la cámara respectiva, o de 1/5 parte de diputados o de 25 senadores que pertenezcan a dos grupos parlamentarios distintos.

En lo que a la presente exposición 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 de las 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 (el primero depurar responsabilidades políticas y el segundo depurar responsabilidades penales), las interacciones entre ambas 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 indefensión.

Si bien es cierto que 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 artículo al que “convocado ante una comisión parlamentaria de investigación **faltare a la verdad en su testimonio**”.

Ninguna sanción, sin embargo, impone el Código Penal a quien incumpla con la obligación enviar a las comisiones parlamentarias de investigación los documentos o informes que se les soliciten, pues el artículo 502. CP, al castigar a “la autoridad o funcionario que obstaculizare la investigación del **Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas**, negándose o dilatando indebidamente el envío de los informes que éstos solicitaran o dificultando su acceso a los expedientes o documentación administrativa necesaria para tal investigación”, no está incluyendo a las comisiones parlamentarias de investigación.

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 2016, ante la incomparecencia del titular de una cartera ministerial y de un consejero del Tribunal de Cuentas ante 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 del contenido de la declaración, en el seno de las comisiones parlamentarias de investigación todos los comparecientes

comparte el mismo estatus y todos tienen la obligación de comparecer y, si declaran, de no faltar a la verdad.

Es cierto que el apartado dos del artículo primero 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 deja sin punición la conducta.

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 incumplimiento del deber de declarar la verdad.

No obstante, y a modo de conclusión, lo deseable es que las comisiones parlamentarias de investigación nunca interfieran en los procesos penales. Ciertamente es que ello resulta difícil, tanto por el uso partidista que se hace de las comisiones de investigación cuanto por la dificultad que entrañaría, para dar virtualidad al normal ejercicio de las funciones parlamentarias, la apertura de las comisiones de investigación una vez que los posibles delitos que constituyesen los hechos a investigar 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.