

## LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MIEMBROS DEL GOBIERNO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Zainer PIMENTEL CAVALCANTE COSTA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Cualidades de miembros del gobierno.*  
III. *Fuero procesal especial de los miembros del gobierno ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.* IV. *Aforamiento e inmunidad parlamentaria.* V. *El supuesto específico del artículo 102.2, CE.*  
VI. *La exclusión de la prerrogativa de gracia (artículo 102.3, CE).*  
VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

### I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años la imputación criminal de altos mandatarios ha ganado protagonismo mediático en países europeos como Italia y España. Este desafortunado fenómeno, que involucra a los principales representantes de la voluntad popular, ha disparado la alarma ciudadana en aquellas ocasiones en que llega a la luz pública que uno u otro representante de la jefatura del gobierno o de sus subordinados directos, poseedores de altas responsabilidades políticas y administrativas, deben responder por delitos graves. En otros Estados, como Rusia o algunos latinoamericanos (El Salvador, Ecuador y Guatemala), con sistemas presidencialistas que reúnen en las manos de una misma persona las funciones de jefe del Estado y del gobierno, se ha optado por eximir de responsabilidad penal al jefe del gobierno por actos delictivos cometidos durante su mandato, con el fin de evitar la depuración de responsabilidad por crímenes cometidos durante el ejercicio de sus funciones.<sup>1</sup> Esto no ocurre en otros países, como Estados Unidos

<sup>1</sup> En Rusia, después que el presidente Boris Yeltsin dimitiera, fue aprobado un Decreto que garantizaba que él y su gobierno no podrían ser juzgados, aunque había indicios de que había cometido varios hechos delictivos (véase Serra Cristóbal, Rosario, "La respon-

o Brasil, donde la responsabilidad penal del presidente puede ser exigida a través del procedimiento de *impeachment*, que puede llevar a la pérdida del cargo; en su caso, una vez declarada la culpabilidad, serán los tribunales ordinarios los que conocerán de su crimen, como sucede con los demás ciudadanos.

Actualmente no exigir la responsabilidad criminal a los jefes de gobierno en los Estados democráticos y de derecho, en los que todo ciudadano está sometido al ordenamiento jurídico, sería naturalmente una contradicción. Por ello, la posición del ordenamiento constitucional español no podría ser otra que la de exigir la responsabilidad criminal del presidente y los demás miembros que integran el gobierno, pues estos hechos afectan no sólo a la figura personal del autor del delito, sino también al funcionamiento de la administración. De no ser así, se vulneraría el principio imperativo de la ley. No obstante, la creencia histórica de que, en la figura del rey, el jefe del Estado era un ser casi sagrado incapaz de actuar contra la ley, ha dejado a las monarquías parlamentarias como la española algo de este influjo en la regulación de la responsabilidad criminal de los gobernantes.

En España parece consolidarse progresivamente una cultura política según la cual cargos como los ministros tienden a aferrarse a sus “sillas” y los altos cargos no se muestran proclives a asumir voluntariamente las consecuencias políticas de sus actos. Tanto es así que la exigencia de la responsabilidad penal aparece como una respuesta constitucional a las dificultades provocadas por el rechazo gubernamental a asumir responsabilidades políticas, especialmente cuando un gobierno cuenta con mayoría absoluta en el parlamento.

La Constitución española de 1978, respetando la tradición europea continental, afronta esta cuestión estableciendo —en el artículo 102— tres normas que regulan la exigencia de la responsabilidad criminal de los miembros del gobierno: el apartado primero está dedicado a regular la responsabilidad criminal ordinaria, estableciendo un fuero especial dentro de la jurisdicción para depurarla —que será exigida ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo— (artículo 102.1, CE); el apartado segundo disciplina la responsabilidad penal especial —introduciendo una condición de

sabilidad de un jefe de Estado”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 115, 1998, p. 173.

procedibilidad para ciertas clases de delitos— (artículo 102.2, CE); y el tercero establece la exclusión de la prerrogativa real de gracia (artículo 102.3, CE). A partir de ahí el constituyente ha determinado nuevos parámetros para la criminalidad gubernativa que limitan jurídicamente al Poder Ejecutivo y por lo tanto excluye que sus miembros estén al margen de la ley.

Asimismo, después del extraordinario avance legislativo que supuso la introducción de la necesidad de que los altos cargos del Poder Ejecutivo diesen cuenta de sus implicaciones en conductas delictivas, el ordenamiento jurídico ha dejado a los miembros del gobierno en una posición privilegiada con respecto a la mayoría de los ciudadanos. En la práctica, esto ha permitido que el Poder Ejecutivo siga intentando obstaculizar los intentos de hacer efectiva su responsabilidad.

Este estudio pretende plantear el debate actual de la doctrina constitucional española con respecto a las cuestiones más relevantes de la responsabilidad criminal de los miembros del gobierno y sus implicaciones con relación a otras normas constitucionales. Ha procurado dilucidar cómo la doctrina y la jurisprudencia españolas se posicionan en la polémica que resulta de la aplicación de estas normas que protegen la función gubernativa y su acomodación al Estado democrático y de derecho, pilar del sistema constitucional español, sin afectar a la separación entre los poderes del Estado. Intentó traer a colación cómo se relacionan las prerrogativas de los miembros del gobierno del artículo 102, CE, con el principio constitucional de igualdad (artículo 14, CE) y con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1, CE). Por último, al tratarse de la responsabilidad criminal, ha pretendido también arrojar un poco de luz sobre el complejo problema provocado por la referencia a tipos penales indeterminados de traición o cualquier delito contra la seguridad de Estado del apartado segundo del artículo 102, CE.

## II. CUALIDADES DE MIEMBROS DEL GOBIERNO

### 1. *Planteamiento general*

Históricamente no ha sido fácil determinar cuáles eran los órganos que tenían la función de gobernar, aunque hasta las tribus primitivas han tenido jefes encargados de dirigir el destino de su pueblo. Sin embargo es cierto que en las sociedades siempre ha existido alguna modalidad de po-

der político que permitía a un núcleo de personas dedicarse a la función de gobierno. Montesquieu formuló en *L'esprit de la loi* la división clásica de los poderes; su noción de gobierno incluía el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial; en la Revolución Francesa, esta cuestión fue solventada identificando la función de gobierno con el Poder Ejecutivo. La confusión en torno al concepto de gobierno también se da en el constitucionalismo español, de modo que no es hasta la vigente Constitución de 1978 que se relaciona directamente el gobierno con la titularidad del Poder Ejecutivo. En efecto, en España y otros países de su contexto cultural, sus constituciones bien ligaban el órgano gubernamental a la figura del rey, bien se referían a él de manera escasa, por lo que la posición del gobierno no resultaba del texto constitucional, sino de la práctica y las convenciones que el régimen parlamentario introdujo en Europa.<sup>2</sup>

En todo caso, según la actual norma fundamental, el gobierno es “quien dirige la maquinaria operativa del Estado en cualquier orden: interior, exterior, civil o militar”<sup>3</sup> y al mismo tiempo es el responsable de la gestión de la administración pública. Es decir, por un lado cuida del poder político y por otro de la administración del Estado, conforme está recogido en el artículo 97, CE, y en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica del Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE).

Aunque el legislador constitucional hace referencia al gobierno en muchos otros preceptos de la carta magna, es en los artículos 62.e); 70.1,b); 98; 100; 102; 110 y 111, CE, donde aparecen las referencias directas a los miembros del gobierno. Lo que queda claro con la reglamentación exhaustiva de esta materia —no libre de problemas interpretativos— es la importancia que la Constitución española ha querido atribuir a las personas que están en la cúspide del Poder Ejecutivo y ejercen unas funciones transversales en el gobierno. Un ejemplo de ello fueron los problemas que, durante mucho tiempo se han producido a la hora de dilucidar quién tenía la categoría de miembro del gobierno —condición subjetiva imprescindible para seguir la acusación en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo—, en aquellos casos en que se planteaba una acusación frente a una persona

<sup>2</sup> López Guerra, Luis, “La regulación constitucional del gobierno y las funciones gubernamentales”, en Moreal, Antonio y otros, *La división de poderes: el gobierno*, Barcelona, ICPS, 2000, p. 11.

<sup>3</sup> Cosculluela Montaner, Luis, *Manual de derecho administrativo*, 9a. ed., Civitas, 1998, p. 30.

que estaba en la situación que se supone necesitar de f uero especial requerida por el artículo 102.1, CE.<sup>4</sup>

Aunque por la simple lectura del precepto constitucional parezca fácil determinar quiénes son las personas pertenecientes al rango legal de miembros del gobierno, en realidad no resulta tan evidente. Esto se debe en parte a la confusión que había planteado el desarrollo de la legislación española en esta materia, pues aunque estas personas eran identificadas simplemente como aquellas que ejercen funciones ejecutivas de determinadas características en la administración pública, se podría afirmar que gozan de esta prerrogativa, además del presidente, al menos el vicepresidente y los ministros del gobierno, conforme se extrae del artículo 98.1, CE.<sup>5</sup> Sin embargo quedaba la duda de si, por ejemplo, los secretarios y subsecretarios de Estado, no podrían ser considerados a efectos legales como miembros del gobierno. La actual Ley del Gobierno (LG 50/1997, de 27 de noviembre) no deja duda sobre la composición del gobierno, pero es necesario exponer la confusión legal que este tema planteaba, analizando sistemáticamente el ordenamiento jurídico español ya que antes de 1997 incluso el Tribunal Supremo interpretando el artículo 8.1 de la LOFAGE extendía a los secretarios de Estado la calidad de pertenencia al gobierno.

## 2. Perspectiva Constitucional (artículo 98.1, CE)

La norma fundamental de 1931 reguló por primera vez en la historia del constitucionalismo español el gobierno como un órgano propio, dándole una composición determinada. La carta de 1978 se inspira en ella, para disponer en sus artículos 97 al 102 sobre el gobierno, aunque con una normativa aún bastante reducida.

El mandato constitucional expresado en el artículo 98.1, CE, que determina la composición del gobierno, no deja margen de incertidumbre sobre la condición del presidente, los vicepresidentes y los ministros como miembros del gobierno. Sin embargo, el precepto finaliza con la expresión “...los demás miembros que establezca la Ley”, con lo que el constituyente deja abierta la posibilidad de que el legislador ordinario amplíe aún más el área de alcance de la norma. Dicho de esta forma, el apartado primero del ar-

<sup>4</sup> Constitución española: Artículo 102. 1. La responsabilidad criminal del presidente del gobierno y los demás miembros del gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

título 98 convoca al legislador ordinario a complementar la regulación constitucional en lo relativo a la composición del gobierno.

Está claro de cualquier manera que el objetivo era que pudieran figurar más personas, quizás para permitir que determinados cargos políticos pudiesen acogerse a las ventajas del procedimiento que prevé el artículo 102, CE. En efecto, antes de la promulgación de la LG ha habido más de un intento por parte del Ejecutivo de turno de reglar la organización del gobierno para ampliar el ámbito personal de aplicación hasta ciertos cargos distintos de ministros, aunque ante las críticas generadas no llegaron a prosperar.<sup>6</sup> Conviene mencionar que en el constitucionalismo español el gobierno es un órgano complejo, con un ámbito competencial determinado y representado por el Consejo de Ministros. Este órgano es diferente de los órganos unipersonales y ambos tipos de órganos ejercitan funciones simultáneamente sin excluirse.<sup>7</sup> Ahora bien, no es cierto que la amplia capacidad de iniciativa de actuación del órgano gubernamental suponga una superioridad jerárquica con relación a los demás poderes del Estado, aunque el gobierno desempeña un papel relevante en la dirección política del Estado en razón de una serie de facultades específicamente determinadas por el artículo 97, CE, que inciden y orientan a los demás órganos constitucionales.<sup>8</sup>

En todo caso, la entrada en vigor de la Ley de Gobierno, que determina expresamente quienes son los demás miembros que pueden integrar el gobierno, deriva de la mencionada segunda parte del precepto constitucional (artículo 98.1, CE). Aunque no trataremos de la LG hasta el apartado siguiente, nos interesa ahora subrayar que el presidente, el vicepresidente o vicepresidentes, en caso de existir, y los ministros de Estado, son clara-

<sup>5</sup> Constitución española: Artículo 98.1. El gobierno se compone del presidente, del vicepresidente, en su caso, de los ministros y de los demás miembros que establezca la ley.

<sup>6</sup> Díez-Picazo, Luis María, *La responsabilidad penal de los miembros del gobierno*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1996, p. 5.

<sup>7</sup> Merino Merchán, José Fernando, *Instituciones de derecho constitucional español*, Madrid, Beramar, 1994, p. 506.

<sup>8</sup> Entre las facultades que inciden sobre los otros órganos constitucionales López Guerra menciona la designación de miembros de otros órganos o la capacidad de interrumpir la actividad de estos órganos, mediante las cuales se amplía la potestad directiva del gobierno, imponiendo en la práctica una relevante preeminencia del órgano gubernamental (véase López Guerra, Luis, *op. cit.*, nota 2, p. 17).

mente miembros del gobierno. De hecho, la LG, responsable del desarrollo constitucional, ha optado por confirmar la disposición de la norma fundamental, reproduciendo casi literalmente lo preceptuado en ésta (artículo 1.2, LG).

### *3. Ley del Gobierno (Ley 50/1997, de 27 de noviembre)*

Desde 1997 la regulación del gobierno se encuentra en una ley propia, que cambia la situación normativa preconstitucional. Finalmente, y después de la Ley del Gobierno de Euskadi (1981) y de las muchas otras leyes del gobierno aprobadas por las Comunidades Autónomas, apareció la LG 50/97, de 27 de noviembre de 1997, que estableció una novedosa regulación del gobierno en el seno del sistema jurídico español.

La Ley del Gobierno ha optado por un desarrollo legislativo restrictivo y austero, aunque también más simple y continuista con la tradición histórica española,<sup>9</sup> al disponer que el gobierno se compone del presidente, el vicepresidente, en su caso, y los ministros (artículo 1.2, LG).

#### *A. El presidente y el vicepresidente del gobierno*

La figura del presidente no deja dudas. Es el miembro principal del gobierno, dirige la acción del mismo y coordina las funciones de los demás miembros del gobierno (artículo 98.2, CE). Otra cuestión aparte es la del liderazgo de la figura del presidente con respecto a los otros miembros, o incluso al propio gobierno como órgano colegiado. Para la mayoría de los constitucionalistas no queda el más pequeño margen de duda acerca de su preeminencia en el seno del órgano colegiado denominado gobierno,<sup>10</sup> tanto es así que en la Constitución española la primacía del presidente del

<sup>9</sup> Fernández Carnicero, J. (coord.), *Comentarios a la Ley del Gobierno*, Madrid, INAP, 2001, p. 46.

<sup>10</sup> El objetivo que impulsó el Proceso Constituyente fue compaginar una presidencia del gobierno suficientemente fuerte con la colegialidad propia de un Estado de derecho. La CE de 1978 mantuvo el liderazgo del presidente del gobierno con relación a los ministros. El caso español es semejante al británico, en el cual la colegialidad queda matizada por el liderazgo del primer ministro (véase Alzaga Villaamil, Óscar; Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio y Rodríguez Zapata, Jorge, *Derecho político español según la Constitución de 1978*, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, t. II., pp. 476 y 497).

gobierno se puede observar en tres puntos: el proceso de formación del gobierno, en algunos casos de cese del gobierno y en las funciones específicamente atribuidas al presidente,<sup>11</sup> una noción que fue claramente ratificada por la LG de 1997. Cosa corriente es la personificación del gobierno en la figura de sus presidentes, como viene ocurriendo con los dos últimos jefes del Ejecutivo y en las últimas legislaturas. En efecto, en el régimen monárquico parlamentarista español y según la CE, el presidente del gobierno dentro del Consejo de Ministros no es únicamente un *primus inter pares*, primero en razón de su investidura, hecha directamente por el Congreso de los Diputados (artículo 99, CE), segundo porque es el presidente, una vez investido, quien le propone los demás miembros del gobierno al rey.<sup>12</sup> Además, el único miembro del gobierno que tiene la potestad de proponer la disolución del Congreso, del Senado y de las Cortes Generales es el presidente, previa deliberación del Consejo de Ministros (artículo 115, CE).

Ya la figura del vicepresidente del gobierno queda definitivamente establecida en el artículo 13.2 de la Ley Orgánica del Estado y, por último, en el artículo 98.1, CE. Para Jorge de Esteban y Pedro González-Trevijano,<sup>13</sup> fuera de su estatus jerárquico superior al de los ministros del gobierno, no hay una determinación concreta de las funciones del vicepresidente, si bien estos autores en la práctica destacan las siguientes: función de suplencia en los casos de fallecimiento, ausencia en el extranjero o enfermedad del presidente; funciones de apoyo a éste, generalmente determinadas por el mismo; función de coordinación interdepartamental en la condición de presidente de la Comisión General de Secretarios de Estado (artículo 4o. del Real Decreto de 25 de julio de 1986) y función de presidencia delegada, según la cual puede presidir las Comisiones Delegadas del Gobierno (artículo 3o. del Real Decreto de 29 de diciembre).

En definitiva, es una figura que a la luz del texto de la ley (artículo 98.1, CE, 1.1, LG, y 3.1, LG): “en su caso”, o “cuando existan”, es de carácter más bien potestativo, dependiendo su existencia de la voluntad del presidente del gobierno, pudiendo haber uno o más de uno, como ocurrió por

<sup>11</sup> Esteban, Jorge de; López Guerra, Luis; Espín, Eduardo y García Murillo, Joaquín, *Régimen constitucional español*, Labor Universitaria, Barcelona, 1982, vol. 2, p. 239.

<sup>12</sup> Díez-Picazo, Luis María, *op. cit.*, nota 6, p. 6.

<sup>13</sup> Esteban, Jorge de y González-Trevijano, Pedro J., *op. cit.*, nota 11, p. 302.

ejemplo en la última legislatura, cuyo presidente era José María Aznar, en la que existían dos vicepresidentes que acumulaban esta función con la de ministro.

Por todo ello y por tener las mismas responsabilidades e idéntico régimen de incompatibilidades que los ministros del gobierno, se otorga a los vicepresidentes del gobierno todos los efectos que pueden tener los miembros del gobierno, por lo que su responsabilidad criminal no plantea ninguna duda.

### B. *Los ministros*

Poseen una doble condición, la de ser la cabeza de la administración pública, en tanto que jefes de sus respectivos departamentos ministeriales, y la de ser al mismo tiempo miembros del gobierno. En su caso tampoco parecen existir muchas dudas respecto a su condición de miembros del gobierno, pues al final es el propio artículo 98.1 de la CE el que así lo determina. Además, los ministros, sea cual sea su cartera, forman parte del Consejo de Ministros, el órgano colegiado que lleva a cabo la función de gobierno en la calidad de Poder Ejecutivo, como requiere la *Norma Normarum*.

Ahora bien, la cuestión es dilucidar si los ministros no titulares de un departamento, pero con determinadas funciones gubernamentales (artículo 4.2, LG), los llamados “ministros sin cartera”, también forman parte del gobierno. Parece que la respuesta es que sí, porque aunque no tengan adjudicado un ministerio participan en el Consejo de Ministros no sólo interviniendo sino como miembros de este órgano, por lo que pueden estar entre estos “otros miembros del gobierno que establezca la Ley”. Desde la perspectiva de que el gobierno es un órgano colegiado que funciona en Consejo de Ministros presidido por el presidente del gobierno, no se puede formar parte de este órgano con derecho a intervención en iguales condiciones que los ministros titulares y no ser miembro del gobierno, una vez que entre sus características está la de ser un órgano unitario con responsabilidad directa ante el Parlamento. Así, a todos los efectos, los ministros sin cartera son ministros, ya que la pertenencia al Consejo de Ministros garantiza constitucionalmente este rango. Asimismo, la LG aclaró cualquier duda a este respecto cuando hizo constar literalmente su existencia, caracterizándolo como un tipo distinto al de ministro titular.

### C. Los secretarios de Estado

El cargo de secretario de Estado fue creado por el RD 1558/1977, de 4 de julio, con la finalidad técnica de dar homogeneidad a las áreas de un mismo ministerio y constituirse como un órgano auxiliar de los ministros, vicepresidente, y del propio presidente, incluyéndose entre sus funciones la de asistir a los Consejos de Ministros.

Finalmente nos encontramos ante el problema clave de nuestro debate en este apartado. En determinadas ocasiones se han querido ampliar los supuestos para formar parte del gobierno, incorporando al mismo miembros de rango inferior al de ministro con el objetivo de integrar en el supuesto constitucional a los secretarios de Estado, cuyos superiores directos son los ministros, y que por estar en la frontera de lo político y lo administrativo y poseer características de órganos superiores de la administración podrían ser considerados como parte del gobierno. Sin embargo, ya antes de la promulgación de la LG, la ley 10/1983, de 16 de agosto, de la organización de la administración del Estado, no consideraba a los secretarios de Estado como parte del gobierno. Esta ley los definía como órganos superiores de los departamentos ministeriales (artículo 8o.1), cuya creación, modificación y supresión no está sujeta a reserva de ley, sino que se da a propuesta del ministro de la presidencia, mediante Real Decreto aprobado en el Consejo de Ministros, por lo que se consideró que no formaban parte del gobierno.<sup>14</sup> Sin embargo, el Tribunal Supremo, partiendo de una interpretación errática de la Constitución a la luz de lo dispuesto por la legalidad ordinaria —algo incorrecto ya que la finalidad de las normas constitucionales es limitar al legislador ordinario y no al contrario—<sup>15</sup> llegó a entender que los secretarios de Estado tenían rango de miembros del gobierno.<sup>16</sup> Esta cuestión fue posteriormente aclarada, en primer lugar por el propio TS<sup>17</sup> en el “caso GAL” al negarle a los secretarios de Estado involucrados la condición de miembros del gobierno, y después y definitivamente por la LG al declarar que los secretarios de Estado son órganos superiores de la administración del Estado (artículo 7.1, LG) que actúan

<sup>14</sup> Alonso de Antonio, Ángel Luis, y Alonso de Antonio, José Antonio, *Derecho constitucional español*, Madrid, Editora Universitaria, 1996, p. 349.

<sup>15</sup> Díez-Picazo, Luis María, *op. cit.*, nota 6, p. 9.

<sup>16</sup> Los ATS de 21 de marzo de 1984 y de 25 de octubre de 1984.

<sup>17</sup> ATS de 25 de enero de 1995.

bajo la dirección del titular del Departamento a que pertenecen (artículo 7.1, LG). De cualquier forma, lo que sucede con los secretarios de Estado es que, al ser órganos que están en la frontera de la administración y el gobierno, resulta difícil definir exactamente cuál es su posición, ya que tienden a expandir su actividad más allá de sus competencias reales<sup>18</sup> aparentando ser órganos de gobierno. Aun así, considerarlos miembros del gobierno cuando no pertenecen al órgano constitucional, el Consejo de Ministros, es ir más allá de la previsión constitucional.

Es verdad que la LG valora especialmente la posición del secretario de Estado (Exposición de Motivos de la LG), pero el refuerzo de esta figura no supone en modo alguno su incorporación al gobierno,<sup>19</sup> sino al contrario una afirmación clara de que son órganos de colaboración con el gobierno. De hecho, aunque es común que los secretarios participen en las reuniones del Consejo de Ministros, posibilidad recogida en el artículo 5.2, LG, ello sucede porque este órgano desea conocer algún asunto concreto relacionado con una determinada Secretaría y no porque formen parte del mismo.

Aunque con arreglo a la LG los secretarios de Estado no forman parte del gobierno, la más pura verdad es que en su función existe una doble faz, política y administrativa, lo que provoca que algunos secretarios tengan un perfil técnico y otros, uno político. Esto ocurre porque estos miembros de la administración son nombrados discrecionalmente por el ministro del departamento correspondiente, por lo que se trata en regla de un nombramiento político en que el jefe del departamento, para llevar a cabo las acciones que definen su línea político-administrativa, pone como secretarios a personas de su máxima confianza.

De lo expuesto, cabe afirmar que la LG ha resuelto la cuestión que planteaba el artículo 98.1, al establecer una consideración restrictiva de la pertenencia al gobierno que no admite en esta categoría ni a los secretarios de Estado, ni a los subsecretarios o secretarios generales, solucionando definitivamente una cuestión que hasta 1997 causaba dudas entre los estudiosos e incluso decisiones contradictorias de los tribunales.

<sup>18</sup> Fernández Carnicero, J. (coord.), *op. cit.*, nota 9, p. 130.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. *cit.*, p. 48.

### III. FUERO PROCESAL ESPECIAL DE LOS MIEMBROS DEL GOBIERNO ANTE LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

#### 1. *Planteamiento general*

La especificidad de la función que ejercen los miembros del gobierno hace que sus actos afecten al interés público; por lo que la Constitución dispuso que “la responsabilidad penal del presidente y de los demás miembros del gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”(artículo 102.1, CE), al igual que hizo en el caso de los diputados y senadores (artículo 71.3, CE). Esta referencia denota que el legislador constitucional de 1978 optó por el órgano judicial, en contraste con la tradición histórica del constitucionalismo español que aplicaba la depuración de las responsabilidades en el seno del sistema legislativo, atribuyéndole esta función al parlamento, donde las tareas de acusación y enjuiciamiento se repartían entre las dos Cámaras (Constituciones de 1837, 1845, 1869 y 1876).<sup>20</sup> Hoy la CE recoge un sistema judicial puro en el que los órganos judiciales ordinarios asumen el enjuiciamiento de las conductas, con la peculiaridad de que el órgano colegiado competente para el enjuiciamiento penal de estas personas es el Tribunal Supremo. Es decir, la Constitución apartó del conocimiento de los tribunales generales u ordinarios los delitos imputables a las personas que forman parte del gobierno.

Al determinar que sea la Sala Segunda del Tribunal Supremo la que conozca de la responsabilidad criminal del presidente y sus ministros, la Constitución introdujo la regla de la competencia objetiva *ratione personae*. Nos encontramos entonces ante una norma especial de orden procesal de competencia objetiva<sup>21</sup> que limita los preceptos infraconstitucionales y establece la regla general para estos casos. Esta opción del legislador constitucional de 1978 ha permitido que el enjuiciamiento de estas personas no sea competencia de los tribunales ordinarios, sino de los superiores. Se trata, por lo tanto, de un reconocimiento que ofrece un *plus* de protección jurídica a las personas aforadas, partiendo del convencimiento de que cuanto

<sup>20</sup> Gómez Aspe, Susana, “La responsabilidad penal de los miembros del gobierno y la exigencia del Suplicatorio”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 105, Madrid, 1999, p. 336.

<sup>21</sup> García Mahamut, Rosario, *La responsabilidad penal de los miembros del gobierno en la Constitución*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 119.

más elevado sea el órgano que instruya y resuelva la demanda, más garantías proporciona.<sup>22</sup> Por otro lado, parece quedar la duda, al menos con respecto a esta cuestión, de si este trato procesal “discriminatorio” no se opone al principio de igualdad de las normas procesales.

Respecto al criterio de determinación de la competencia impuesta por la CE también se presenta el “aparente” problema de su conflicto con el principio del derecho al juez ordinario que dispone el mismo texto constitucional en el artículo 24. 2, CE. Aquí el problema reside en saber en qué medida la garantía constitucional del juez ordinario puede estar asegurada con el aforamiento ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Asimismo, otro difícil problema que se puede producir con el aforamiento ocurre en el supuesto de que el ministro, vicepresidente o presidente del gobierno dimita en razón del descontento de la opinión pública ante la comisión de un delito, lo que supondría perder el régimen de privilegio que hubiese disfrutado de haber seguido en el cargo. La dificultad aquí es saber si otro tribunal ordinario podría asumir la competencia para enjuiciar al miembro del gobierno que hubiese dimitido o si esta competencia seguiría siendo exigible ante el TS, es decir, cuál es el ámbito temporal en que rige la especialidad del fuero.

No cabe duda de que esta cuestión tiene una gran relevancia y son posibles diversas interpretaciones de la normativa que introduce el principio de aforamiento en el ordenamiento jurídico español. Se trata en este caso de decidir entre una interpretación favorable o contraria a la admisión de la *perpetuatio iurisdictionis* en el supuesto de cese en el cargo de un miembro del Ejecutivo.

Aparte de estas cuestiones que intentaremos dilucidar a continuación, no se pueden negar las indudables ventajas del enjuiciamiento por parte del Tribunal Supremo. El órgano más importante del Poder Judicial permite una mayor celeridad en la obtención de una resolución firme, algo recomendable en todo tipo de proceso, particularmente en aquellos que causan gran alarma en la sociedad en razón de la elevada responsabilidad política de las personas implicadas.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> González Hernández, Ester, *La responsabilidad penal del gobierno*, CEPC, Madrid, 2002, p. 218.

<sup>23</sup> Obregón García, Antonio, *La responsabilidad criminal de los miembros del gobierno. Análisis del artículo 102 de la Constitución*, Madrid, Civitas, 1996, p. 57.

*2. El ámbito temporal de la aplicación del aforamiento en el apartado primero del artículo 102, CE*

En lo que concierne a la aplicación temporal del aforamiento en el artículo 102, CE, el primer apartado tiene una interpretación completamente diferente del segundo. En primer lugar porque, mientras que no es frecuente encuadrar la conducta de un miembro del gobierno en un delito de traición o contra la seguridad del Estado como prevé el apartado segundo, no resulta tan raro imputarle hechos ilícitos referentes a otras conductas delictivas comunes, que es lo preceptuado en el apartado primero. Esto hace que la aplicación del apartado segundo sea más infrecuente, lo que no quiere decir que se trate de una norma prescindible, al contrario, es un importante precepto que trata de los delitos de carácter ministerial, aunque con relación al aforamiento su interpretación es menos compleja que la del apartado primero, que se refiere a la responsabilidad criminal general.

De la pura literalidad del artículo 102.1, CE, se extrae que el aforamiento de los miembros del gobierno sólo existe cuando están bajo esta condición. La deducción lógica de ello es que una vez cesado en el cargo desaparece la especialidad del fuero, pasando a responder ante la justicia como cualquier ciudadano común. La práctica política nos enseña que no es infrecuente que cuando sobre los altos funcionarios del Poder Ejecutivo, en su caso los ministros o el presidente del gobierno, pesa la sospecha de haber cometido algún delito, se pueden ver obligados a dimitir por estar sometidos a una severa censura de la opinión pública. Por ello, los procesos penales contra estas personas suelen empezar cuando ya están fuera del cargo para el cual la norma establecía la prerrogativa del aforamiento, lo que generó problemas interpretativos a la hora de saber si el proceso debería seguir aforado en la Sala Segunda del TS o si debe ser remitido a un tribunal ordinario. Naturalmente, esta cuestión no genera ningún problema cuando la persona que forma parte del gobierno es además un parlamentario, pues en este caso la especialidad del fuero se mantendría en razón de lo que prevé el artículo 73.1, CE.

El argumento aceptable en el caso del artículo 102.1, CE, es el de rechazar la actuación de la especialidad del fuero cuando la persona es apartada de la función, fundamentada en el hecho de que el fuero va unido al cargo y vale desde el momento en que se accede a él hasta el momento en que se aparta del mismo. Por esta razón la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) es clara cuando establece que sólo se aplica el privilegio procesal del fuero

a delitos cometidos mientras las personas estén en el ejercicio de sus cargos (artículo 281.2, LOPJ). La idea de que el fuero especial empieza en el instante en que se tiene acceso al cargo y se mantiene hasta su cese es coherente con la finalidad del instituto que es proteger el cargo en cuanto tal. Sería difícil justificar la protección del ejercicio de las funciones del gobierno *ad eternum*, pues ello equivaldría a admitir que delitos cometidos fuera de la función pública puedan merecer el privilegio del aforamiento. Dicho de otro modo, se entendería que el aforamiento de miembros del gobierno no es nada más que un privilegio personal.<sup>24</sup>

Fue así en el famoso caso de los “Fondos Reservados”, en el que los ex ministros del Interior José Barrionuevo y José Luis Corcuera, al haber perdido sus cargos y la condición de parlamentarios, perdieron también su condición de aforados y por ello fueron juzgados por la Sección 5a. de la Audiencia Provincial de Madrid y no por la Sala Segunda del TS, como dicta la norma constitucional. Esto ratifica la idea de que el fundamento del aforamiento no reside en la persona enjuiciada sino en el cargo, que reúne de modo conjunto las responsabilidades de gobierno y administrativa que es preciso tutelar,<sup>25</sup> así como la noción de que la especial protección de la función gubernativa y ministerial en ningún caso debe abarcar las acciones ilícitas cometidas por miembros del gobierno.

Ahora bien, si el cese del aforado ocurriese una vez iniciado el proceso ya no estaríamos ante un problema constitucional, sino ante una cuestión que involucra únicamente el proceso, con lo cual subsiste la *perpetuatio iurisdictionis*, de modo que habiendo conocido la Sala Segunda del TS de la fase sumarial hasta alcanzar el procesamiento de los inculpados, no puede dejar de hacer dejación de su competencia a un tribunal inferior. Esta interpretación parte del artículo 7 de la Ley de 1912 que determina que para el supuesto de diputados y senadores “continuará el procedimiento hasta que recaiga solución o sentencia firme, aun cuando antes de dictarlas fuera disueltas las Cortes...” Por ello, resulta aceptable la argumentación de que si se iniciase un procedimiento penal por un presunto ilícito en conexión con el cargo, incluso después de cesada la persona del mismo, el ámbito temporal de la prerrogativa de fuero en materia penal por razones

<sup>24</sup> Díez-Picazo, Luis María, *op. cit.*, nota 6, p. 21.

<sup>25</sup> Gómez Aspe, Susana, “La responsabilidad penal de los miembros del gobierno y la exigencia del Suplicatorio”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 105, Madrid, 1999, p. 337.

meramente procesales ya estaría afectado por la extensión de la competencia del fuero. Por lo tanto, resulta absolutamente defendible la interpretación de que los miembros del Ejecutivo, aun después de cesado de sus cargos, si se iniciase un procedimiento penal por un presunto ilícito que se encontrase en íntima conexión con el propio ejercicio del cargo del sujeto imputado, dados los bienes constitucionales que allí se dilucidan, la especialidad del fuero se mantendría vigente aun siendo cesado el sujeto inculpado.

### *3. La competencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo para juzgar a los miembros del gobierno en la LOPJ*

La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) establece un listado de cargos públicos que se benefician del enjuiciamiento ante el Tribunal Supremo (*cfr.* artículo 57.1.2, LOPJ),<sup>26</sup> todos ellos destacados funcionarios de los órganos y poderes del Estado, entre los cuales se incluyen los miembros del gobierno. Este precepto de la LOPJ establece el fuero especial ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con exclusión de cualquier otro, para las personas que estén fuera del régimen general de enjuiciamiento en materia procesal. Aquí el criterio que definió la distribución de competencias fue la cualidad del sujeto encausado, es decir, las funciones que desempeñan ciertas personas.

Por el principio de plenitud jurisdiccional el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan (artículo 117.3, CE). Esto quiere decir que los criterios de competencia son capaces de limitar en cada caso concreto cuál de los diferentes órganos jurisdiccionales establecidos en el ordena-

<sup>26</sup> LOPJ: Artículo 57.1. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá: 2o. De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno, el Presidente del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de la Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejero del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejero del Consejo de Estado y Defensor del Pueblo, así como de las causas que, en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía.

miento jurídico, va a ejercer la potestad jurisdiccional. Como ya fue dicho arriba, el apartado primero del artículo 102, CE, al determinar de forma expresa que a la Sala Segunda del TS corresponde conocer de la exigencia de la responsabilidad criminal en que pudiera incurrir los miembros del gobierno, estableció el criterio de competencia objetiva *ratione personae*, en atención a lo dispuesto en el artículo 57.1o.2, LOPJ, desde el momento en que se hace competente un tribunal superior al que correspondería según las reglas generales. Con lo cual la función pública de rango especial es el factor determinante valorado por la ley para que estas personas sean juzgadas por el TS.

El legislador de la LOPJ lo que hizo fue desarrollar el principio de juez ordinario predeterminado por la ley (*cfr.* artículo 24.2, CE), lo que no supone de ningún modo contradecir el principio de igualdad de las normas procesales penales estipulado por este precepto constitucional. La LOPJ obedece a los supuestos de que el órgano judicial haya sido creado previamente por ley en sentido formal, que esta ley haya investido al órgano de competencias con anterioridad al hecho motivador y que no se pueda calificar a este órgano como excepcional. Ello refleja que en este caso la principal característica de la reserva de ley para la determinación de la competencia está plenamente atendida, pues la LOPJ garantiza que los criterios para el procesamiento de los miembros del gobierno lo vinculen a la Sala Segunda del TS conforme establece la Constitución.

Por lo tanto no hay que hablar de un quebranto del principio de igualdad de las normas procesales por vulneración de la exigencia del juez ordinario predeterminada por ley (artículo 24.2, CE) porque el derecho fundamental del ciudadano a la creación previa del órgano judicial por norma legal está plenamente garantizado por la LOPJ. La vulneración de este derecho fundamental se da cuando una cuestión se sustrae indebida o injustificadamente de la jurisdicción ordinaria y se atribuye a una jurisdicción especial. Sin embargo, no es este el caso, ya que no se debe confundir el derecho al juez ordinario predeterminado<sup>27</sup> por la ley con las normas sobre distribución de competencias, por consiguiente los criterios de aplicación de competen-

<sup>27</sup> “La ‘predeterminación’ significa que el juez o el órgano judicial encargado ha de estar fijado por norma legal anterior, pero también, según sentencia del Tribunal Constitucional (STC 47/83, de 31 de mayo), ‘exige en primer término, que el órgano judicial... no permita calificarle de órgano especial o excepcional en atención a su régimen orgánico y procesal’. González Hernández, Ester, *op. cit.*, nota 22, p. 232.

cias entre distintos órganos jurisdiccionales no son por sí solos objeto del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.<sup>28</sup>

Además, como se puede comprobar, aquí no hay un juez excepcional constituido por la autoridad gubernativa con carácter discontinuo que deba atender a criterios discriminatorios, sino que estamos hablando de un órgano judicial preconstituido por ley e inserto en la organización regular del Poder Judicial. De forma que no se puede hablar de una vulneración de la exigencia constitucional del juez ordinario dándose la propia constitucionalización del fuero especial para el presidente del gobierno y los ministros.

#### *4. La LECrim. y el aforamiento del artículo 102.1, CE*

La LECrim deja claro que la querella debe ser interpuesta ante el juez de instrucción competente, y si el querellado estuviese sometido, por disposición especial de la ley, a determinado tribunal, la querella se interpondrá ante éste (artículo 272, LECrim). Del tenor literal de este precepto, y con arreglo al artículo 57.1.2, LOPJ, también queda claro que la querella contra cualquier miembro del gobierno debe ser presentada en la Sala Segunda del TS. El mismo precepto procesal también añade que lo mismo se hará cuando fueran varios los querellados por un mismo delito o por dos o más conexos y alguno de ellos no estuviese sometido excepcionalmente a un Tribunal que no fuera el llamado a conocer por regla general del delito (artículo 272, III, LECrim). En el caso de una conexión entre aforados y no aforados, es procedente que el juez instructor siga en la medida de lo posible conociendo de la causa (*cfr.* artículo 14, LECrim), salvo, como hemos visto, en el caso de la persona aforada, que deberá ser enviada al TS para seguir el procesamiento.

El aforamiento alcanza tanto a los delitos como a las faltas, aunque las reglas comunes de enjuiciamiento deben ser interpretadas con carácter restrictivo. La Constitución y la LOPJ utilizan el término causa, que comprende a todo asunto penal, con independencia de la tipificación jurídico-penal que merezcan los hechos cometidos, sin embargo, el artículo 750, LECrim, hace referencia a la causa de delito,<sup>29</sup> no a cualquier causa.

<sup>28</sup> SSTC 171, de 27 de noviembre de 1999 y 35, de 14 de febrero de 1999.

<sup>29</sup> Moreno Catena, Víctor, “Especialidad procesal por razón de las personas acusadas”, en Gimeno Sendra, Vicente; Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín, *Derecho procesal. Proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 571.

La Ley de 9 de febrero de 1912 impone que el juez instructor remita a la Sala Segunda del Tribunal Supremo las diligencias que estuviere practicando, tan pronto aparezcan indicios de responsabilidad contra diputado o senador (artículo 2), una vez adoptadas las medidas necesarias para evitar la fuga del delincuente (artículo 303.5, LECrim).

### *5. La aplicación del fuero especial del artículo 102.1, CE, ante el TJ*

El artículo 125, CE, da fundamento constitucional a la necesidad del Tribunal del Jurado en la medida en que proclama que “los ciudadanos pueden ejercer la acción popular y participar en la administración de la justicia mediante la institución del jurado, en la forma y con respeto a aquellos procesos penales que la ley determine”, así como en los tribunales consuetudinarios y tradicionales. En idéntico sentido se pronuncia la Exposición de Motivos de la LO 5/1995, de 22 de mayo. Dicha ley establece que el Jurado consiste en un órgano constituido de manera transitoria por un número de ciudadanos designados, que tiene como misión intervenir en un proceso penal por medio de veredictos. En síntesis, tanto el constituyente como el legislador ordinario, dejan la puerta abierta para que los ciudadanos, a través del jurado, puedan participar en el enjuiciamiento y emitir veredicto sobre causas criminales contra una serie de personas.

El TJ es competente objetivamente para el enjuiciamiento de los siguientes delitos (artículo 1.1 y 1.2, LOTJ): homicidio, amenazas, omisión del deber de socorro, allanamiento de morada, incendios forestales, infidelidad en la custodia de documentos, cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios e infidelidad en la custodia de presos. También se extiende al TJ la competencia jurídica para los delitos conexos con la referencia expresa prevista en el artículo 5.2.I, LOTJ —no incluidos en principio la conexión con el artículo 17.5, LECrim—; con el delito de prevaricación —y los delitos conexos que se puedan enjuiciar por separado (artículo 5.2.II, LOTJ)—; con los casos de concurso ideal (artículo 77, CP) si tiene competencia al menos para un delito (artículo 5.3.I, LOTJ) y en caso de delito continuado (artículo 74, CP) si es atribuido a su conocimiento (artículo 5.3.2, LOTJ).<sup>30</sup>

<sup>30</sup> Montero Aroca, Juan y Gómez Colomer, Juan-Luis (coord.), *Comentarios a la Ley del Jurado*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 182.

Sin embargo, en vista de la especial condición del Tribunal del Jurado, formado por el cuerpo social, en la mayoría de los casos sin preparación jurídica y en razón de la excepcional competencia *ratione materea* atribuida a dicho órgano por la LOTJ, el problema aparece cuando se da el supuesto de que los sujetos aforados incurran en los delitos que de forma tasada conoce el TJ. Cabe preguntarse si el TJ es competente y apto para conocer y enjuiciar a los miembros del gobierno, incluido su presidente, por los delitos que en razón de la materia le corresponde conocer. En principio parece que sería necesario abandonar el ámbito constitucional para extraer una respuesta positiva a esta cuestión, de lo contrario estaríamos ante una afrenta a los preceptos constitucionales.

La respuesta no plantea ningún problema si se parte de la consideración de que la propia Constitución dice literalmente que el enjuiciamiento criminal de los aforados corresponde a la Sala Segunda del TS. Por ello, en caso de prevalecer la interpretación literal del precepto de la Constitución, el Tribunal del Jurado no podría juzgar a las personas aforadas, pues esta competencia es atribuida constitucionalmente al órgano jurisdiccional superior. Está claro que la voluntad del legislador constitucional ha sido la de que los más altos cargos de políticos y administrativos del Estado sean enjuiciados por el órgano más elevado del Poder Judicial. Sin embargo, esta interpretación no está tan clara cuando nos aproximamos a la literalidad de los artículos 1.3 y 2.1, LOTJ,<sup>31</sup> de desarrollo de los preceptos de la Constitución antes mencionados (hay que subrayar que esta interpretación sólo es válida para el artículo 102.1, CE, y no para el 102.2, CE, pues ninguno de sus supuestos son competencia del TJ). En este sentido, Gómez Colomer defiende la tesis de que la competencia sería del TJ de la Sala Segunda del TS, es decir, de un Tribunal del Jurado integrado en el Tribunal Supremo, ya que en este caso el TJ es formalmente un órgano incardinado a la Sala Segunda del TS, con lo que la literalidad de la CE queda

<sup>31</sup> LOTJ: Artículo 1.3. El juicio del jurado se celebrará sólo en el ámbito de la Audiencia Provincial y, en su caso, de los tribunales que correspondan por razón del acusado. En todo caso quedan excluidos de la competencia del jurado, los delitos cuyo enjuiciamiento venga atribuido a la Audiencia Nacional.

Artículo 2.1 El Tribunal del Jurado se compone de nueve jurados y un magistrado integrante de la Audiencia Provincial, que lo presidirá.

Si, por razón del aforamiento del acusado, el juicio del Jurado debe celebrarse en el ámbito del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia, el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado será un Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo o de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, respectivamente.

soslayada aunque estaría justificado por cuestiones de política criminal, puesto que no se explicaría la necesidad del jurado para el pueblo llano y no para los aforados.<sup>32</sup> En efecto, para Rosario Mahamut, aunque la norma suprema del ordenamiento jurídico español prevé la especialidad de fuero para los miembros del gobierno, resulta defendible la posibilidad de que un TJ integrado en el Tribunal Supremo enjuiciara al presidente y a sus ministros, ya que nada impide que sea constituido un Tribunal del Jurado en la sede de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, siempre y cuando se cumplan todos los requisitos de competencia establecidos en la LOTJ, no conculcándose la especialidad procesal contenida en el artículo 102.1, CE.<sup>33</sup>

De admitirse esta tesis cabe preguntarse si la creación del TJ del TS no supondría la vulneración de preceptos constitucionales, en la medida en que estaría en disconformidad con el principio de juez ordinario predeterminado por la ley (artículo 24.2, CE) y el principio de igualdad (artículo 14, CE). Parece que no, en primer lugar porque la LOTJ, que crea los órganos jurisdiccionales, es una ley orgánica que cumple las garantías que se derivan del principio de juez ordinario. En segundo, porque tampoco se estaría vulnerando el principio de igualdad, sino que se le estaría reforzando ya que cuando el TJ integrado en la Sala Segunda del TS juzgase a las personas aforadas conformaría justamente un medio por el cual no se diferenciaría a los aforados de los ciudadanos comunes.

#### IV. AFORAMIENTO E INMUNIDAD PARLAMENTARIA

La lógica del régimen parlamentario lleva a que el jefe del gobierno sea un diputado y a que sus ministros sean en su gran mayoría parlamentarios. Es así en Gran Bretaña, sólo por citar un ejemplo, y lo es también en España, donde, con la excepción de unos pocos departamentos, la mayoría de los miembros del Consejo de Ministros son diputados o senadores, a pesar de que la Constitución no obliga a que los miembros del gobierno pertenezcan a las Cámaras.

En los casos en que el miembro del gobierno sea también diputado o senador, se compagan las garantías de aforamiento del artículo 102.1, CE y del 71.3, CE, con los privilegios legales de los parlamentarios, entre

<sup>32</sup> Gómez Colomer, Juan-Luis, y Montero Aroca, Juan (coord.), *op. cit.*, nota 30, pp. 282 y 283. Esta posición es compartida por García Mahamut, Rosario, *op. cit.*, nota 21, pp. 138 y 139.

ellos la inmunidad parlamentaria que les protege de la detención fuera de los casos de flagrante delito (artículo 71.2, CE, artículos 11 a 14, Reglamento del Congreso y artículo 22.1, Reglamento del Senado). Esta última es una prerrogativa de carácter formal que permite que los parlamentarios desempeñen sus funciones sin ver su libertad personal coartada, con vistas a evitar que la libertad de funcionamiento del parlamento se vea limitada mediante la detención o el procesamiento de alguno de sus miembros.<sup>34</sup> Es decir, es una forma de evitar el procesamiento y las detenciones por razones políticas de los parlamentarios que afectarían a la composición y el funcionamiento de la Cámara, dado que si por razones jurídico-penales el parlamentario no pudiese acudir a las sesiones y ocupar su escaño, estaría siendo vulnerado, en una o otra Cámara, el equilibrio entre las fuerzas políticas previamente fijado por el proceso electoral.

La LECrim contempla, en los artículos 751, 752, 753, 754, 755 y 756, relativos a los procedimientos especiales, la forma de proceder cuando los imputados sean diputados o senadores, pero devienen particularmente inaplicables el artículo 752 y 753, LECrim, que establecen la suspensión de los procedimientos en los períodos de interregno parlamentario. Por lo dicho en la Constitución (artículos 102.1 y 71.3, CE), en la LOPJ (artículo 57.1.2, LOPJ) y en la Ley de 9 de febrero de 1912 (artículo 1o.), también queda derogado el artículo 750, LECrim, porque no es un juez o tribunal cualquiera que encuentre mérito para procesar a un diputado o senador que puede hacerlo, como decía este artículo de la LECrim, sino que la instrucción y juicio contra un parlamentario corresponde a un miembro de la Sala Segunda del TS.

Otro problema ocurre en el caso de que el parlamentario hubiera perdido su condición una vez iniciado el procedimiento penal (véase *infra* apartado IV.1). En este supuesto hay dos soluciones posibles: en el caso de haber sido concedido el suplicatorio, el procedimiento continuará hasta haber sido dictada sentencia firme, aun cuando antes de dictarla fuera disuelta la Cámara a la que pertenezca el diputado o senador (artículo 7, Ley de 9 de febrero de 1912); en el caso de que no hubiera sido concedido el suplicatorio, la competencia se ampliará hasta la conclusión del proceso con independencia de la vida legal de la Cámara a la que pertenezca el acusado (artículo 1. III, Ley de 9 de febrero de 1912). Además, si este

<sup>33</sup> García Mahamut, Rosario, *op. cit.*, nota 21, p. 141.

argumento legal no fuese por sí sólo suficiente, cabría añadir que, a efectos derivados de litispendencia, según el principio de *perpetuatio iurisdictionis* todos los hechos que fundaron la jurisdicción y la competencia permanecen inalterados aunque haya cambiado la condición de parlamentario por la disolución de las Cortes.<sup>35</sup>

Conviene decir, sin embargo, que en muchos países donde existe el instituto de la inmunidad parlamentaria, incluida España, su función está cuestionada no sólo por la doctrina constitucional sino también desde las muchas esferas de la sociedad. De hecho, no se puede negar que la justificación que este instituto tenía cuando el absolutismo del rey en el Antiguo Régimen suponía una amenaza para los representantes de la democracia liberal, no se mantiene en la situación actual, en que el gobierno de los sistemas parlamentaristas emana de las mayorías en la Cámara Baja.

En la actualidad, el privilegio que supone conceder a los representantes populares la prerrogativa constitucional de la inmunidad, es difícilmente conciliable con los postulados del Estado democrático y de derecho. El mantenimiento de la inmunidad parlamentaria corre el peligro de convertirse en la impunidad parlamentaria, al permitir un “billete de libre circulación a través del Código Penal”. Se ha entendido que el instituto de la inmunidad, más que una necesidad de garantía para el parlamento, es un corporativismo mantenido por los diputados y senadores, un arcaico privilegio característico de tiempos ya pasados.<sup>36</sup>

Lo cierto es que el principio de inmunidad puede suponer una excepción al principio de igualdad que aporta la letra de la Constitución (artículos 14, CE) por crear barreras que impiden la aplicación las normas penales y procesales a determinadas categorías de ciudadanos. La inmunidad también puede afrentar de manera impropia el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva garantizado en el ordenamiento jurídico constitucional (artículo 24.1, CE).

Por lo tanto, sólo con la existencia del instituto de la inmunidad parlamentaria ya opera plenamente la eficacia constitucional, puesto que es nula la inculpación o el procesamiento contra los representantes del pueblo en las Cámaras mientras que éstas no lo hayan autorizado.

<sup>34</sup> Alazaga Villaamil, Óscar; Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio y Rodríguez Zapata, Jorge, *op. cit.*, nota 10, p. 385.

<sup>35</sup> Hinojosa Segovia, Rafael, *op. cit.*, nota 38, p. 683.

<sup>36</sup> Esteban, J. de y González-Trevijano, Pedro, *op. cit.*, nota 11, p. 445.

Ahora bien, después de las severas críticas dirigidas al instituto de la inmunidad parlamentaria, la jurisprudencia española no tuvo más remedio que introducir una interpretación restrictiva con respecto a la negativa por parte de la Cámara respectiva a conceder la autorización, para hacer que estuviese más acorde con los principios aseguradores del Estado democrático y de derecho. No era posible dejar que el parlamento abusase de la denegación del suplicatorio haciendo que sus miembros quedasen por encima del ordenamiento jurídico penal. Por ello, el TC (STC 90/1985, de 22 de julio de 1985), al resolver el recurso de amparo interpuesto contra la denegación del suplicatorio del senador Carlos Barral A gesta, quiso subrayar el daño para el principio de igualdad que supone este privilegio parlamentario, planteando una serie de cuestiones que restringen su denegación. Para el constitucional, en primer lugar, “la existencia de tal tipo de privilegios pugnaría, entre otras cosas, con los valores de ‘justicia’ e ‘igualdad’ que el artículo 1.1 de la C.E. reconoce como ‘superiores’ de nuestro ordenamiento jurídico.” El TC decidió también que la concesión del suplicatorio no debe vulnerar el derecho fundamental de todos los ciudadanos a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales afirmando que “...la violación del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 de la C.E. tuvo lugar, de modo directo, mediante el acuerdo del Pleno del Senado impugnado, por lo que procede declarar su nulidad, que ha de extenderse —en cuanto a sus efectos— a todos los actos posteriores que sean consecuencia del mismo”.<sup>37</sup> Además, dispuso que, sea negativa o concesiva, la decisión sobre el suplicatorio debe ser obligadamente motivada. Por otro lado, dejó también claro que el Legislativo no puede denegar el suplicatorio discrecionalmente, pues todos los poderes públicos y los ciudadanos están sometidos al ordenamiento jurídico, de modo que la denegación abusiva de un suplicatorio que permitiría proceder contra un miembro de cualquiera de las Cámaras, constituye un abuso de poder, corregible por la vía del amparo constitucional.

Lo que plantea la jurisprudencia del TC es coherente, pues ha optado por la denegación restrictiva, tanto en su sentido lógico, con respeto a los límites objetivos que le impone la Constitución, como en el teleológico, por la razonable proporcionalidad al fin a que responde.<sup>38</sup> Ha reconocido la posi-

<sup>37</sup> STC 90/1985, de 22 de julio.

<sup>38</sup> Hinojosa Segovia, Rafael, “Procesos especiales en razón de los sujetos”, en De la Oliva Dos Santos y otros, *Derecho procesal penal*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 680.

bilidad de abuso en la negación del suplicatorio y ha rectificado su uso, admitiéndolo sólo cuando su petición sea por motivo de índole política.

La citada jurisprudencia del TC ha afirmado que “la inmunidad parlamentaria no puede ser reconocida como un privilegio personal, esto es, como un instrumento que únicamente se establece en beneficio de las personas de los diputados y senadores, al objeto de sustraer sus conductas del conocimiento o decisión de jueces y tribunales”,<sup>39</sup> pues en ese caso, su mantenimiento supondría una ofensa para los valores de igualdad garantizados en el propio ordenamiento constitucional.

Aun así, incluso con las exigencias que apunta el Tribunal Constitucional en la sentencia arriba citada, el uso de la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria está poco justificada en el Estado democrático y de derecho actual, pues podría vulnerar el derecho de cada persona a una tutela efectiva.

Parece entonces que la solución no pasa por reformar la regulación de la inmunidad, sino que requiere su fin, puesto que en la actual relación de fuerzas entre Parlamento y Ejecutivo, el fundamento básico de protección del funcionamiento de las Cámaras en que se sustenta ya no tiene cabida. De este planteamiento no se debe extraer que el especial tratamiento de los parlamentarios con respecto a la función que desempeñan vaya a quedar desamparado, pues está suficientemente protegido por la garantía del aforamiento ante el Tribunal Supremo, conforme preceptúa la Constitución del 78 (*cfr.* artículos 102 y 71, CE). Refuerza este argumento la acertada decisión jurisprudencial que manifiesta inapropiada, y excluye tajantemente, la inmunidad cuando es usada para impedir el curso de una demanda civil (*cfr.* STC 9/1990, de 18 de enero, RTC 1990, 9). Con arreglo a esta interpretación, extraída del texto de la Constitución (artículo 71, CE), en las demandas civiles que en nada afecten a la libertad personal, no es necesaria una autorización previa para inculpar o procesar a diputados o senadores. Este argumento, anclado al deseo del legislador constitucional, tiene absoluta coherencia, en vista de que su protección sólo se extiende a los procesos no penales. Además, abre la perspectiva de un debate futuro que plantee que, una vez excluido el fundamento constitucional de la autorización previa para proceder por la vía civil contra los parlamentarios, no sería impensable la idea de que fuese posible excluir la previa autorización

<sup>39</sup> Pulido Quecedo, Manuel, *La Constitución española, con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, 1993, p. 1061.

para proceder contra los miembros de las Cortes también en el orden penal. Ahora bien, hay que subrayar que tal planteamiento sólo cabría en el ordenamiento jurídico penal español tras una reforma de la Constitución que eliminase definitivamente el instituto de la inmunidad del artículo 71.2, CE.

### *1. Condiciones de procedibilidad para los miembros del gobierno parlamentario (artículo 102.1, CE). El suplicatorio*

La tramitación de la causa cuando el sujeto reúne la doble condición de parlamentario y miembro del gobierno es muy compleja, dado que existe una condición de procedibilidad, sin la cual no puede darse el procesamiento del diputado o senador. Es decir, la Cámara correspondiente debe dar el permiso (conceder el suplicatorio) para su inculpación o procesamiento ante la Sala Segunda del TS. Los parlamentarios miembros del Ejecutivo siguen protegidos por el aforamiento y además les son aplicables las normas propias del estatuto de los diputados, o de los senadores en su caso.

El fundamento del suplicatorio radica en garantizar la libertad e independencia de la institución parlamentaria, condiciones para el libre funcionamiento de ésta. Aunque, como hemos visto (*cfr. supra* cap. 4.0), el mantenimiento de esta prerrogativa es hoy día bastante criticable, ellos no podrán ser inculpados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.

Las garantías jurídicas que rigen el suplicatorio están reguladas no sólo por la Constitución (artículo 71, CE), sino también por la LOPJ (artículo 57.1.2) y por los reglamentos del Congreso (artículos 10 a 14, Reglamento del Congreso) y del Senado (artículos 21 y 22, Reglamento del Senado).

La condición de procedibilidad contra los parlamentarios es la concepción del suplicatorio, o sea, la autorización necesaria para proceder contra los integrantes de la Cámara de los Diputados y los del Senado por cualquiera que sea el hecho delictivo que se atribuya a cualquiera de ellos. Una vez denegado el suplicatorio, y si la causa no hubiese motivado un recurso de amparo ante el TC, el proceso debe ser cerrado y archivado.

Así, al igual que los diputados en funciones, los miembros del gobierno que compaginan la función de gobierno con la de parlamentario en una de las Cámaras no pierden el privilegio de la inmunidad. Por el contrario, acumulan las garantías y gozan de un *plus* de protección frente a los miembros del gobierno que no son parlamentarios, quienes, por supuesto, no

disfrutan de la misma prerrogativa. Por ello los parlamentarios miembros del Ejecutivo sólo pueden ser detenidos en flagrante delito y no podrán ser inculpados o procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva (artículo 71.2, CE). Aquí empiezan las dificultades interpretativas, ya que el precepto constitucional no deja claro cuál es el momento procesal apropiado para proceder al pedido del suplicatorio; estas dificultades aumentan si se analiza la LECrim, pues ésta tampoco precisa cuál es el tiempo apropiado para promover el suplicatorio. La ley que regula el procedimiento criminal no determina con claridad si el pedido del suplicatorio debe ser anterior a la admisión a trámite de la querella, si se debe dar una vez admitida a trámite la denuncia o la querella, o si ocurre cuando existan indicios racionales de criminalidad.

Siguiendo la pista dejada por el artículo 71.2, CE, observamos que los términos “procesado” e “inculpado” introducen conceptos procesales que nos pueden ayudar a dilucidar cuál es el momento adecuado para pedir el suplicatorio. La interpretación estricta de “procesado” es la de “la persona contra la que se ha dictado auto de procesamiento” (artículo 384, LECrim), con lo cual queda claro que cuando el hecho delictivo estuviera sancionado con pena superior a la de prisión mayor, el suplicatorio debe ser solicitado antes de que el instructor decida de procesamiento.<sup>40</sup> Sin embargo, una interpretación más amplia del término “procesado” puede llevar a concebirlo como sinónimo de encausado, y en este sentido son diversos los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que hacen referencia al procesado con anterioridad a la adopción del auto que declara su procesamiento (artículos 373, 375 y 376, LECrim).<sup>41</sup>

Por otro lado, la expresión “inculpado” hace referencia a aquellos casos en que el enjuiciamiento no da lugar a un auto de procesamiento. Esto ocurre en el procedimiento abreviado por delitos y en el juicio de faltas.

Además de esta interpretación de los dos términos constitucionales, Hinojosa Segovia<sup>42</sup> expone otras tesis sobre el tiempo adecuado para promover el suplicatorio. La primera de ellas mantiene que “el suplicatorio debe ser pedido antes de la admisión a trámite de la denuncia o querella”, de lo que se extrae que, con arreglo a los artículos 312 y 313, LECrim, la

<sup>40</sup> Hinojosa Segovia, Rafael, *op cit.*, nota 38, p. 685.

<sup>41</sup> García Mahamut, Rosario, *op cit.*, nota 21, pp. 190 y 191.

<sup>42</sup> Hinojosa Segovia, Rafael, *op. cit.*, nota 38, pp. 686 y 687.

admisión formal de la querella es una cuestión previa a toda decisión (ATS, 7 de noviembre de 1991). La segunda tesis defiende la solicitud del suplicatorio “una vez admitida a trámite la denuncia o la querella”, basándose en que la cualidad de parte procesal se adquiere desde el momento en que se admite a trámite una denuncia o querella o cualquier otra actuación procesal de la que resulte imputación (artículo 118, LECrim y en el 24.1, CE). Recomienda incluso la petición del suplicatorio desde el momento en que se admite la denuncia o la querella, ya que si bien es cierto que el juicio de culpabilidad pertenece a los órganos jurisdiccionales, el juicio político pertenece a la Cámara y para este juicio no es necesario conocer la totalidad de las actuaciones realizadas hasta el momento de dictar el auto de procesamiento. La tercera tesis mantiene que el suplicatorio debe ser pedido “cuando existan indicios racionales de criminalidad” y afirma que esa petición no debe estar basada en elementos frágiles que puedan ser fácilmente derrocados por la Cámara y en una interpretación restrictiva de las prerrogativas parlamentarias (ATS, 7 de noviembre de 1991).

La solución más práctica es la de admitir la tercera tesis puesto que el pedido del suplicatorio debe ir acompañado de suficientes indicios de criminalidad, con lo cual quedaría casi neutralizada la posibilidad de la denegación del pedido por parte de la Cámara de los Diputados o del Senado. Sin embargo, comparto el argumento de Gómez Aspe de que con la utilización conjunta de los términos “inculpado” y “procesado” la Constitución quiso proteger al parlamentario contra cualquier presunción penal, incluida la que no haya sido formulada contra él.<sup>43</sup> Estoy de acuerdo también con la conclusión de que el pedido del suplicatorio no debe esperar a que se esgriman indicios de criminalidad contra el parlamentario. Esta conclusión también se ve reforzada si tenemos en cuenta que la condición de parte procesal se da cuando se admite a trámite la denuncia o querella, por lo cual sería ese el momento de solicitar el suplicatorio.

Definido el momento adecuado para pedir la autorización de la Cámara, queda dilucidar cómo se procede para la concesión del suplicatorio. En primer lugar tenemos una etapa en que surge el problema de cuál puede ser el instante idóneo para pedir el suplicatorio (ahora explicado), después viene una fase de desarrollo del suplicatorio en la respectiva Cámara del acusado y, por fin, se da la decisión final autorizando o denegando el pedido.

<sup>43</sup> Gómez Aspe, Susana, *op. cit.*, nota 20, p. 342.

*Inicio.* Apreciados los indicios de responsabilidad criminal contra algún diputado o senador, el juez encaminará las diligencias al Tribunal Supremo que es el competente para enjuiciar a un miembro del gobierno (artículo 57.2, LOPJ). El juez debe pedir a la Cámara correspondiente que conceda el suplicatorio para proceder la acusación del parlamentario. De la misma forma debe proceder la Sala del órgano si el inicio del procedimiento fuera a través de denuncia o querella.

*Desarrollo.* Recibido el suplicatorio en el Congreso de los Diputados, su Presidente lo enviará en un plazo de hasta cinco días a la Comisión del Estatuto de los Diputados. En el plazo máximo de treinta días tras la audiencia del interesado, esta comisión deberá concluir su trabajo que será evacuado por escrito u oralmente en el seno de la propia Comisión. Después de ello la cuestión será sometida al primer Pleno ordinario de la Cámara en sesión secreta (artículos 13 y 14, RDC).

En el Senado, el Reglamento dispone que su Presidente, una vez recibido el suplicatorio, lo remitirá a la Comisión de Suplicatorios que debe emitir dictamen en el plazo máximo de treinta días. El Pleno del Senado será informado en sesión secreta del dictamen del suplicatorio. Se podrá abrir debate sobre la concesión del suplicatorio en dos turnos a favor y en dos turnos contra (artículo 22.2 y 3, RDS).

*Decisión:* El Presidente del Congreso, en el plazo de ocho días contados a partir del Acuerdo del Pleno de la Cámara, dará traslado del mismo a la autoridad judicial, con la advertencia de que el órgano jurisdiccional debe comunicar a la Cámara de los autos y sentencias que se dicten y que afecten al diputado (artículos 14.1, RDC y 22.4, RDS).

Si el Senado o el Congreso denegase el suplicatorio, se comunicará el acuerdo al Tribunal requeriente, que dispondrá el sobreseimiento libre de la causa contra el senador o diputado (artículo 7, Ley de 9 de febrero de 1912). Es decir, quedará nulo todo lo actuado y se sobreseerá toda la causa (artículo 677 II, LECrim). La más grave de las consecuencias de la aplicación del sobreseimiento parece ser la de que el proceso no pueda reiniciarse en el futuro, lo que le otorga al parlamentario un blindaje procesal para el presente y el futuro.

Hay que reafirmar que, ante la negación del suplicatorio, cabe recurso de amparo constitucional (*cfr. supra* apartado 4.0) por presunta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, aunque sólo será admitido

dicho amparo si se fundamenta en la finalidad que persigue el instituto de la inmunidad, que es la de proteger la composición de la Cámara conforme lo establecido por el voto popular, pues los efectos de la inmunidad parlamentaria deben operar cuando hay un ánimo de persecución política contra un parlamentario. De no darse estas condiciones el TC anulará el acuerdo parlamentario que rechazaba el suplicatorio y consecuentemente la Cámara estará obligada a pronunciarse de nuevo al respecto.<sup>44</sup> En consecuencia, una vez declarada la nulidad de la resolución negativa de la Cámara, no se producirán los efectos del libre sobreseimiento. Asimismo, cabe subrayar que a la hora de decidir sobre un suplicatorio las Cámaras nunca deben juzgar sobre el fundamento o fondo de la acusación penal, ya que esto supondría suplantar las funciones del órgano judicial.<sup>45</sup>

Concedido el suplicatorio, el procedimiento continuará hasta que haya una sentencia firme acorde con la pena del delito, aun cuando antes de dictarla fuera disuelta la Cámara a la que pertenecía el senador o diputado (artículo 7, Ley de 9 de febrero de 1912).

En principio, desde una perspectiva formal, la concesión del suplicatorio no tiene ningún efecto en relación con la condición de miembro del gobierno parlamentario, otra cosa es su impacto político y su influencia sobre la permanencia del diputado o senador en el cargo. El suplicatorio junto con el auto de procesamiento tiene efectos demoledores sobre la condición de parlamentario, que dependen de la Cámara parlamentaria a la cual pertenezca el representante popular. Si éste es diputado, quedará suspendido de sus derechos y deberes parlamentarios cuando la Cámara hubiera concedido la autorización objeto de un suplicatorio y estuviese firme el Auto de procesamiento, o se hallare en situación de prisión preventiva y mientras ésta dure (artículo 21.1.2, RDC).

En el caso de que el parlamentario fuese senador, estuviese concedido el suplicatorio y firme el auto de procesamiento, la Cámara podría acordar por mayoría absoluta de sus miembros y según la naturaleza de los hechos imputados, la suspensión temporal en la condición de senador (artículo 22.6, RDS).

<sup>44</sup> Gómez Aspe, Susana, *op. cit.*, nota 20, pp. 344 y 345.

<sup>45</sup> Manuel Abellán, Ángel, *El Estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 67.

## V. EL SUPUESTO ESPECÍFICO DEL ARTÍCULO 102.2, CE

### 1. *Planteamiento general*

El apartado segundo del artículo 102 pide una interpretación distinta de la que ha sido objeto el primero, ya que si bien los sujetos y el fuero procesal de aplicación de la previsión penal son iguales, no lo es su contenido material. Si en el primer supuesto se trataba de exigir la responsabilidad penal ordinaria de los miembros del gobierno, ahora estamos ante una categoría especial de responsabilidad, correspondiente a delitos distintos y de extrema gravedad (“traición o cualquier delito contra la seguridad del Estado”). En este caso se le atribuye a la Cámara la iniciativa del ejercicio de la acción penal y al TS la función de juzgar. Por lo tanto, este precepto tiene un marcado carácter político al sustraer del régimen procesal común la iniciativa acusatoria de estos delitos, para evitar que acusaciones temerarias o una actuación mediatisada del ministerio fiscal interfiera en el desarrollo de la labor gubernamental.<sup>46</sup>

El legislador constituyente en el 102.2, CE, ha entendido que existen categorías de delitos que merecen un tratamiento diferenciado del de los delitos comunes, ya que su categoría de delitos especiales practicados por cargos públicos (ministros) condiciona un tratamiento constitucional particular. En el supuesto de que el presidente del gobierno o sus ministros incurriesen en esta categoría de delitos, la norma constitucional ha ido más allá del especial aforamiento del 102.1, CE, y de la garantía de la inmunidad ya asegurada a los parlamentarios, y ha atribuido su control y persecución al órgano político representativo de la ciudadanía.

Para Díez-Picazo, el apartado segundo del artículo 102, CE, se trata de una norma independiente a la norma principal, en la que rige la máxima interpretativa *inclusio unius, exclusio alterius*; es decir, si los constituyentes conscientemente introdujeron una limitación de tipos delictivos sólo en el apartado segundo, resulta muy difícil sostener que esta misma limitación vale también para el apartado primero.<sup>47</sup>

La elección del procedimiento especial regulado en el apartado segundo se refiere no sólo a la protección de la función pública desempeñada por

<sup>46</sup> González Hernández, Ester, *op. cit.*, nota 22, p. 325.

<sup>47</sup> Díez-Picazo, Luis María, *op. cit.*, nota 6, p. 19.

las personas enjuiciadas, sino que también tiene en cuenta la naturaleza de los delitos que se les imputan, cuyo contenido supone un atentado contra la independencia, el orden territorial o constitucional.<sup>48</sup>

De la dicción del apartado segundo también destaca el importante aspecto de que la acusación por el Congreso de los Diputados requiere que sea planteada por iniciativa de la cuarta parte y con la aprobación por mayoría absoluta del mismo. Para muchos autores esta exigencia caracteriza a la iniciativa como una verdadera condición de procedibilidad. Resulta necesario hacer un estudio minucioso de la oportunidad de las condiciones especiales de la iniciativa de la acusación que impone el dispositivo constitucional, principalmente en el supuesto de que los integrantes del gobierno no sean diputados o senadores, dado que para proteger la actividad parlamentaria ya existe el instrumento del suplicatorio. Por otro lado, se hace casi imprescindible explicitar cuáles son los ilícitos penales a que se refiere concretamente la Constitución al utilizar la fórmula “traición o cualquier delito contra la seguridad del Estado”, a fin de que dichos ilícitos puedan ser usados para adecuarse en mayor medida al tratamiento constitucional de esa especial protección que se ha pretendido dar a los miembros del gobierno.

En definitiva, el apartado segundo del artículo 102, CE, ha introducido en el ordenamiento jurídico-constitucional un elemento de conveniencia política, ya que la función que asume el Congreso de los Diputados no valora la relevancia jurídico-penal de los hechos, sino que se limita a examinar la conveniencia política de dejar que se procese a un miembro del gobierno que haya atentado contra la seguridad interna o externa del Estado español.

## *2. La iniciativa de la acusación*

No hay acuerdo entre la doctrina procesal penal y la constitucional al calificar la naturaleza jurídica de la previsión introducida por el apartado segundo del artículo 102, CE. Para una parte de ella, desde el punto de vista del derecho procesal, la iniciativa de acusación es un requisito previo sin el cual no puede ejercitarse la acción penal y que impide que los órganos jurisdiccionales puedan conocer de unos hechos aparentemente crimi-

<sup>48</sup> Gómez Aspe, Susana, *op. cit.*, nota 20, p. 338.

nales. Es decir, para algunos estamos ante una verdadera condición de procedibilidad,<sup>49</sup> para otros con la iniciativa de acusación se intenta prever una responsabilidad penal cualificada;<sup>50</sup> mientras para otros más no pasa de un simple acto de acusación.

Gómez Aspe<sup>51</sup> entiende que el fundamento de la responsabilidad cualificada que presenta el artículo 102.2, CE, está en su carácter marcadamente político, lo que justifica que sea el parlamento quien valore la procedencia de acusar a los miembros del gobierno por delitos cometidos en el ejercicio de sus actividades públicas. Añade que este fundamento es distinto de la inmunidad parlamentaria, cuyo objetivo es proteger la libertad de los parlamentarios (*cfr. supra* apartado 4.0).

Con respecto a la naturaleza de la especialidad, para algunos autores no hay duda de que el apartado segundo del artículo 102, CE, establece una condición de procedibilidad o perseguibilidad necesaria para actuar penalmente contra los miembros del gobierno por los delitos de traición o contra la seguridad del Estado cometidos en el ejercicio de sus funciones.<sup>52</sup> Se trata de un impedimento procesal sin el cual no es posible ejercer la acción penal, de forma que una vez que la Cámara parlamentaria dejase de autorizar la acusación del alto responsable del gobierno por los delitos mencionados en el apartado segundo, sería totalmente imposible que prosiguiese la persecución penal. Aquí es importante subrayar que la Constitución establece que el Congreso de los Diputados tiene la iniciativa de acusar y no la posibilidad en exclusiva de la acusación, en otros términos, una vez adoptada esta iniciativa, es el ministerio fiscal el que debe seguir con su potestad acusatoria. En definitiva, el acto del Congreso condiciona la acción penal y comporta una iniciativa real de acusación, con lo cual ésta no se formulará hasta que la Cámara parlamentaria no la promueva.<sup>53</sup>

La razón de la mayor entidad que se adscribe a este tipo de responsabilidad, cuya consecuencia es la necesidad de la iniciativa parlamentaria, está en que los delitos presentan un carácter político y son de extrema gravedad, como se puede notar con la simple lectura del Código Penal en

<sup>49</sup> Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *op. cit.*, nota 52, p. 376.

<sup>50</sup> Gómez Aspe, Susana, *op. cit.*, nota 20, p. 337.

<sup>51</sup> *Ibidem*, pp. 345 y ss.

<sup>52</sup> Rodríguez Mourullo, Gonzalo, “Criterio para la exigencia de responsabilidad criminal al presidente y demás miembros del gobierno”, en Alzaga Villaamil, Óscar (dir.), *Comentarios a la Constitución de 1978*, Madrid, Editores de Derecho Reunidos, 1996, p. 376.

los títulos que están relacionados con las conductas delictivas en que se encuadra la voluntad del precepto constitucional. El constituyente tuvo la preocupación de atribuir una sanción política previa a la sanción penal contra aquel miembro del Ejecutivo que supuestamente cometió determinado hecho delictivo. Es decir, para que un miembro del gobierno sea perseguido penalmente, los parlamentarios ejercen una valoración política previa de su conducta, aprobando o descartando la iniciativa de la correspondiente causa criminal ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Si el Congreso de los Diputados cree que la actuación del parlamentario no se ajusta al respeto a las normas constitucionales será motivo suficiente para que establezca la iniciativa de acusación y el Poder Judicial lleve a cabo su labor procesal penal. Para nuestro sistema democrático moderno la simple valoración política por parte de la Cámara de los Diputados ya es suficiente para provocar, como mínimo, la dimisión del acusado, si es que esto no se hubiera dado con la sola amenaza de acusación por el Congreso.

Ahora bien, si se profundiza en la función que cumple la Cámara de Diputados en la especialidad procedural del 102.2 y se procura hallar críticamente el sentido de la norma, se debe matizar la lógica conclusión de que su control y persecución debe ser atribuida al órgano político con mayor respaldo democrático.<sup>53</sup> Esto es así porque la función que asume el Congreso no depende de ninguna valoración jurídica, sino sólo de una apreciación política.

El caso español es diferente del sistema legislativo puro del *impeachment* de los países anglosajones, donde las Cámaras acusan y juzgan basándose en razones políticas y jurídicas. Aquí y en otros países de Europa continental, los órganos de acusación y de juicio son distintos, con lo cual no se puede delimitar debidamente el ámbito de sus competencias. Hay una tendencia a la confusión entre los límites de la responsabilidad política y la responsabilidad criminal. Por ello, Obregón García concluye que la elección del mejor sistema para hacer efectiva la responsabilidad criminal de los miembros del gobierno depende del objetivo que se persiga y de la interpretación de la realidad que se haga. Si se entiende que la función de los miembros del gobierno ha cobrado tal importancia que merece una especial protección, sería correcta la prerrogativa de la iniciativa del apar-

<sup>53</sup> Obregón García, Antonio, *op. cit.*, nota 23, p. 95.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 64.

tado segundo del 102, CE. Por otro lado, si se afirma que en los delitos contra el Estado prevalece lo político sobre lo criminal, entonces habría que acogerse al sistema legislativo puro, que no ha sido contemplado por la actual Constitución. Sin embargo, si se propugna la igualdad en el marco del Estado de derecho y se valora la división de los poderes, hay que decantarse por la ubicación en sede judicial de los procedimientos penales contra los miembros del gobierno, pues la repercusión lógica de los delitos cometidos por éstos reclama la toma de precauciones especiales, y lo lógico sería adoptarlas dentro de la esfera judicial y no en instancias previas de carácter político.<sup>55</sup>

#### A. *Procedimiento*

Normalmente la averiguación de los indicios de criminalidad contra un miembro del Ejecutivo se da durante un proceso judicial, por ello el procedimiento no suele originarse en el seno del Congreso sino en el de un procedimiento judicial ya en curso. Pero hay que descartar la posibilidad de que el Congreso de Diputados, teniendo conocimientos de determinados hechos —sobre todo tras una comisión de investigación—, pueda tomar la iniciativa de la acusación contra aquel miembro del Ejecutivo. Una vez aprobada dicha iniciativa, será enviada a la Sala de lo Penal del TS.

El Reglamento del Congreso, al desarrollar el artículo 102.2, CE, dispone que la iniciativa de la acusación debe presentarse por escrito y firmada por un número de diputados igual al menos a la cuarta parte de los miembros de la Cámara de Diputados. En todo caso, corresponde a la Mesa de la Cámara su calificación y admisión, así como establecer quién deberá examinar si los hechos denunciados son subsumibles en alguno de los delitos que dan lugar a la especialidad procedural. Si el escrito fuera admitido, el presidente deberá convocar una sesión secreta para debatirlo y votarlo, en la que el afectado puede hacer uso de la palabra en el momento que considere oportuno. En caso de aprobación de la iniciativa por una mayoría absoluta del Congreso, su presidente lo comunicará al TS para que éste actúe con arreglo al artículo 102.1, CE, en caso contrario la iniciativa será considerada rechazada (artículo 169, RDC).

<sup>55</sup> *Ibidem*, pp. 78 y 79.

Al igual que hemos mencionado cuando hicimos el análisis del pedido de suplicatorio para el procesamiento por delitos comunes de los miembros del gobierno que sean parlamentarios (artículo 102.1, CE), se admite en este caso la posibilidad del recurso de amparo ante una decisión denegatoria del Congreso. Se admite, entonces, la misma interpretación de la famosa sentencia del constitucional 90/1985, de 22 de julio. Es decir, la única interpretación posible es la favorable a la admisión del recurso ante la decisión del Congreso, en la medida en que la denegación de la iniciativa también puede vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1, CE). No se puede negar esta posibilidad porque cualquier acto jurídico parlamentario con relevancia jurídica externa queda sujeto no sólo a las normas de procedimiento que en su caso establezca la Constitución, sino también al conjunto de normas materiales contenidas en la misma.<sup>56</sup> Ahora bien, sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional pueda controlar la decisión de las Cámaras, en cualquier caso al TC le está prohibido revisar la valoración política de la iniciativa acusatoria de la Cámara, ya que ésta es una función privativa de la Cámara de Diputados, mientras que el área de actuación del constitucional es la valoración de los aspectos jurídicos de la cuestión.

### B. *Colisión con la inmunidad parlamentaria*

En el análisis del artículo 102.1, CE, ya hemos visto que la Constitución estableció un fuero procesal especial para todos los miembros del gobierno ante el TS, después hemos estudiado la relación entre ese fuero especial y el privilegio de la inmunidad parlamentaria, la cual exige el pedido de autorización de la Cámara para el procesamiento de los parlamentarios. Ahora estamos ante otra prerrogativa que el legislador constituyente ofrece a los integrantes del gobierno, que es en último análisis la necesidad de una condición de procedibilidad especial para procesar a los miembros del Ejecutivo por determinados crímenes. Aquí el problema que se nos presenta es el de la compatibilidad entre la condición de procedibilidad del apartado segundo del artículo 102, CE, y la exigencia del suplicatorio para los miembros del gobierno que sean parlamentarios.

<sup>56</sup> Gómez Aspe, Susana, *op. cit.*, nota 20, p. 348.

En principio dicho precepto va más allá de la prerrogativa del suplicatorio pues establece que la iniciativa de la acusación para determinados delitos sólo puede ser planteada por al menos la cuarta parte de los miembros del Congreso y debe contar con la aprobación de su mayoría absoluta (artículo 102.2, CE). Además establece otra diferencia entre el suplicatorio y la exigencia de la previa acusación, la de que no sea necesaria una petición del órgano judicial para proceder contra el parlamentario, al admitir que la iniciativa de acusación puede partir directamente del Congreso sin el pedido previo del TS, mientras que en el suplicatorio el único facultado para solicitar la autorización para inculpar al miembro del gobierno parlamentario es el Tribunal Supremo.

Por ello es importante introducir en este debate el procedimiento que se debe aplicar cuando se sobreponen las garantías del suplicatorio y la iniciativa de acusación de la Cámara de Diputados, especialmente porque tanto diputados como senadores disfrutan de ambas prerrogativas. Sin embargo, cada uno requiere un tipo de procedimiento debido a que la iniciativa de la acusación sólo le está permitida a la Cámara Baja, mientras que la Cámara Alta ha quedado completamente excluida del procedimiento decisorio del artículo 102.2, CE, quizás como consecuencia de su posición de inferioridad en el ordenamiento jurídico constitucional español.

#### a. Miembro del gobierno diputado

Dos son los argumentos esgrimidos para sostener que la solución más correcta al problema de las interferencias entre el suplicatorio y la iniciativa del 102.2, CE, es interpretarlo como la acumulación de los dos procedimientos. En primer lugar porque el fundamento de cada uno de los requisitos es independiente y diferente. Con el suplicatorio se intenta proteger la función parlamentaria, mientras que con la iniciativa del 102.2, CE, lo que pretende preservar es la función de gobierno. También se quiere extremar las cautelas procesales en razón de la gravedad de los delitos imputados a las personas con funciones en la cúspide del gobierno y evitar la proliferación de querellas de escaso fundamento jurídico susceptibles de utilización partidista, dada la gran carga política de este tipo de delitos.<sup>57</sup> Además, la naturaleza de los actos es también distinta, mientras que a juicio de sus

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 356.

defensores el pronunciamiento exigido por el 102.2, CE, es condición de procedibilidad, el suplicatorio es un requisito para la inculpación o procesamiento del parlamentario, lo que presupone que el Tribunal solicitante encontró con anterioridad basamento para inculpar o procesar.

Para Gómez Aspe parece ser acertada la interpretación esgrimida por el profesor Luis M. Díez Picazo según la cual hay una absorción de la autorización del suplicatorio por la iniciativa del artículo 102.2, CE.<sup>58</sup> Por esta tesis se considera que la Cámara no puede limitarse a una actitud pasiva, sino que debe actuar por iniciativa propia y sería mejor que fuera por una mayoría cualificada que por la mayoría simple del 71.2, CE. Díez-Picazo rechaza el argumento basado en la distinta naturaleza jurídica del suplicatorio y la iniciativa del 102.2, CE, y cree en la sinrazón de un doble pronunciamiento sobre el mismo tema.

En definitiva, parece más razonable que la concesión del suplicatorio quede subsumida en la iniciativa parlamentaria del 102.2, CE, en tanto se carezca de una previsión más minuciosa por parte del Reglamento del Congreso sobre este tema.

#### *b. Miembro del gobierno senador*

Si el miembro del gobierno presuntamente implicado en un delito de traición o contra la seguridad del Estado fuera senador, la iniciativa para plantear la acusación prevista en el 102.2, CE, sigue siendo de la Cámara Baja, no del Senado, ya que el órgano exclusivamente responsable para proceder a la iniciativa de acusación contenida en el 102.2, CE, es la Cámara de Diputados. El problema aquí aparece porque, en el supuesto de los delitos descritos en el 102.2, CE, la Cámara de Diputados tiene la exclusividad para iniciar la acusación, mientras que sigue siendo el Senado el único órgano capaz de autorizar el procesamiento de uno de sus miembros.

Evidentemente si el Senado se pronuncia a favor de la concesión del suplicatorio no se plantea ningún problema. Sin embargo, puede haber un conflicto en el caso de que la posición de ambas Cámaras sea divergente, es decir, si la Cámara de Diputados resuelve iniciar la acusación y acto seguido el Senado rechaza la petición del Supremo para procesar al senador.

La falta de previsión reglamentaria para resolver el supuesto de conflicto entre las dos Cámaras parlamentarias conduce a una gran confusión. Por

<sup>58</sup> Gómez Aspe, Susana, *op. cit.*, nota 20, p. 349.

ello la solución más acertada es admitir que el artículo 102.2, CE es ley especial con respecto al 71.2, CE. De acuerdo con esta hipótesis, el artículo 102.2, CE no contempla una autorización para proceder, sino una genuina reserva de iniciativa específica para los delitos ministeriales,<sup>59</sup> de modo que la iniciativa del 102.2, CE, puede absolver la exigencia del suplicatorio. Ahora bien, el propio defensor de esta solución (el profesor Díez-Picazo) reconoce el problema que plantea porque resulta en una ruptura del principio del bicameralismo establecido en el ordenamiento jurídico español, aunque sigue defendiéndola con el argumento de se trata de un caso excepcional impuesto por la propia Constitución.

### *3. El ámbito temporal de la aplicación del aforamiento en el apartado segundo del artículo 102, CE*

La aplicabilidad temporal del aforamiento en el apartado segundo difiere mucho de la del primero. Mientras que en el caso del apartado primero defendíamos la tesis de que el aforamiento se circunscribe al periodo de permanencia del aforado en el cargo (*supra* apartado 3.2), ahora la tesis más aceptable es la de que para la exigencia de una valoración política previa es irrelevante que los sujetos a los que se pretenden imputar las conductas delictivas hayan dejado de ostentar la condición de miembros del gobierno.<sup>60</sup>

La expresión “*en el ejercicio de sus funciones*” es la clave determinante para llegar al núcleo de la interpretación sobre el ámbito temporal de aplicación del aforamiento, puesto que las funciones gubernamentales no están sometidas a caducidad. Esto quiere decir que cesan las personas que integran los órganos pero no cesan los órganos en sí, ni las actuaciones que como tales ejercieron sus titulares. Tanto es así que los actos realizados por los órganos, a través de sus miembros, no perderán su validez al cambiar las personas que los dirigen. Por ello, lo que se pretende aquí no es proteger el cargo en cuanto tal, sino la específica salvaguardia de las funciones gubernativas y ministeriales.

Este argumento se sustenta en la noción de que después de que la persona haya cesado en el cargo, se debe mantener la aplicabilidad de la espe-

<sup>59</sup> Díez Picazo, Luis María, *op. cit.*, nota 6, p. 24.

<sup>60</sup> García Mahamut, Rosario, *op. cit.*, nota 21, p. 251.

cialidad del fuero procesal. Esto se justifica porque, a pesar de que el fundamento de la especialidad del fuero procesal está ligado a la garantía del ejercicio de las funciones de un cargo constitucionalmente relevante, la Constitución ha querido proteger la libertad, la autonomía y la independencia de los órganos constitucionales.<sup>61</sup>

Por otro lado, la carga política de los delitos ministeriales parece tener entidad suficiente para justificar la aplicabilidad de la especialidad procesamental incluso después de perdida la condición de miembro del Ejecutivo. En efecto, la trascendencia delictiva no desaparece con el cese del presidente del gobierno o del ministro, por lo que parece lógico que la Cámara tenga que pronunciarse con la iniciativa de acusación aun después del cese de la persona en el cargo. De lo contrario, si alguien hubiera pensado en intentar una querella insidiosa contra un miembro del Ejecutivo y no estuviera seguro de lograr su aprobación, esperaría al cese de la persona de su cargo para poder proceder sin necesidad de superar este obstáculo procesal, quedando sin fuerza la aplicación del artículo 102.2, CE.

Lo cierto es que, valiéndose de uno u otro argumento, el apartado segundo del artículo 102, CE, no deja duda de que difiere del primero con respecto a la vigencia del aforamiento del presidente del gobierno o ministro. Resulta evidente que la vigencia temporal del aforamiento va más allá del periodo de permanencia del miembro del gobierno en el cargo. Ahora bien, esto no quiere decir que esta solución constitucional deje en una situación privilegiada a los miembros del Ejecutivo, pues aunque se trata aquí de la valoración por un órgano político de las conductas de determinadas personas, estos comportamientos denominados políticos, de una forma o de otra son también tipos penales.

#### *4. La referencia constitucional a los delitos de traición o contra la seguridad del Estado*

El apartado segundo del artículo 102 de la Constitución hace referencia a dos categorías de delitos, la traición y los delitos contra la seguridad del Estado, lo que obliga al intérprete a hacer uso de la legislación penal para saber hasta dónde quiso llegar el constituyente al utilizar estos conceptos delictivos indeterminados.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 255.

Es sabido que en el momento de la promulgación de la Constitución estaba en vigor el Código Penal de 1973. Al leer dicho Código se observa la dificultad para determinar a qué delitos se quiso referir el constituyente con la desafortunada redacción del artículo 102.2, CE. En efecto, no se puede hablar de un sólo delito de traición en el CP de 1973, al contrario, el supuesto de traición constituye todo el Capítulo primero del Título primero del Libro II, dedicado a los delitos contra la seguridad exterior del Estado.<sup>62</sup> Como si ello no bastase, el legislador del vigente Código Penal de 1995 tampoco solucionó con claridad meridiana qué supuestos delictivos se encuadran en la fórmula constitucional de la traición. Agrupó en los artículos 581 a 604 CP (Capítulos I, II y III del Título XXIII: “Delitos de traición y contra la paz o la independencia de Estado, y relativos a la defensa nacional”) las conductas típicas que abarcan esta materia. En todo caso, un mejor acercamiento a la situación es admitir que tradicionalmente se ha entendido la traición como toda suerte de acciones que atacan la independencia del Estado, y más precisamente aquellas que se cometan contra la denominada seguridad exterior del Estado.<sup>63</sup> Es decir, actualmente se entiende traición como aquellos delitos que afectan a un bien colectivo de la máxima importancia, cual sea el mantenimiento del Estado frente a las agresiones extranjeras.<sup>64</sup>

Una confusión aun mayor resulta en el caso de la segunda categoría delictiva, pues la interpretación de la expresión constitucional “cualquier delito contra la seguridad del Estado” resulta aun más difícil ya que tropieza con un problema de orden teórico cuando utiliza la vaga locución “seguridad del Estado”. El constituyente no la emplea con el fin de remitirse al Código, sino como una trascipción mecánica de una categoría utili-

<sup>62</sup> El Capítulo primero recogía los delitos de traición comprendidos en los artículos 120, 121, 122, 122 bis, 123 y 124 del Código Penal de 1973. El Título I también contenía el Capítulo II (“Delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado”), el Capítulo II bis (“De los delitos relativos a la defensa nacional”), el Capítulo III (“Delitos contra el derecho de gentes”) y el Capítulo IV (“Delitos de piratería”).

<sup>63</sup> Cobo del Rosal, Manuel y Quintanar Díez, Manuel, “De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional” en Del Rosal, Manuel (dir.), *Compendio de derecho penal español: parte especial*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 1061.

<sup>64</sup> Prats Canut, Josep Miguel, “Delitos de Traición”, en Quintero Olivares, Gonzalo y Morales Prats, Fermín (coords.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2a. ed., Madrid, Aranzadi, 2001, p. 2325.

zada por la Constitución francesa<sup>65</sup> que cuenta con cierto arraigo en el ordenamiento jurídico español,<sup>66</sup> pero que por no se adecuarlse fielmente al contexto de la legislación penal española ha dejado un notable contenido de indeterminación. Basta ver que el Código de 1995 hace desaparecer la expresión seguridad exterior e interior del Estado que venía en el Libro II del Código anterior (Títulos I y II) y recoge los delitos que atentan contra la seguridad del Estado en los apartados correspondientes a los delitos contra la Constitución (Título XXI, incluye comprende los delitos de rebelión, contra la Corona, contra las instituciones del Estado y la división de los poderes, relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y al deber del cumplimiento de la prestación sustitutoria, los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales y los ultrajes a España); los delitos contra el orden público (Título XXII sedición; atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos; resistencia y desobediencia; desórdenes públicos; tenencia, tráfico y depósitos de armas, municiones o explosivos; y delitos de terrorismo); y los delitos contra la comunidad internacional (Título XXIV, delitos contra el derecho de gentes, genocidio y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado). Por ello no es técnicamente razonable estimar que el constituyente quiso referirse a la gran cantidad de supuestos delictivos contra la seguridad interior y exterior del Estado que aparecen en el Título II del Código de 1973, ni tampoco a los delitos de los Títulos XXI, XXII y XXIV del actual. Parece que la redacción del artículo constitucional no debe ser entendida literalmente, sino restringida a una interpretación casuística razonable de la norma. Sería absurdo admitir criterios uniformes con respecto al alcance de los bienes jurídicos contenidos en tales epígrafes del CP, pues si así fuera, delitos como la blasfemia o los desacatos, que aparecían sistemáticamente bajo el epígrafe de los delitos contra la seguridad del Estado en el Código anterior, estarían inseridos en el especial privilegio del artículo 102.2, CE.

<sup>65</sup> Es aplastante la influencia del artículo 68 de la Constitución francesa de 1958 en la elaboración del apartado segundo del artículo 102, CE. En el caso francés el presidente de la República no es responsable de ningún acto realizado en el ejercicio de sus funciones, salvo en caso de traición, aunque hay nuevas interpretaciones doctrinarias que aseguran la protección del mandato conferido al presidente de la república francesa, pero admiten la exigencia de la responsabilidad penal ante la Alta Corte de Justicia (véase González Hernández, Ester, *op. cit.*, nota 22, pp. 318 y ss.).

<sup>66</sup> Obregón García, Antonio, *op. cit.*, nota 23, p. 106.

Con todo, parece que la remisión a las aludidas categorías de delitos es de naturaleza sustancial, de modo que lo decisivo es conocer el contenido material del supuesto delictivo y no el dato sistemático-formal,<sup>67</sup> tampoco se puede perder de vista que esta figuración tiene que ver con la función que ocupan los miembros del gobierno. La propia posición que éstos ostentan y las facultades de las que gozan en el ejercicio de sus funciones pueden abocar a que una determinada acción u omisión vulnere algunos de los bienes jurídicos que la Constitución pretende salvaguardar.<sup>68</sup> Por lo tanto, si queremos saber qué suerte de delitos del Código se encuadran en la fórmula constitucional del apartado segundo del 102, CE, no hay otra solución que buscar el contenido material del hecho delictivo concreto, respetando el principio de tipicidad de los delitos y de sus penas (principio éste vinculado al de legalidad, por lo que su efectividad requiere no sólo que los delitos y penas se hallen previstos por ley anterior, sino también que tal ley determine con suficiente precisión los contornos y límites de los hechos punibles y sus penas).<sup>69</sup> No vale aquí la alusión simple al *nomen iuris* de la conducta delictiva sino que se debe considerar la vulneración del bien jurídico que la Constitución quiso proteger, aunque la heterogeneidad de los delitos se hace notable, también en los supuestos incluidos en un mismo capítulo. En primer término se deben buscar los bienes jurídicos que quiso tratar la norma fundamental, para después poder identificar cuándo, por el resultado de una determinada acción u omisión, el miembro del gobierno ha incurrido en un hecho antijurídico y culpable. En definitiva, se debe apreciar si, en el ejercicio de las funciones del gobierno hubo una acción o omisión del titular del órgano constitucional que pueda constituir delito de traición o contra la seguridad del Estado.

Por último, se constata que la falta de claridad en la delimitación del ámbito a que se refiere el artículo 102.2, CE, compaginada con la caótica sistematización del Código Penal respecto a lo que puede entenderse por traición, en primer lugar, y delito contra la seguridad del Estado, en segundo, al igual que la falta de legislación específica sobre la materia, obligará a descender de lo general a lo particular, es decir, a realizar una interpretación de la naturaleza del delito imputado caso por caso. Por lo tanto, co-

<sup>67</sup> Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *op. cit.*, nota 52, p. 377.

<sup>68</sup> García Mahamut, Rosario, *op. cit.*, nota 21, pp. 211 y 212.

<sup>69</sup> Mir Puig, Santiago, *Derecho penal: parte general*, 3a. ed., Barcelona, PPU, 1995, p. 127.

rresponde a la mesa del Congreso (artículo 1.1 del RDC) decidir sobre la admisibilidad del escrito en que se plantee la iniciativa de acusación, por lo que se debe examinar, valorando el hecho concreto, si éste podría provocar la puesta en marcha la especialidad del artículo 102.2, CE.

### A. *Bien jurídico protegido*

Para determinar los bienes jurídicos que se pretende proteger con la referencia del artículo 102.2, CE a la traición y la seguridad del Estado, hay que contemplar el Estado bajo un doble aspecto: en su relación con otros Estados y en su organización interna. Queda claro así que la traición hace referencia a los delitos contra la seguridad exterior del Estado, mientras que al hablar de delitos contra la seguridad del Estado, nos referimos a la seguridad interior del Estado. De este modo están separadas las distintas naturalezas de las infracciones: las que atentan contra la nación y las que atentan contra el poder. Estos son los dos presupuestos para llegar a delimitar los bienes jurídicos que se quiso proteger.

Tradicionalmente el nombre traición se aplicaba a las conductas de ruptura de la fidelidad del ciudadano respecto al Estado cuando éste se encontraba en guerra con otro Estado.<sup>70</sup> Las primeras regulaciones del delito de traición como un delito autónomo se llevan a cabo en el Código Penal de 1848, en el que el legislador penal separa por primera vez los conceptos de seguridad exterior e interior del Estado, clasificando la traición entre los primeros supuestos. Fue en esta época cuando se acuñó el concepto de traición como derivado de la idea de deslealtad contra la patria. En otros términos, ya en este periodo, para que los miembros del Ejecutivo pudiesen cometer el delito de traición, debía existir un daño a la seguridad interior del Estado español.

Tampoco ha sido fácil buscar un bien jurídico común para todos los delitos de traición en los distintos códigos penales españoles, de modo que la delimitación más aproximada del bien jurídico de los denominados delitos de traición puede llevar a la conclusión de que se ha intentado proteger la unidad, la paz o la independencia del Estado. Actualmente se entiende como traición toda suerte de acciones que se cometan contra la denomina-

<sup>70</sup> Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, nota 72, p. 736.

da seguridad exterior del Estado, siempre y cuando haya un ataque objetivo a este bien jurídico.

En cambio, en el caso del término seguridad del Estado, podemos estar hablando no de un solo bien jurídico, sino de bienes jurídicos distintos, de modo que el constituyente quiso proteger valores que están comprendidos en el concepto de orden constitucional. Esto es, son los principios que sustentan el modo de ser del Estado y su objetivo primordial es el de garantizar la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político, así como asegurar la convivencia democrática. El bien jurídico o bienes jurídicos contenidos en el término seguridad del Estado serán ofendidos por el presidente de gobierno o sus ministros cuando sus acciones tuvieran la finalidad de menoscabar los principios básicos del orden constitucional. Esto ocurre en la práctica, por ejemplo, con el ataque al principio de separación de los poderes —pilar del sistema democrático—, el ataque al principio democrático, las acciones que pretendan sustituir la forma de gobierno y las que atenten contra el modelo territorial español. En estos supuestos estaríamos ante delitos políticos que tienen como núcleo la subversión del régimen constitucional del Estado democrático. Ahora bien, estas acciones sólo podrán ser consideradas delitos contra la seguridad del Estado cuando constituyan una agresión contra el orden constitucional, es decir, exigen el uso de la fuerza o bien un uso *ab normen* de la Constitución para la consecución de sus fines.<sup>71</sup>

El bien jurídico que, con la locución “seguridad del Estado”, tutela el constituyente en el artículo 102.2, CE es el propio orden constitucional, el cual en otros ordenamientos jurídicos penales aparece tipificado bajo el epígrafe de delitos contra la Constitución.

En todo caso, si la previsión constitucional hubiera empleado una denominación más clara y más nítida del bien jurídico protegido en los delitos en los que se basa la especialidad procedural del artículo 102.2, CE, habría sido más fácil conocer su alcance con arreglo a los delitos que afectan a la seguridad interior y exterior del Estado. Sin embargo, no hay más remedio que proceder a una interpretación caso por caso para saber cuáles son los delitos que están incorporados en los Títulos XXI a XXIV del Código Penal de 1995 susceptibles de provocar la puesta en marcha de la especialidad del artículo 102.2, CE.

<sup>71</sup> García Mahamut, Rosario, *op. cit.*, nota 21, p. 228.

B. *El Código penal de 1995*

a. Supuestos de traición subsumibles al artículo 102.2, CE

Como hemos dicho no hay un único delito de traición tipificado por el Código Penal, por lo cual quedarán bajo cobertura de la dicción del artículo 102.2, CE, aquellos delitos, dentro de la mencionada categoría, que menoscaben el bien jurídico paz o independencia del Estado. Por ello, algunos de los tipos contenidos en el Capítulo I y siguientes del Título XXIII del Código Penal de 1995 no tienen ninguna relación con el bien jurídico traición al que el legislador constitucional hizo referencia en el artículo 102.2, CE.<sup>72</sup> Para adecuar la literalidad del precepto constitucional al régimen del Código Penal es preciso entender como traición el atentado contra la integridad territorial y la independencia política del Estado, cometido mediante el uso de la fuerza o cualquier otro medio.

La lectura del Código Penal de 1973 hacía difícil concretar las conductas criminales que suponían la traición del 102.2, CE. Tal texto penal constaba de cinco tipos autónomos de delitos de traición: actos de incitación de guerra contra España, actos de colaboración con el enemigo, facilitación al enemigo de la entrada en la nación, actos de quebramiento de la defensa nacional y ultrajes a la nación. Algunos de estos delitos —contenidos en el capítulo de los delitos de traición— no vulneraban el bien jurídico identificado como paz o independencia del Estado, de ahí que quedasen fuera de la iniciativa de acusación del 102.2, CE. Para Ester González Hernández, en el caso del anterior Código Penal, se deben considerar incluidos en los tipos punitivos relativos al bien jurídico de traición que se adecua al precepto constitucional, la inducción a la guerra (artículo 120, CP-73), el favorecimiento del enemigo (artículos 121 y 122, CP-73) y el espionaje (artículo 122 bis, CP-73).<sup>73</sup> Además, también se podía considerar que eran susceptibles de poner en marcha la iniciativa de acusación de la Cámara de Diputados los tipos delictivos de inteligencia con el enemigo (artículo 129,

<sup>72</sup> Se hace difícil reconducir todos los delitos del Título XXIII a un denominador o bien jurídico común, una vez que en el Código Penal de 1995 se ha superado la rúbrica de delitos contra la seguridad exterior del Estado, bajo la que se agrupaban en el código penal anterior. (Véase Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 11a. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 135).

<sup>73</sup> González Hernández, Ester, *op. cit.*, nota 22, p. 390.

CP-73), recluta ilegal (artículo 133, CP-73) y correspondencia con el enemigo (artículo 134, CP-73), ya que al ser cometidos por un miembro del gobierno también atentaban contra la seguridad del Estado español. Completaba la serie de ilícitos subsumibles al especial procedimiento constitucional por iniciativa de la Cámara de Diputados, los delitos de descubrimiento y revelación de información relativa a la defensa nacional (artículos 135 bis a y 135 bis d, CP-73), en el caso de que la finalidad del que revela esta información fuese la de ayudar a la potencia extranjera.

Actualmente, las dificultades teóricas para determinar un bien jurídico común para todos los delitos de traición todavía persisten, pero los supuestos que pueden provocar la iniciativa de acusación de la Cámara de Diputados por delitos de traición son los que se encuentran en los Capítulos I, II y II del Título XXIII del Código Penal de 1995. Sin duda el texto penal en vigor ha avanzado con respecto al anterior, especialmente al suprimir de las categorías de traición los delitos de ultraje a la nación.

De la diversidad de figuras recogidas en el capítulo primero, los tipos penales de inducción a la guerra (artículo 581, CP); apoyo y colaboración con el enemigo (artículos 582 y 583, CP); obtención, inutilización, revelación o falseamiento de información legalmente calificada, espionaje (artículo 584, CP); traición contra una potencia aliada (artículo 587, CP) y declaración de guerra por miembro del gobierno español con infracción de los preceptos constitucionales (artículo 588), son los que protegen el bien jurídico paz y independencia del Estado y pueden en consecuencia comportar la especialidad del artículo 102.2, CE. No obstante, el delito de obtención, inutilización o falseamiento de información legalmente calificada (artículo 584) requiere que la conducta típica sea susceptible de perjudicar la defensa nacional, es decir, que debe tener entidad suficiente para crear una potencialidad lesiva, constitutiva por sí sola de un peligro concreto para el bien jurídico.<sup>74</sup> Por su parte, el supuesto de traición contra una potencia aliada prevé la lesión indirecta del bien jurídico, pues perjudicar los intereses militares de un país aliado contra un enemigo común —en caso de conflicto armado—, supone afectar también a los intereses de España.

<sup>74</sup> Para que se pudieran considerar espionaje las conductas descritas en el artículo 584, CP, sería necesario que se actuara al servicio de, o de acuerdo con, una potencia extranjera, asociación o organización internacional (véase Serrano Gómez, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 7a. ed., Madrid, Dykinson, 2002, p. 1023).

El delito de declaración de guerra o firma de la paz sin respetar los cauces constitucionales también puede atentar contra la paz y la independencia del Estado, aunque más que un delito de traición se trata de un delito contra la Constitución que, por su trascendencia para la vida del propio Estado, se eleva a la categoría de traición.<sup>75</sup>

En definitiva, los comportamientos tipificados en el Capítulo I del Título XXIII anteriormente citados, cuando son practicados por un miembro del gobierno poseen entidad suficiente para atentar contra la independencia del Estado. Se trata de delitos de traición en sí, o de formas indirectas de traición, lo cual parece ofrecer motivos suficientes para iniciar la acusación contra el presidente o ministro en la sede parlamentaria.

En el Capítulo II se describe una serie de conductas que, dependiendo de las circunstancias y del objeto sobre las que recaigan, puede llegar a revestir gran trascendencia para la especialidad procedural que estudiamos. Este capítulo se diferencia del primero en dos aspectos: por un lado, porque sus modalidades delictivas sólo se perfeccionan en tiempo de paz, en tanto que para los tipos principales de traición se requiere una situación de conflicto bélico, declarado o no; por otro, porque en el presente capítulo el sujeto activo es genérico, mientras que en los delitos de traición del Capítulo I el sujeto activo debe ser un nacional español.<sup>76</sup> También los delitos de provocación de declaración de guerra o de exposición de ciudadanos españoles al sufrimiento de vejaciones o represalias (artículo 590, CP) y el de mantener correspondencia con país enemigo (artículo 596, CP) podrían constituir supuestos de iniciativa acusatoria del Congreso, aunque en este último caso sea necesario que se dé la situación típica de estar en tiempos de guerra y el elemento subjetivo del tipo finalidad de poner en peligro la paz, seguridad e independencia del Estado. Los demás delitos de este capítulo, aunque en líneas generales protegen la paz e independencia del Estado, salvaguardan de manera específica otros bienes jurídicos.

En los delitos relativos a la defensa nacional del Capítulo III, sólo interesa para el estudio de la especialidad procedural del artículo 102.2,

<sup>75</sup> Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, nota 72, p. 740.

<sup>76</sup> Cobo del Rosal, Manuel y Quintanar Díez, Manuel, “Delitos de traición, contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional (II)”, en Cobo del Rosal, Manuel, *Compendio de derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 1076.

CE, la sección que trata del descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional, pues en el caso de los delitos contra la prestación del servicio militar dicho precepto constitucional no tiene aplicación. Asimismo, no todas las revelaciones de secreto de información legalmente calificada tienen importancia suficiente para requerir la especialidad procedural del artículo 102.2, CE. Sólo será procedente la iniciativa de acusación por el Congreso cuando el objeto material sobre el que recaiga la conducta típica tenga clara relación con el bien jurídico seguridad o defensa nacional.

*b. Supuestos de delitos contra la seguridad interior del Estado subsumibles al artículo 102.2, CE*

Tras la entrada en vigor del Código de 1995 no se puede acudir a éste para buscar el catálogo de delitos contra la seguridad interior del Estado definidos como tales con vistas a la aplicación del artículo 102.2, CE, pues como ya fue dicho, este epígrafe desaparece, por lo que es necesario hacer una interpretación casuística. No se puede adoptar sin más la ley penal vigente, sino que ésta sólo se puede aplicar en aquellos delitos que contrarién la seguridad política interior del Estado. En caso contrario, se debe acudir al mecanismo general del apartado primero.

La denominación “Delitos contra la seguridad interior del Estado” del Título II del Código Penal de 1973 era demasiado vaga para servir de base común a todos los delitos contra la seguridad interna del Estado, pues no todos ellos podrían incluirse en la especialidad procedural del artículo 102.2, CE. Ahora bien, dicho título recogía los “Delitos contra la Constitución” en los que se incluían los “Delitos contra el Jefe del Estado, su sucesor, altos organismos de la nación y forma de gobierno” (Capítulo I) y los “Delitos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por la ley” (Capítulo II), que sí se podrían encajar en los delitos subsumibles al artículo 102.2, CE.

El Código Penal de 1995, en su Título XXI, rescata la denominación de la legislación criminal española anterior al Código de 1973 a través de la rúbrica “Delitos contra la Constitución”. Se corresponden con la seguridad interior del Estado los nuevos “Delitos contra la Constitución” del Título XXI del Libro II que se refiere a los delitos de rebelión (Capítulo I), los delitos contra la Corona (Capítulo II), los delitos contra las instituciones del Estado y la división de los poderes (Capítulo III), los delitos relati-

vos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y al deber del cumplimiento de la prestación sustitutoria (Capítulo IV), los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales (Capítulo V) y los delitos de ultrajes a España (Capítulo VI).

En los tres primeros capítulos de este título se integran la mayor parte de los delitos cometidos contra la seguridad interior del Estado. La rebelión (472, CP) y la sedición (544, CP), aunque esta última se encuentra fuera de este título —en el capítulo I de los “Delitos contra el orden público”(Título XXII)—, son los atentados más importantes al orden constitucional dentro de los delitos contra la seguridad interior del Estado.

La rebelión es el más grave y genuino delito político, cuya principal característica es la de constituir un atentado a las bases del propio sistema constitucional y quien la comete tiene por finalidad agredir la seguridad del Estado. Quizás por ello el legislador penal de 1995 empezó el apartado de los delitos contra la Constitución con el de rebelión Al mismo tiempo la rebelión supone un atentado a la paz pública, lo que permite establecer una gran similitud de ésta con el delito de sedición.

La sedición es considerada en cierto modo como una rebelión en pequeño y constituye también un alzamiento público que atenta contra la seguridad interior del Estado. Así, el bien jurídico que protege es la vigencia de los principios constitucionales que están insertos en el orden público. De hecho, el Código de 1944 la incluía entre los delitos contra la Constitución, lo que ratifica su actual inclusión como delito de terrorismo. Cada uno de estos tipos delictivos tiene su tipicidad y finalidades propias: mientras que la rebelión tiende a atacar el normal desarrollo de las funciones primarias de gobernar y legislar, la sedición ataca las secundarias, las de administrar y juzgar.

En el Capítulo II el bien jurídico que se protege es la Corona a través de las personas que la integran (el rey, o cualquiera de sus ascendentes o descendientes, la reina consorte o el consorte de la reina, el regente o algún miembro de la regencia, o el príncipe heredero), sin embargo, los ataques contra la vida, la salud o la libertad de sus miembros son amenazas para la seguridad estatal. Las personas que componen la Corona encarnan al Estado español, por ello el Código Penal les ofreció una protección extraordinaria que merece la especialidad del artículo 102.2, CE. Aquí el bien jurídico no es el Jefe del Estado como persona física, sino como titular del poder estatal y sólo su especial función explica la protección que se le dedica en relación con determinados bienes jurídicos.

Ya en el Capítulo III que protege penalmente a los órganos e instituciones del Estado, la única conducta que reviste especial gravedad y amenaza la seguridad del Estado es la de impedir que las Cortes Generales se reúnan para nombrar la Regencia o el tutor del titular menor de edad (artículo 492, CP). Los demás tipos de delitos contra las instituciones del Estado no merecerían consideración suficiente para poner en marcha la especialidad del artículo 102.2, CE.

A pesar del alto rango constitucional del bien protegido en los tres capítulos finales del Título XXI, dentro del epígrafe de los delitos contra la Constitución, no es posible admitir su enjuiciamiento con la previa iniciativa del parlamento conforme dicta el artículo 102.2, CE. El capítulo IV “De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas” se refiere a tipos penales excesivamente abiertos (por ejemplo, los artículos 510 y 511, CP), en los que ni siquiera queda claro cuál sea el bien jurídico protegido y que tienen como características comunes proteger derechos y libertades fundamentales. El Capítulo V “De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos” no tiene relación con el bien jurídico del capítulo primero, pues protege los bienes libertad religiosa, ideológica y de culto de un individuo o de las comunidades, garantizados por el artículo 16.1, CE. Todavía más alejado del especial procedimiento del artículo 102.2, CE, queda el capítulo IV “De los delitos cometidos por funcionarios públicos contra las garantías constitucionales”, que protege bienes jurídicos muy diversos como el buen funcionamiento de la administración de justicia (artículo 529, CP), la libertad de locomoción (artículo 530) o el derecho a la intimidad personal frente al poder político (artículo 536, CP), los cuales son completamente ajenos a la idea de seguridad interior del Estado.

## VI. LA EXCLUSIÓN DE LA PRERROGATIVA DE GRACIA (ARTÍCULO 102.3, CE)

El apartado tercero prohíbe de forma categórica la aplicación de la prerrogativa real de gracia en todos los supuestos comprendidos en el artículo 102, CE. Se trata de una norma constitucional que excluye la posibilidad de que un miembro del Ejecutivo que haya cometido cualquier ilícito del que derive una responsabilidad criminal impuesta por sentencia firme, pueda gozar de la prerrogativa real de gracia.

Este precepto no tiene raigambre en la tradición constitucional europea, sino que su influjo proviene más bien del instituto angloamericano del

*impeachment* que lleva aparejada la prohibición de la gracia. Tanto es así que se considera que tiene su antecedente en el artículo 73.6 de la Constitución de 1869, tenido como el texto constitucional español más influenciado por el estadounidense.

El derecho de gracia consiste en la exculpación por la cual el Estado, titular del *ius puniendi*, exime a un condenado del cumplimiento de la pena por un delito, impuesta en virtud de una sentencia penal firme, o renuncia a su imposición.<sup>77</sup> Según el artículo 62. i), CE, esta prerrogativa corresponde al rey, aunque en realidad son actos regios sólo desde el punto de vista formal, pues se tramitan y decretan discrecionalmente por el propio gobierno. En todo caso, estos actos no deben ser meramente discretionales, sino que siempre deben estar fundamentados en consideraciones de política criminal. Para que la medida de gracia pueda ser ejercida debe obedecer a determinados requisitos: requiere una regulación legal y siempre debe estar presente la voluntad del gobierno, además requiere también el refrendo ministerial,<sup>78</sup> como todos los actos regios (salvo la libre disposición del presupuesto que el rey recibe el del Estado para el sostenimiento de su familia y casa y el nombramiento y relieve de los miembros de la misma, artículo 65, CE). Por otro lado, sólo están permitidos indultos personales, pues la Constitución desautoriza el uso de indultos o amnistías de carácter general, además prohíbe que las medidas de gracia puedan ser materia de iniciativa popular (artículo 87.3, CE).

En el estudio del apartado tercero del artículo 102, CE, es necesario aclarar previamente la carencia de exactitud que existe en la expresión “gracia” recogida por la norma fundamental. Con este término el legislador constitucional no quiso referirse a su acepción amplia, que abarca las medidas de gracia en general (indultos generales, indultos particulares y amnistías), sino que la emplea en su sentido restringido, equivalente solamente al indulto particular. Los indultos generales están excluidos a partir de la propia dicción de la Constitución, que afirma que la ley “...no puede autorizar *indultos generales*” (artículo 62. i), CE). En cuanto a la amnistía, se acepta también su exclusión porque su fundamento se relaciona con el establecimiento de la paz y la estabilidad, por lo que no se acomoda con la responsabilidad penal de los gobernantes. En todo caso, si los indultos

<sup>77</sup> Esteban, Jorge de y González-Trevijano, Pedro J., *op. cit.*, nota 11, p. 130.

<sup>78</sup> García Mahamut, Rosario, *op. cit.*, nota 21, p. 260.

generales están constitucionalmente prohibidos, con mayor razón debe entenderse prohibida la amnistía, ya que no tendría ningún sentido prohibir lo menos —indultos generales— y permitir lo más —amnistía—. Por todo ello no cabe duda de que el término gracia en el artículo 102.3, CE queda reducido solamente al denominado indulto particular.

Con la exclusión de la aplicación de la prerrogativa de gracia para todos los supuestos del artículo 102, CE, el constituyente hizo referencia no sólo a la responsabilidad criminal derivada de los delitos de traición o contra la seguridad del Estado, sino también a cualquier otro delito. En efecto, según García Mahamut, la expresión “...de los supuestos del presente artículo” (artículo 102.3, CE) invitaría en un principio a interpretar que sólo pueden adquirir la condición de *supuesto* las referencias concretas a los delitos de traición o contra la seguridad del Estado, ya que el apartado primero no hace referencia a ilícitos de los que se derive responsabilidad criminal y de los que, por tanto, deba conocer la Sala Segunda del TS.<sup>79</sup> Sin embargo, la responsabilidad criminal de los miembros del gobierno que debe exigirse ante la Sala Segunda del TS abarca la que deriva de cualquier hecho antijurídico, por lo que en realidad el artículo 102.3, CE, impide el ejercicio de gracia en todos los casos en los que haya una pena impuesta por sentencia firme contra el presidente del gobierno o cualquiera de sus ministros.

En definitiva, el artículo 102.3, CE, realiza una remisión global al precepto constitucional en estudio, por lo cual valora la importancia de ejecutar las sentencias emitidas por los tribunales de justicia fuese cual fuese el delito cometido. Si se admitiese la limitación del indulto sólo para los delitos de traición o contra la seguridad del Estado, una vez restringida la noción jurídico-constitucional de estos delitos quedarían fuera del alcance del supuesto la mayoría de las conductas delictivas tipificadas por Código Penal.

A pesar de la admisión del derecho al indulto en el ordenamiento jurídico español, las críticas con respecto a su continuidad existencial llevan a creer que ya no se justifica su persistencia, pues las circunstancias que en otros tiempos lo justificaron han desaparecido en su mayor parte. En efecto, cuando todos los poderes del Estado estaban en las manos del rey parecía justificable que, por un sentido de clemencia, el soberano renunciara a

<sup>79</sup> García Mahamut, Rosario, *op. cit.*, nota 21, p. 262.

la aplicación del castigo cuando lo creyera oportuno. Sin embargo, desde el momento en que se introduce como base sustentadora de las democracias el principio de la división de los poderes y de la independencia del Poder Judicial, resulta cada vez más difícil justificar que el rey, tras una decisión del Consejo de Ministros y a propuesta del ministerio de Justicia, siga poseyendo la facultad de dejar sin efecto las sentencias de un órgano judicial del Estado. Ello supone situar al gobierno por encima de los órganos del Poder Judicial, lo que introduce fuertes elementos de inseguridad jurídica y de ruptura del principio de igualdad de todos los ciudadanos con respecto a la ley.

En todo caso, para Obregón García y Santaolalla López conviene matizar los reproches a la concesión del indulto, dado que podrá haber casos en que, por el lapso de tiempo u otras circunstancias, sea aconsejable disponer de esta medida de gracia sin que suponga una merma del principio de justicia. Además, se debe tener en cuenta que el indulto debe responder a los fundamentos que lo justifican: por un lado, los sentimientos de piedad; y por otro, la intención de compensar la severidad del derecho con un acto de equidad y de corrección de errores judiciales o de una posible inadecuación de la pena surgida de la aplicación de las reglas de determinación legal de la pena.<sup>80</sup> Por lo tanto, cuando estén presentes estas razones en un caso concreto, aunque se perdiere la dimensión política que reviste la concesión del indulto, según Obregón García no habría razón para excluirlo siempre que la facultad de proposición del mismo sea atribuida a un órgano judicial.<sup>81</sup> Mientras, para Santaolalla López resulta preferible seguir el modelo de la Constitución española de 1869 (artículo 90), o de la belga (artículo 111) y la danesa (artículo 24) de 1953, en cuya virtud los indultos sólo pueden beneficiar a los miembros del gobierno cuando se propongan o aprueben por las Cámaras parlamentarias.<sup>82</sup> En ninguno de estos supuestos resulta fácil aceptar que la libre concesión del indulto, sobre todo cuando beneficia a altos cargos del gobierno, pudiese obedecer a razones de

<sup>80</sup> Algunos argumentan que tan erróneo puede ser que la permisividad de las medidas de gracia se transforme en un privilegio del gobierno, como el establecimiento de una prohibición general al respecto, que es lo que hace el artículo 102.3, CE. Véase Obregón García, Antonio, *op. cit.*, nota 23, pp. 145 y 146 y Santaolalla López, Fernando, “Artículo 102”, en Garrido Falla, Fernando y otros, *Comentarios a la Constitución*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 1593.

<sup>81</sup> Obregón García, Antonio, *op. cit.*, nota 23, p. 147.

<sup>82</sup> Santaolalla López, Fernando, *op. cit.*, p. 1593.

equidad o de justicia.<sup>83</sup> Especialmente si consideramos que la justicia consiste en el cumplimiento de la condena tras un proceso penal con las garantías legales y de igualdad; y que un requisito imprescindible de la misma es la existencia de un tratamiento idéntico de todos ante la ley. En efecto, el indulto es justamente lo contrario ya que comporta un fuerte elemento de arbitrariedad al no haber motivos taxativos que impongan su concesión, de modo que el Consejo de Ministros puede aceptar o desestimar discrecionalmente quiénes pueden ser beneficiarios del indulto sin tener que motivar su decisión.

En definitiva, el verdadero fundamento de la prohibición del indulto contenida en el apartado tercero del artículo 102, CE, es que no es posible eximir a nadie de la aplicación de la ley por razones políticas. De lo contrario, la ley penal perdería todo su efecto como herramienta para la prevención de delitos, pues determinadas categorías de personas sabrían previamente que una sentencia condenatoria no comportaría la consecuencia más importante del delito, el cumplimiento de la pena.

### 1. *Alcance temporal de la prerrogativa real de gracia*

Tras quedar claro que están excluidos de la prerrogativa de gracia el presidente o los ministros que fueran condenados por sentencia firme en los supuestos de los apartados primero y segundo del artículo 102, CE, el interrogante que pasaremos a enfrentar es si esta misma afirmación es válida en el caso de aquellos miembros del Ejecutivo que ya dejaron el cargo. Es decir, si una vez que el ministro o presidente abandone el cargo sigue vigente la prohibición de la concesión de indulto.

La solución de esta cuestión con relación al apartado primero del artículo 102, CE, puede tener un resultado paradójico. A este respecto, hay que recordar que el aforamiento sólo se da mientras el miembro del gobierno permanece en el cargo (*cfr. supra* apartado III.2), en consecuencia si se cesa en éste se deja de estar aforado, por más que el delito hubiera sido cometido cuando se formaba parte del gobierno. De ahí que la exclusión del indulto esté presidida por un factor aleatorio, dependiente de meras circunstancias políticas: que el proceso se inicie —o, de acuerdo con la concepción adoptada de la *perpetuatio iurisdictionis*, que se celebre— con-

<sup>83</sup> González Hernández, Ester, *op. cit.*, nota 22, p. 475.

tra un imputado que es aun miembro del gobierno.<sup>84</sup> Es decir, lo decisivo no es el momento de la comisión del delito, sino el de la celebración del juicio. Así los antiguos miembros del gobierno podrían a llegar a beneficiarse de un indulto por delitos cometidos cuando ocupaban el cargo. Esta solución logra un efecto contrario al expresado en la norma, pues si el miembro del gobierno cesase momentos antes de la condena, podría verse beneficiado y recibir el indulto. Con lo cual, parece más apropiado abogar por la extensión de la prohibición del indulto en los supuestos delictivos del apartado primero del artículo 102, CE, al periodo posterior al cese en sus funciones.

En definitiva, de acuerdo con el precepto 102.3, CE, tanto los presidentes o ex presidentes, como los ministros o ex ministros, están sometidos a la prohibición de la concesión del indulto, en tanto que la única interpretación acorde con el sistema constitucional del apartado primero del mismo precepto pasa por defender que la norma quiso la ejemplaridad a la hora de ejecutar las sanciones, al evitar que los presidentes y ministros de justicia sucesores de aquellos condenados puedan beneficiar a sus antecesores indultándoles.

Por lo que respecta a los miembros del gobierno condenados por los delitos de traición o contra la seguridad del Estado, se ha abogado por la continuidad de la prohibición de la concesión del indulto aun en el caso de que en el momento de la sentencia firme ya hubieran cesado en el cargo. A mayor abundamiento no se puede perder de vista que, si bien “los reos de toda clase de delitos podrán ser indultados (...) de toda o parte de la pena en que por aquéllos hubiesen incurrido” (artículo 1, LEGI), se exceptúa de tal posibilidad “a los procesados criminalmente que no hubieran sido aún condenados por sentencia firme” (artículo 2.1, LEGI).<sup>85</sup>

Con esta prohibición el constituyente quiso referirse no sólo a quienes seguirían ostentando la condición de miembros del gobierno, sino también a aquellos que la hayan perdido.

## VII. CONCLUSIONES

1. Una sentencia condenatoria contra un miembro del Ejecutivo en España es algo excepcional, aunque hemos visto que en una etapa de la vida

<sup>84</sup> Díez-Picazo, Luis María, *op. cit.*, nota 6, p. 26

<sup>85</sup> Obregón García, Rosario, *op. cit.*, nota 23, p. 264.

política del país se dictaron condenas contra ministros y altos cargos de la administración (como en los casos de los “GAL” y los “Fondos Reservados”). Una de las razones de la rareza del procesamiento, y en consecuencia condena, de miembros del gobierno está en los mecanismos de protección que detiene el Poder Ejecutivo en favor de sus cargos más elevados, entre los que se incluyen los privilegios del procesamiento recogidos en el artículo 102, CE, por los cuales no resulta fácil llegar a ver a estas personas responder ante la justicia como cualquier otro ciudadano. Sin embargo, no se puede negar que el sistema judicial puro de depuración de la responsabilidad penal gubernativa en la norma fundamental española de 1978, aunque no sea el más perfecto —y sea incluso criticable en algunos sus puntos— es un medio que ha logrado reducir la intervención del elemento político sobre el jurídico-penal.

2. La Constitución de 1978, siguiendo la tendencia europea, se ha apartado de la tendencia que reserva el protagonismo de los procesos contra miembros del gobierno a las Cámaras parlamentarias para afiliarse al modelo que establece, para el supuesto de responsabilidad criminal en los delitos comunes, el sistema judicial puro exigible ante un órgano judicial (el Tribunal Supremo). En él se introduce un fuero especial para cualquiera que sea la clase de delito imputado a las personas que ostentan la condición de presidente, vicepresidente o ministro de gobierno. Además se justifica la especialidad del fuero de los miembros del Ejecutivo ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, no tanto en razón de la imparcialidad de los órganos superiores del Poder Judicial, como ha sido dicho muchas veces, pues aceptar este argumento sería admitir que los órganos judiciales inferiores no son suficientemente fiables, lo que no es tolerable en un Estado de derecho donde el Poder Judicial es independiente, como por del deseo del constituyente de subrayar la necesidad de una mayor formación teórica y experiencia práctica por parte de los integrantes del poder judicial a la hora de exigir la responsabilidad criminal a los más importantes representantes de las instituciones políticas democráticas. Además la excepción procesal del artículo 102.1, CE, es también una forma de limitar las querellas de escaso fundamento jurídico que tengan el objetivo simplemente de apartar a los políticos del cargo.

3. El hecho de que la mayoría de los miembros del Ejecutivo sean también parlamentarios hace que gocen de un *plus* de protección frente a los

miembros del gobierno no parlamentarios, pues detienen la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria (artículo 7.1.2, CE), la cual conlleva que la respectiva Cámara deba dar permiso para proceder a su inculpación o procesamiento (conceder el suplicatorio). Por lo que, para que sean procesados e inculpados, es necesario, además del suplicatorio derivado de la inmunidad parlamentaria —cuyo fundamento ha perdido importancia en la actualidad—, la prerrogativa del aforamiento (artículo 102.1, CE).

4. El apartado segundo del artículo 102, CE, trata de un tipo especial de responsabilidad criminal, el relativo a las acciones de los miembros del gobierno en el ejercicio de sus funciones contra el orden constitucional y la seguridad exterior del Estado español. Introduce la iniciativa de la acusación por parte de la Cámara, que supone una seria reprimenda contra el miembro del Ejecutivo, sin la cual no se puede ejercer la acción penal, ni juzgar un hecho. Para permitir el ejercicio de la acción penal es obligatorio que al menos una cuarta parte del Congreso apruebe por mayoría absoluta la iniciativa de acusación. Esta iniciativa está justificada por el carácter marcadamente político del delito, y es el parlamento el que debe valorar la procedencia de acusar a los miembros del Ejecutivo por delitos cometidos en el ejercicio de sus actividades públicas. Entretanto, esta justificación no está exenta de críticas pues en el actual sistema de reparto de competencias entre los poderes, en que se propugna la igualdad y la división de los poderes en el marco del Estado de derecho, lo más apropiado es que los procedimientos penales contra los miembros del gobierno estén ubicados en sede judicial. En efecto, si no fuera así esta prerrogativa personal podría transformarse en un impedimento al enjuiciamiento penal de los miembros del gobierno.

5. Cuando el miembro del gobierno es además parlamentario, para proceder contra él, en los supuestos de delitos contra la seguridad del Estado, es necesaria la aprobación de la iniciativa de acusación por el Congreso y, para poder inculparlo, la autorización de la Cámara respectiva. En consecuencia, se da una interferencia entre el suplicatorio y la condición de procedibilidad requerida en el artículo 102.2, CE, por lo que si el miembro del Ejecutivo es diputado lo más correcto es aceptar que hay una absorción de la autorización del suplicatorio por la iniciativa de acusación del Congreso. Es decir, en tanto que no se establezca una previsión más minuciosa por parte del Reglamento del Congreso sobre este tema, el suplicato-

rio queda subsumido en la iniciativa parlamentaria del 102.2, CE. Mientras que, si el miembro del gobierno es senador, se considera que el artículo 102.2, CE, es ley especial con respecto al 71.2, CE, de modo que la iniciativa de acusación también absorbe la exigencia de suplicatorio. Ahora bien, como la iniciativa de acusación sólo puede proceder del Congreso y es el Senado el que está facultado para dar la autorización para procesar a uno de sus miembros, puede ocurrir un choque entre las decisiones de ambas Cámaras. El problema aquí es que no hay otra interpretación que no suponga un deterioro del principio de bicameralismo del ordenamiento jurídico constitucional español.

6. En los delitos contra la seguridad del Estado, la vigencia temporal de la especialidad procedural difiere claramente de la de los delitos comunes del apartado primero del 102, CE. Mientras que en los supuestos de delitos comunes la iniciativa de acusación sólo es válida si en el momento de plantearse la iniciativa se ostenta la condición de miembro del Ejecutivo, en los delitos contra la seguridad del Estado va más allá del periodo de permanencia del miembro del gobierno en el cargo.

7. El estudio de los delitos a que se refiere el artículo 102.2, CE, ha revelado la gran disparidad de los conceptos de traición o cualquier delito contra la seguridad del Estado a los que quiso hacer referencia el legislador constitucional con la noción de estos tipos recogida por el Código Penal. La desafortunada expresión constitucional es excesivamente amplia con respecto al Código Penal de 1995 y no permite saber qué delitos de traición comprende el artículo 102.2, CE. Para establecer el contacto entre las categorías penales de la legislación vigente y las de la norma fundamental, ha sido necesario establecer qué bien jurídico se lesiona en cada supuesto delictivo de traición, lo que nos ha permitido disfrutar de una mayor seguridad jurídica. En efecto, la redacción constitucional no quería referirse a todos los delitos de los títulos relativos a traición o a cualquier delito contra la seguridad del Estado del entonces vigente Código Penal de 1973, sino que estableció una fórmula general que obliga a operar en cada caso concreto para saber qué normas son subsumibles al artículo 102.2, CE.

8. Por último, el apartado tercero del artículo 102, CE adopta la prohibición absoluta de la concesión de indulto para evitar que los miembros del

gobierno dejen de asumir su responsabilidad penal. Ello se aplica tanto a los delitos de traición o contra la seguridad del Estado, como a cualquier otro delito y opera aunque el miembro del Ejecutivo ya haya dejado el cargo. Esta prohibición se basa en que no es posible dejar de aplicar de la ley por razones políticas, ya que en ese caso la ley penal perdería todo su efecto como elemento de prevención de delitos. Además, evita la arbitrariedad del gobierno a la hora de aplicar las medidas de gracia. Aunque Obregón García considere excesiva la prohibición incondicional del indulto pues lo justifica por su finalidad ligada a la prevención especial de la pena y como factor decisivo en la corrección de injusticias, la verdad es que este punto de vista supone situar al gobierno por encima de los órganos del Poder Judicial, lo que supone una fuerte ruptura del principio de igualdad de todos ante la ley. En efecto, aceptar la libre concesión del indulto, sobre todo cuando quienes se benefician son altos cargos del gobierno, sería hacer mella en los principios de equidad y justicia preservados en el régimen constitucional español.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Compendio de derecho penal español: parte especial*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de derecho administrativo*, 9a. ed., Civitas, 1998.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, “La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno”, Madrid, 1996, *Cuadernos y debates*, Serie minor 2, Centro de Estudios Constitucionales.
- \_\_\_\_\_, *La criminalidad de los gobernantes*, Barcelona, Grijalbo-Mondadori, 1996.
- FERNÁNDEZ CARNICERO, J., Claro (coord.), *Comentarios a la Ley del Gobierno*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2002.
- GARCÍA MAHAMUT, Rosario, *La responsabilidad penal de los miembros del gobierno en la Constitución*, Madrid, Tecnos, 2000.
- GIMENO SENDRA, Vicente, Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín, *Derecho procesal. Proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Ester, *La responsabilidad penal del gobierno*, Madrid, Centro de Estudios Políticos, 2002.

- GÓMEZ ASPE, Susana, “La responsabilidad penal de los miembros del gobierno y la exigencia del suplicatorio”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 105, julio-septiembre de 1999.
- MANUEL ABELLÁN, Ángel, *El Estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1992.
- MERINO MERCHÁN, José Fernando, *Instituciones de derecho constitucional español*, Madrid, Beramar, 1994.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 11a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- ODERGÓN GARCÍA, Antonio, *La responsabilidad criminal de los miembros del gobierno: análisis sistemático del artículo 102 de la Constitución española*, Madrid, Civitas, 1996.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, “La regulación constitucional del gobierno y las funciones gubernamentales”, en MOREAL, Antonio *et al.*, *La división de poderes: el gobierno*, Barcelona, ICPS, 2000.
- PULIDO QUECEDO, Manuel, *La Constitución española, con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, 1993.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “Criterio para la exigencia de responsabilidad criminal al presidente y demás miembros del gobierno”, en Alzaga Villaamil, Óscar (dir.), *Comentarios a la Constitución de 1978*, Madrid, Editores de Derecho Reunidas, 1996.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando, “Artículo 102”, en Garrido Falla, Fernando y otros, *Comentarios a la Constitución*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 7a. ed., Madrid, Dykinson, 2002.

