

ESTUDIOS

LA FALTA DE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA PROCEDER: UN ANACRONISMO PROCESAL

JUAN RAMÓN MEDINA CEPERO

*Profesor titular de la
Universidad Internacional de Cataluña*

SUMARIO: 1. Preliminares.—2. Concepto jurídico.—3. Naturaleza jurídica.—4. Distinción respecto a figuras afines: 4.1. Las cuestiones previas administrativas. 4.2. El antejuicio. 4.3. El suplicatorio.—5. Efectos de la excepción de falta de autorización administrativa.—6. La falta de autorización administrativa antes de la LECrim.—7. Historia de esta cuestión previa desde 1840 a nuestros días.—8. Vigencia actual de la excepción de falta de autorización administrativa.—9. Carácter especial y juicio de la excepción por falta de autorización administrativa.—10. Conclusiones finales.

1. Preliminares

La excepción procesal, contenida en el número 5 y último del artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), que señala las cuestiones previas que han de ser tratadas como excepciones procesales alegables como artículos de previo pronunciamiento, se refiere históricamente al procesamiento de los funcionarios públicos por las infracciones punibles cometidas en el ejercicio de sus cargos y funciones públicas. En concluyentes palabras de Sáez Jiménez, «arcaico precepto, reminiscencia de trasnochadas concepciones liberales, que hace incluso referencia a una Constitución que se extinguió mucho en la ineficacia de su propio sistema»⁽¹⁾.

Nos proponemos en este trabajo ofrecer un breve estudio histórico sobre esta excepción procesal para determinar con exactitud su ámbito de aplicación actual, diferenciándola de otras figuras afines con las que no cabe, a nuestro juicio, confundirla.

⁽¹⁾ Cfr. SAÉZ JIMÉNEZ, *Enjuiciamiento Criminal*, Ed. Santillana, Madrid, 1962, pág. 794.

2. Concepto jurídico

La falta de autorización administrativa para procesar a funcionarios públicos que hubiesen delinquido en el ejercicio de sus funciones se concibe, por la doctrina clásica, como una excepción procesal, ya que no afecta a la acción, sino a la falta de una de las condiciones de procedibilidad y no de punibilidad. No puede seguirse el proceso sin este trámite previo de la autorización para procesar, en los casos en que por las condiciones especiales del sujeto pasivo del proceso penal se hiciese preciso ⁽²⁾.

Tradicionalmente se solía afirmar que esta excepción procesal tiene un carácter mixto de dilatoria y perentoria, en consideración a los efectos que tendría en caso de que se concediese o no la autorización administrativa solicitada por el Juez o Tribunal competente para conocer de la causa ⁽³⁾.

Este requisito de falta de autorización administrativa responde al principio general del derecho tradicional francés, que recogió nuestra Constitución de 1876 en su artículo 77, que nunca se llegó a desarrollar, según el cual la persecución de los funcionarios públicos por hechos cometidos en el ejercicio de su cargo estaba condicionada a la previa declaración de su admisibilidad (autorización para proceder) por una determinada competencia administrativa superior ⁽⁴⁾.

3. Naturaleza jurídica

La doctrina ⁽⁵⁾ venía planteándose tradicionalmente si la falta de autorización administrativa era una materia propia, en puridad de conceptos, de las cuestiones previas, es decir, si es realmente una materia propia del procedimiento penal o es más bien una cuestión prejudicial por los efectos que genera en el seno de ese mismo proceso penal.

⁽²⁾ Así GÓMEZ ORBANEJA ya asiente con claridad que «la declinatoria y la falta de autorización administrativa para proceder (666, números 1.º y 5.º) no afectan al derecho de acción en sí mismo, sino a condiciones meramente procesales de admisibilidad». GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona, I, 1947, pág. 206.

⁽³⁾ *Vid.* al respecto AGUILERA DE PAZ, *Tratado sobre las cuestiones prejudiciales y previas*, Editores Reus, 1905, págs. 425 y ss.

⁽⁴⁾ Muy cercana a la publicación de la LECrim, la doctrina daba razón de la inclusión de este nuevo supuesto de artículo de previo pronunciamiento en la LECrim de 1882. Así, se afirmaba que «la única modificación que encontramos entre el presente artículo (art. 666) y su equivalente en la Ley del 72, que era el 580, consiste en la excepción 5 que en aquél no existía. Nos parece acertada la reforma, pues sin entrar en este momento en el estudio de la doctrina que establece condiciones y requisitos especiales para procesar a ciertas y determinadas personas, mientras que semejantes circunstancias subsistan, es indudable que ellas limitan la esfera del poder judicial y establecen las relaciones en que debe encontrarse este poder con los demás del Estado, lo cual es completamente independiente de la clase o forma de procesar que se encuentre en la ley consignada, y como ésta era la única solución que semejante duda podría encontrar, nos parece oportuno que el legislador se adelante, consignando categóricamente el principio y la regla fija de solución, siempre que el problema se ofrezca.» *Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882*. Redacción Revista General de Legislación y Jurisprudencia bajo la dirección de don Emilio Reus, tomo I, Madrid, 1883, págs. 393-394.

⁽⁵⁾ La exposición clásica de esta declinatoria de jurisdicción como artículo de previo pronunciamiento puede seguirse principalmente en AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., págs 220 a 226; AMAT I FURIÓ, *Estudio práctico del Enjuiciamiento Criminal*, Valencia, 1883, pág. 498; ABELLA, J., *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Cuarta Edición, Madrid, 1894, págs. 366 a 370 y MARTÍNEZ DEL CAMPO, E. *Notas al Libro Primero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo III, Madrid, 1885, págs. 206 a 208.

A nuestro modo de ver, el contestar a estas preguntas puede hacernos reflexionar sobre la clara distinción, entre las cuestiones prejudiciales y las cuestiones de previo pronunciamiento. Esta falta de autorización administrativa se cataloga tradicionalmente como una excepción procesal, pero tampoco lo es propiamente, porque no impide realmente, de forma definitiva, el que la acción penal sea ejercida y, por tanto, no determina que no pueda entrarse en el juicio oral, efecto que sí se produce en las demás excepciones procesales alegables como artículos de previo pronunciamiento establecidas en el artículo 666 de la LECrim cuando son alegadas con éxito. Esta excepción procesal de falta de autorización administrativa sólo presentaba la existencia de un defecto subsanable, según establece la propia LECrim, que no afectaba en absoluto al fondo de la causa, ni a la naturaleza jurídica del hecho justiciable que la originó, es decir, no afectaba en absoluto a la existencia y culpabilidad del procesado. tan sólo suspendía el proceso penal hasta que el defecto formal fuese subsanado.

En consecuencia, puede pensarse que resulta conveniente encuadrar esta excepción procesal entre las cuestiones prejudiciales, que obstaculizan la causa al no poder ser resueltas a la vez que se entra sobre el fondo de la misma porque determinan la culpabilidad o la inocencia del inculgado. Pero no podemos admitir esta opinión, por mucho que los efectos de esta supuesta excepción procesal puedan asimilarse a los que producen las cuestiones prejudiciales⁽⁶⁾ porque, como bien puede comprenderse, aquélla sólo hace referencia a una cuestión de procedimiento, y aunque su denegación puede afectar al fondo de la causa, según establece el párrafo 2.º del artículo 676 de la LECrim al señalar que ésta debería ser sobreseída inmediatamente, ello no se debe a que el hecho justiciable haya dejado de ser ilícito y, por tanto, punible, como sucedería al resolverse una cuestión prejudicial, sino que lo único que se impide es que se imponga una pena sobre el hecho justiciable en orden a unas muy discutibles razones de orden superior, a las que debe someterse la depuración de responsabilidades que pudiesen derivarse de la comisión o no de un delito por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Por tanto, no se baraja la culpabilidad o inocencia del procesado, como sucede en las cuestiones prejudiciales, sino el que el inculgado pueda ser o no procesado y, por consiguiente, penado.

Además de lo que hemos dicho, existían otras razones para considerar esta falta de autorización administrativa como una excepción tal como la concibe el legislador, ya que ciertamente producía efectos dilatorios y se distinguía netamente tanto de los conflictos de competencia administrativos como de las cuestiones prejudiciales. Por otra parte, la consideración de que la estimación de la declinatoria de jurisdicción produce en el proceso los mismos efectos suspensivos que la falta de autorización administrativa llevaba a la afirmación de que su naturaleza era la de una excepción dilatoria. A las otras tres excepciones, como hemos visto, se les otorgó el apelativo de perentorias porque no suspendían, sino que ponían punto final al proceso.

Son numerosos los problemas dimanantes de esa difícil amalgama de cuestiones previas heterogéneas que el legislador intentó aunar como excepciones procesales en el artículo 666 de la LECrim.

⁽⁶⁾ Vid. AGUILERA DE PAZ, *Tratado, cit.*, págs. 431 y ss.

4. Distinción respecto a figuras afines

4.1 LAS CUESTIONES PREVIAS ADMINISTRATIVAS

Existe, en la práctica judicial y en nuestras normas legales, unas cuestiones que, a juicio de un sector de la doctrina⁽⁷⁾, producen el mismo efecto que las autorizaciones administrativas, ya que al igual que éstas deben ser concedidas para que el proceso pueda sustanciarse: las cuestiones previas administrativas.

Las cuestiones previas administrativas plantean un problema de competencia a resolver por la Administración. Ciertamente, la causa penal propiamente dicha no es resuelta por la Administración, pero mientras ésta no resuelva esta cuestión de competencia, la acción penal no puede ponerse en ejercicio, o bien, la eficacia de esta acción penal debe suspenderse, si ya se hubiese intentado. Como puede observarse, la alegación de estas cuestiones produce en el proceso penal similares efectos a los que produciría la necesidad de autorización administrativa para sustanciar un procedimiento penal: la suspensión del procedimiento.

De todas formas, aunque hay similitudes entre la excepción de falta de autorización administrativa y las cuestiones de competencia objetiva, no deben confundirse ambas ni pueden ser considerados iguales los efectos en los dos casos. Se diferencian fundamentalmente en su naturaleza y en su duración. Se distinguen, asimismo, en que las cuestiones previas administrativas originan siempre una cuestión de competencia para utilizarlas procesalmente, en el caso de que ya se estuviese procediendo penalmente en virtud del ejercicio de la acción penal nacida de la comisión de una infracción punible a las que esas cuestiones se refiriesen. Sin embargo, no pueden promoverse estos conflictos jurisdiccionales porque no hubiese precedido en el proceso penal la concesión de una autorización administrativa que fuese precisa para proceder. En efecto, la propia Administración no puede originar una cuestión de competencia fundada en sus propios actos, ni quedar a su libre voluntad el suscitar esta cuestión de competencia. Y ello sucedería claramente en el caso de que al no conceder la autorización administrativa necesaria para proceder, se entendiera promovida una cuestión de competencia entre la Administración y los Tribunales ordinarios por carecer éstos de la autorización administrativa precisa. Esta falsa inteligencia llevaría a entender que la falta de autorización administrativa origina, en realidad, una cuestión de competencia. Nada más lejos de la realidad jurídica porque la Administración nunca resolvería sobre ninguna cuestión planteada, como sucedería en el caso de una cuestión de competencia objetiva sino que simplemente no concedería una autorización para proceder, lo cual resulta, a todas luces, sustancialmente distinto.

Esta es la opinión tradicionalmente sostenida por la doctrina, que concede una naturaleza independiente a estas cuestiones previas administrativas, ya que no son propiamente faltas de competencia objetiva ni, por supuesto, excepciones procesales penales⁽⁸⁾.

⁽⁷⁾ Vid. fundamentalmente AGUILERA DE PAZ, *ob. cit.*, tomo V, págs. 160 y ss.

⁽⁸⁾ AGUILERA DE PAZ, *ob. cit.*, tomo V, págs. 161 y ss.

Sin embargo, como ya expresó acertadamente Gómez Orbaneja ⁽⁹⁾, estas cuestiones previas administrativas no tienen tal naturaleza porque, en realidad, son propiamente cuestiones prejudiciales, aun cuando su resolución pueda traducirse en un impedimento para la continuación del juicio (falta de legitimidad del procedimiento).

4.2 EL ANTEJUICIO

El artículo 757 de la LECrim señalaba como necesario para exigir la responsabilidad criminal de los Jueces y Magistrados, el antejuicio. En efecto, este artículo disponía que «todo español que no esté capacitado para el ejercicio de la acción penal, podrá promover el antejuicio necesario para exigir la responsabilidad criminal a los Jueces y Magistrados por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones». La redacción de este precepto podía llevar a considerar este caso como paralelo al de la falta de autorización administrativa contemplado en el número 5 del artículo 666 de la LECrim.

A pesar de que actualmente esta distinción carece de virtualidad práctica, al haber suprimido el antejuicio la Disposición adicional primera de la Ley Orgánica 5/1995, 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, nos parece interesante señalar que, a nuestro modo de ver, considerar el antejuicio como una cuestión previa alegable como artículo de previo pronunciamiento era un craso error porque el antejuicio que se requería, como hemos visto, para que los particulares pudiesen exigir a esos funcionarios la responsabilidad criminal, derivada de las infracciones punibles que hubiesen cometido en el desempeño de sus cargos, y la resolución favorable de este antejuicio, como condición *sine qua non* para el procedimiento de los Jueces y Magistrados, ni es igual ni puede encontrarse analogía alguna con la autorización administrativa previa para procesar a que se refiere la ley procesal en el número 5 del artículo 666.

Como parece sencillo de observar, lo que requiere la excepción procesal alegable como artículo de previo pronunciamiento es la ausencia de una autorización administrativa que debiese darse, o sea, una disposición que emane de la Administración respecto de los funcionarios integrados en ella. Sin embargo, el antejuicio era una autorización judicial que procedía de la resolución positiva de un expediente administrativo.

A nuestro modo de ver, no se deben confundir tampoco estas dos autorizaciones. En efecto, la autorización judicial que emana de un antejuicio para procesar a los Jueces y Magistrados tiene que ser siempre anterior a la sustanciación del proceso penal, como el propio nombre de antejuicio indica. Por eso, si no se decide el antejuicio en forma positiva, no es posible abrir el procedimiento penal a instancia de los particulares contra los supuestos culpables ni es posible entrar en el juicio oral. Sin embargo, la falta de autorización administrativa para procesar a un funcionario administrativo, que podría motivar la excepción de falta de autorización administrativa alegable como artículo de previo pronunciamiento, no hace inviable la apertura del proceso penal, ya que lo que hace imposible esta falta de autorización administrativa es que el presunto

⁽⁹⁾ GÓMEZ ORBANEJA-HERCÉ QUEMADA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona, I, 1947, págs. 546 y ss.

culpable pueda ser procesado. Tampoco impide el que se acuerde la apertura del juicio, puesto que a tenor de la LECrim, es posible excepcionar como artículo de previo pronunciamiento su falta, antes de que se traslade el escrito de calificaciones al Juez o Tribunal que deba conocer en el juicio de la causa. Además, esta ausencia de autorización administrativa no es más que la falta de un requisito procesal imprescindible que, en nuestra opinión, podría ser subsanado antes de este trámite procesal.

Lo que sí resulta idéntica, sin duda, es la motivación que ha impulsado al legislador a eliminar de nuestra legislación tanto el antejuicio como esta autorización administrativa para procesar a funcionarios públicos: el principio básico constitucional de que todos los ciudadanos son iguales ante la ley.

4.3 EL SUPPLICATORIO

A nuestro modo de ver no debe tampoco confundirse, y es frecuente en nuestra doctrina hacerlo, la autorización administrativa de la que venimos hablando, con la autorización legislativa necesaria para procesar a los diputados y senadores, que viene regulada en nuestras normas legales⁽¹⁰⁾. Esta autorización legislativa se construye sobre la tan discutida inmunidad parlamentaria⁽¹¹⁾, que viene definida como el «privilegio según el cual los parlamentarios no pueden ser detenidos ni procesados durante el período de sesiones sino cuando sean sorprendidos *in fraganti*, a menos que lo autorice la Cámara respectiva», en palabras de Pérez Serrano⁽¹²⁾.

En efecto, el artículo 71 de la Constitución de 1978 en sus números 1.º, 2.º y 3.º, establece que «*los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones. Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva. En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo*». Esta disposición constitucional tiene su desarrollo en la LECrim en los procedimientos especiales contenidos en su Libro IV, en concreto en su Título I, que la ley procesal dedica al modo de proceder cuando fuere procesado un senador o diputado a cortes. La LECrim, en su artículo 750 precisa que «el Juez o Tribunal que encuentre méritos para procesar a un Senador o Diputado a Cortes por causa de delito, se abstendrá de dirigir el procedimiento contra él, si las Cortes estuvieren abiertas, hasta obtener la correspondiente autorización del Cuerpo Colegiador a que pertenezca». La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en sus artículos 44 a 49, el Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982 y el Reglamento del Senado de 26 de mayo de 1982 insisten en esta necesaria autorización parlamentaria para poder proceder contra un senador o diputado a causa de la comisión de un delito.

⁽¹⁰⁾ Vid. artículo 47 de la Constitución de 1.876 y el artículo 56 de la Constitución republicana de 1931.

⁽¹¹⁾ Puede encontrarse un insuperado resumen de las críticas que esta figura legal ha recibido en KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, Labor, Barcelona, 1977, págs. 67-68.

⁽¹²⁾ Cfr. PÉREZ SERRANO, *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1977, págs. 67 y 68.

Estas disposiciones legales recogen el deseo de someter a un Tribunal superior el conocimiento y la sustanciación de las causas contra estos representantes legítimamente escogidos por la voluntad popular. Un Tribunal que estuviese al margen de todo tipo de presiones que pudiesen ejercerse contra los jueces instructores ordinarios y que, al estar situado en un estadio superior de la administración de justicia, pudiese garantizar un proceso justo para estas personas. Por ello, se sustrajo a estas personas de la jurisdicción de los Tribunales ordinarios y se otorgó directamente al Tribunal Supremo. Por tanto, tendrían en dicho Tribunal, un foro propio para juzgarlos en el caso de que hubiese indicios racionales que hiciesen suponer que habían cometido un delito. Tanto la inmunidad como la inviolabilidad⁽¹³⁾, prerrogativas parlamentarias persiguen, por tanto, proteger la normal actividad de las Cámaras Parlamentarias, sin que puedan ser consideradas como derechos particulares de los parlamentarios⁽¹⁴⁾.

Asimismo, y como se puede deducir de las disposiciones legales transcritas, se dispone la necesidad de la autorización del Cuerpo legislativo colegiador que corresponda para poder proceder criminalmente contra diputados o senadores. Esta autorización sólo podrá ser solicitada por el Tribunal Supremo. Autorización de los cuerpos legislativos que se confunde, a nuestro juicio, con la autorización administrativa que permitiría la interposición de un artículo de previo pronunciamiento, en virtud del último número del artículo 666 de la LECrim.

La equiparación, que en no pocos casos se hace, de la autorización legislativa y la autorización administrativa no nos parece posible porque la autorización que las Cámaras deben otorgar para poder proceder contra senadores o diputados, en respuesta al *suplicatorio* —que este nombre recibe— del Tribunal Supremo se halla en circunstancias muy diferentes a la autorización administrativa para procesar a funcionarios públicos que dependan de la Administración, y tiene su fundamento en razones de otro orden más elevado en consideración al cual se regula la especialidad del procedimiento en las causas que se siguen contra estas personas y que es, a su vez, la razón última de su inmunidad parlamentaria, como necesaria para garantizar sus especiales funciones en el seno del Estado.

Esta inmunidad parlamentaria ha originado desde siempre un debate ciertamente encendido, no sólo en los estudios de derecho público y político, sino también en los estudios de derecho procesal. En realidad es a estas ramas del derecho a las que afecta esta materia principalmente. Además, en cada país las soluciones han sido diversas y es lógico que así sea porque cada país tiene unas circunstancias diferentes, especialmente a la hora de determinar el ámbito y la eficacia que se atribuye a esta inmunidad parlamentaria de la cual hablamos.

En efecto, suele entenderse que la inmunidad parlamentaria es una garantía que debe concederse a todos los representantes de la nación, como legisladores que son de la misma, no con el objeto de colocar al poder legislativo por encima del judicial,

⁽¹³⁾ La inviolabilidad viene definida como «la irresponsabilidad por todo lo que los diputados y senadores dicen, escriben o realizan en su quehacer oficial». Cfr. SANTAOLALLA, *Derecho Parlamentario Español*, Espasa, Madrid, 1984, págs. 780 y ss.

⁽¹⁴⁾ Vid. SMITT, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, pág. 304.

sino para salvaguardar su independencia⁽¹⁵⁾. Esta garantía de carácter político es concedida no atendiendo a la persona concreta que habrá de beneficiarse de la misma, por lo que no cabe hablar de privilegios personales, sino que se concede atendiendo a la función que se desempeña o del cargo que se ocupa. Como puede fácilmente deducirse es ciertamente complicado deslindar los actos, que una persona que se beneficia de este privilegio realiza en un plano político y legislativo, de los que realiza como mero sujeto privado. Ello ha llevado a algunos autores a sostener que es necesario reconocer en su favor la inmunidad parlamentaria en términos generales y absolutos, sin que haya materias que no abarque, porque, en caso de que ello no fuese así, no podría ciertamente asegurarse la independencia necesaria para el ejercicio de sus funciones representativas. En efecto, afirman, si se pudiesen distinguir los actos públicos de los privados, se dejaría un amplio cauce para atacar a voluntad esa imprescindible libertad de acción que deben tener los diputados y senadores procesándolos injustamente o incoando procedimientos penales, cuyo único fin sería obstaculizar la labor de estos representantes de la nación.

Estas razones jurídicas de conveniencia llevan a afirmar que el beneficio de la inmunidad parlamentaria debe ampliarse y convertirse, en la práctica, en una inmunidad personal que acompañe siempre al senador o diputado mientras esté revestido de la dignidad que las urnas le han conferido. De esta forma, la inmunidad parlamentaria debe ser reconocida con esta amplitud porque los poderes del Estado deben ser libres para poder actuar y no sería así, en lo que hace referencia al poder legislativo, si esa libertad se viera coartada si, por las intervenciones del Ministerio Fiscal o la simple querrela de cualquier ciudadano, los diputados y senadores tuviesen que contender en un juicio defendiéndose de una acusación criminal que, sin duda, podría perseguir fines torcidos de mero descrédito al considerar las repercusiones que podrían tener sobre la opinión pública.

Para evitar estos dolosos ejercicios de la acción penal por fines meramente políticos que en nada tienen que ver con la administración de justicia, objeto final de todo proceso penal, es necesario el reconocimiento de esta inmunidad parlamentaria. No se trata, por tanto, de ignorar el sacrosanto principio de que todos los ciudadanos somos iguales ante la ley, ni se trata de obstaculizar el que se haga justicia con estas personas en caso de que haya fundadas razones para creer que, ciertamente, han cometido una infracción punible calificable como delito, sino de evitar que imputaciones temerarias vertidas sobre el diputado o senador, que tuviesen como objeto simplemente el desacreditarlo ante la opinión pública, le ocasionen un injusto detrimento en su honor.

Sin embargo, también cabe sostener que este privilegio excepcional podría dar lugar a importantes abusos por parte del poder político, que llevarían a un creciente desprestigio del Congreso y del Senado y del propio sistema político democrático, al proteger a presuntos transgresores de la ley a causa de su *status* político. En efecto, la inmunidad parlamentaria podría abocar al sistema a una especie de despotismo parlamentario en el que los senadores y diputados quedarán exentos del sometimiento a la

⁽¹⁵⁾ Vid. respecto a su origen histórico GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y Administración Contemporánea*, Taurus, Madrid, 1971. Resulta más detallado el magnífico trabajo de FERNÁNDEZ MIRANDA Y CAMPOAMOR, «Origen histórico de la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 10, Madrid, 1986.

ley. Asimismo, parece que una acción judicial no tiene por qué perjudicar a las Cámaras legislativas de las que el diputado o senador forman parte, como parece suponer el legislador al exigir la autorización de éstas para poder procesar a un representante de la nación, ni cabe entenderla como una especie de persecución contra las mismas, sino que tan sólo se trata de la legítima aspiración de someter a un proceso penal a una persona sobre la que pesan indicios racionales de haber cometido una acción delictuosa.

Sea como fuere, y señalando nuestra opinión personal a favor de esta segunda posición ⁽¹⁶⁾, no vamos a insistir más sobre ello porque no es objeto de nuestra investigación el profundizar más en un tema ciertamente espinoso, que, por otra parte, ha sido ya resuelto en nuestro ordenamiento legal de la forma que hemos explicado. Simplemente, vamos a apuntar que esta inmunidad parlamentaria es recogida en los ordenamientos legales como una necesidad exigida por la misma realidad del orden político con el fin de asegurar la independencia del poder legislativo. Sin embargo, es común concluir que esta inmunidad parlamentaria debe ser legislada con gran prudencia para evitar que degenera en una intolerable impunidad para cometer toda clase de desmanes. Por tanto, se tiende a una objetivación del suplicatorio contra la discrecionalidad de la Cámara a la hora de concederlo ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ La STC de 18 de enero de 1990 que declara la inconstitucionalidad del inciso final del párrafo primero del art. 2.2 de la LO 1/1982, de 5 de Mayo, introducido por la LO 3/1985, de 29 mayo, que establecía la inmunidad de los Diputados y Senadores en el proceso civil de protección del honor, la intimidad y la propia imagen, por contraria a los artículos 24 y 71 de la Constitución, es especialmente ilustrativa al particular. En su preciso razonamiento, el Alto Tribunal señala que «el derecho a la tutela judicial efectiva garantiza a todas las personas el acceso a los procesos legalmente establecidos y a obtener, dentro de ellos, una resolución motivada sobre el fondo de la pretensión ejercitada, siempre y cuando la prestación jurisdiccional se reclame cumpliendo los requisitos y presupuestos procesales a los que la Ley, con generalidad y justificación razonable, condicione la viabilidad procesal de la pretensión. Es in cuestionable que el requisito de la previa autorización parlamentaria que la LO 3/1985 de 29 de mayo introduce en el art. 2.2 de la LO 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, constituye una grave y excepcional limitación del derecho a acceder al proceso que esta Ley regula, puesto que lo hace depender, no ya del cumplimiento por parte del demandante de un presupuesto procesal que venga exigido en condiciones de generalidad, sino de la decisión de un órgano no jurisdiccional que recae sobre la procedencia de un privilegio establecido en protección de un determinado grupo de personas y, siendo que sólo son admisibles los obstáculos y limitaciones del derecho a la tutela judicial que se manifiesten justificados y proporcionados en atención a la finalidad que persiguen, el problema que aquí se plantea se reduce, a indagar cuál es la finalidad de la referida autorización previa y, una vez establecida, enjuiciar su razonabilidad y proporcionalidad (...), la autorización parlamentaria previa tiene por objeto proteger a los diputados y senadores de la constante amenaza de demandas civiles a que pueden verse sometidos a consecuencia de las opiniones que expresen en estrecha conexión con sus funciones parlamentarias, que no se produzcan dentro de las sedes de las Cámaras y a las que no alcanzaría el principio de la inviolabilidad. Así pues, nuestra Norma Suprema sólo permite utilizar (el suplicatorio) como garantía de la inmunidad y así las sentencias 243/1988 de 19 de diciembre y 186/89 de 13 de noviembre, que a su vez es continuación de la declarada en las sentencias 36/1981 de 12 de diciembre, 51/85 de 10 de abril y 90/1985 de 22 de julio así como en los autos 147/1982 de 22 de abril y 526/1986 de 18 de junio, establecen que “la inviolabilidad es un privilegio de naturaleza sustantiva que garantiza la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, entendiendo por tales aquéllas que realicen en actos parlamentarios y en el seno de cualquiera de las actuaciones de las Cortes generales o, por excepción, en actos parlamentarios exteriores a la vida de las Cámaras, siendo finalidad específica del privilegio asegurar a través de la libertad de expresión de los parlamentarios, la libre formación de la voluntad del órgano legislativo al que pertenezcan. La inmunidad, en cambio, es una prerrogativa de naturaleza formal que protege la libertad personal de los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales que puedan desembocar en privación de libertad, evitando que, por manipulaciones políticas, se impida al parlamentario asistir a las reuniones de las Cámaras y, a consecuencia de ello, se altere indebidamente su composición y funcionamiento –STC 90/1985–”. Por tanto, “la autorización del órgano parlamentario para proceder contra sus miembros se limita al proceso penal, una vez desaparecida de nuestro ordenamiento jurídico la prisión por deudas y la privación de libertad derivada de actos administrativos (...)”. En resumen, se introduce por el legislador ordinario, a través de una norma extensiva del artículo 71 de la Constitución, una autorización previa que dicho precepto constitucional sólo consiente en los procesos penales, creándose así una institución híbrida, compuesta a partir de elementos conceptuales de la inviolabilidad a los que se añade un instrumento autorizatorio, propio y exclusivo de la inmunidad, que carece de encaje constitucional y conlleva una irrazonable y desproporcionada limitación del derecho a la tutela judicial en cuanto impide el ejercicio independiente de la Jurisdicción y, por tanto, resulta desprovista de la debida justificación, tanto desde la perspectiva del artículo 71 de la Constitución como desde la que corresponde al artículo 24.1 de la misma.»

⁽¹⁷⁾ Vid. el ya clásico trabajo de MANZELLA, y sus acertadas reflexiones en *II Parlamento*, 1977.

Como vemos, a ello responden todas las disposiciones legales a las que ya nos hemos referido, especialmente la necesidad de la autorización previa que las Cámaras legislativas deben conceder al Tribunal Supremo para que se pueda incoar un procedimiento penal contra algún diputado o senador. Sin embargo, como se comprenderá por lo hasta aquí expuesto, esta autorización legislativa, tanto por la diversidad de sus fundamentos legales como del objeto o fin que persigue, no puede ser, en absoluto, equiparada a la autorización administrativa necesaria para procesar a los funcionarios públicos para fundar, en caso de que esta autorización no haya sido concedida, una excepción procesal alegable como artículo de previo pronunciamiento, a pesar de que los senadores y diputados pudiesen tener la consideración de funcionarios públicos, -cosa que nuestra ley penal sustantiva no hace al incluirlos en el artículo 24 entre las denominadas «autoridades», que diferencia de los funcionarios públicos-. En efecto, además de ser distintas las razones jurídicas que fundan la necesaria concurrencia de las referidas autorizaciones, la autorización administrativa se refiere únicamente a los procesos penales seguidos por delitos o faltas cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de las funciones públicas desempeñadas por el sujeto procesable y no por los actos que hubiese cometido en el ejercicio de unas funciones representativas que, como senador o diputado, tuviese asignadas por la voluntad popular.

Por tanto, estimamos un error el confundir la autorización legislativa de las Cámaras para proceder contra un senador o diputado y la autorización administrativa, que, como vamos viendo, no tiene hoy contenido real, y que debe otorgar la propia Administración para proceder contra un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, no es de la misma opinión Gómez Colomer⁽¹⁸⁾, que, con una visión eminentemente práctica, señala que esta falta de autorización administrativa prevista por el número 5 del artículo 666 de la LECrim, tan sólo puede tener hoy aplicación en caso de procederse contra un parlamentario del Estado sin haber atendido la respectiva cámara el suplicatorio correspondiente (arts. 71.2 de la Constitución, 750 y ss. LECrim, 10 a 14 Reglamento del Congreso de 24 de febrero de 1982 y 21 y 22 del Reglamento del Senado de 26 de mayo de 1982). En este caso, ciertamente muy difícil en la práctica, este autor considera que el miembro de la asamblea legislativa correspondiente podrá oponer la falta del presupuesto por la vía del artículo de previo pronunciamiento.

Tomé García⁽¹⁹⁾, que también admite como posible sustanciar la falta de suplicatorio como un artículo de previo pronunciamiento por falta de autorización administrativa, señala que si el Tribunal estima la existencia de este defecto, mandará inmediatamente suspender el proceso y subsanarlo, formulando el correspondiente suplicatorio. Si este suplicatorio se concede, el procedimiento seguirá su curso, pero si no es así, resultará nulo todo lo actuado y se sobreseerá libremente la causa.

En realidad, ciertamente esta prerrogativa tiene un inequívoco carácter procesal que la constituye como una condición de procedibilidad. En efecto, es un requisito procesal que debe cumplirse para proceder contra diputado o senador, pero, a nuestro modo

⁽¹⁸⁾ Vid. GÓMEZ COLOMER, *Derecho jurisdiccional*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 286.

⁽¹⁹⁾ Vid. TOMÉ GARCÍA, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 308.

de ver, no puede entenderse que los artículos de previo pronunciamiento sean una vía adecuada de alegación. Tal inadecuación resulta indudable, si se aborda en profundidad la naturaleza propia de las excepciones procesales penales, tan diferentes de las civiles, y se atiende, en consonancia con ello, al momento procesal adecuado para alegar procesalmente la inexistencia de suplicatorio.

Si bien algunos autores, como García Morillo⁽²⁰⁾, afirman que el momento procesal oportuno en el procedimiento penal abreviado, de modo análogo al procesamiento, es el de la apertura de juicio oral (art. 790.6 LEC), nos parece que toda la materia debe ponerse en necesaria sintonía con la trascendencia que en el sistema procesal penal ha adquirido el privilegio de imputación. El artículo 24 de la CE, que consagra el derecho a la defensa y asistencia letrada y a ser informado de la acusación, así como los artículos 118 y 520 de la LECrim, justificados conceptualmente en los principios acusatorios⁽²¹⁾, han relativizado la tradicional importancia del auto de procesamiento. Éste determinaba la inmediata designación de abogado y procurador y la adquisición del estado de parte, condiciones que hoy cumplen desde la simple imputación⁽²²⁾.

De ello se deduce que esperar a la apertura del juicio oral para plantear la ausencia de este óbice de procedibilidad es poco menos que inviable, puesto que el suplicatorio debe pedirse, a nuestro modo de ver, con anterioridad. En efecto, si seguimos la ordenada exposición de Hinojosa Segovia⁽²³⁾ respecto de las diversas concepciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el tiempo para promover el suplicatorio, puede establecerse una gradación temporal que va desde la posición que entiende que la petición ha de formularse antes de la admisión a trámite de la denuncia o querrela, y la que, a la letra constitucional, requiere o procesamiento o circunstancias análogas.

Así, la postura de considerar el suplicatorio como condición previa a la admisión de los actos de iniciación del proceso penal ha sido mantenida en los autos del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1991 y de 7 de noviembre de 1991. Por su parte, no faltan autorizados procesalistas que extreman las condiciones fácticas necesarias para pedir el suplicatorio, al señalar que debe solicitarse en cuanto aparezcan «indicios racionales de criminalidad», afirmando que operan idénticas razones para pedir el suplicatorio en un momento avanzado de la instrucción que las mantenidas para ubicar en esta fase final de la actividad instructora el auto de procesamiento⁽²⁴⁾.

Somos partidarios de opiniones más matizadas, que estiman que la petición del suplicatorio debe producirse desde que exista la primera *notitia criminis*⁽²⁵⁾. El suplicato-

⁽²⁰⁾ Vid. GARCÍA MORCILLO, *Intervención en Jornadas «Inmunidad Parlamentaria y Jurisprudencia Constitucional*, publicada por Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pág. 83.

⁽²¹⁾ Vid. Circular 8/1978 del fiscal general del Estado.

⁽²²⁾ Vid. con gran profundidad sobre todo ello el magnífico artículo de ASENJO MELLADO, «La intervención de la defensa en la fase de instrucción», en *Revista de Derecho Procesal*, núm. I, 1997.

⁽²³⁾ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, *Derecho Procesal Penal*, DE LA OLIVA SANTOS, ARAGONESES MARTÍNEZ, HINOJOSA SEGOVIA, MUERZA ESPARZA y TOMÉ GARCÍA, Ceura, Madrid, 1995, Segunda Edición, págs. 700 a 702.

⁽²⁴⁾ Vid. FAIRÉN GUILLÉN, «¿Hacia la desaparición definitiva del auto de procesamiento? (El art. 488 del Proyecto del Código Penal)», en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, año 1993, págs. 255 a 267. Con anterioridad, PORTERO GARCÍA, *La inviolabilidad e Inmunidad Parlamentaria*, Málaga, 1979.

⁽²⁵⁾ Vid. al respecto MARTÍN PALLÍN, «Momento procesal para pedir el suplicatorio en las causas contra diputados y senadores», en *Actualidad Jurídica-Aranzadi*, núm. 29, Madrid, 22 de noviembre de 1991, págs. 1 y 2.

rio se concibe como una consecuencia de la admisión de la querrela. Esta postura, con el apoyo de la práctica del Derecho francés y de un importante sector de la doctrina italiana, intenta centrar la cuestión en las garantías propias del parlamentario que no debe soportar imputaciones de ningún género sin antes haber sido levantada la condición de procedibilidad por la Cámara correspondiente. La inculpación es un acto consecuencia de la admisión de la denuncia o querrela. Lo relevante es que el parlamentario sepa su condición de inculpado, y quede revestido de todas las garantías procesales entre las que debe integrarse la derivada constitucionalmente de la necesidad de suplicatorio.

5. Efectos de la excepción de falta de autorización administrativa

Para exponer los efectos que producía esta falta de autorización administrativa sobre el proceso penal en los casos en que era necesaria para proceder penalmente contra los funcionarios que, en ejercicio de sus funciones públicas, hubiesen delinquido, hay que distinguir entre si la excepción se estimaba procedente y el caso contrario.

Si la excepción procesal alegada como artículo de previo pronunciamiento se estimaba procedente porque, en efecto, se estimaba que no concurría la autorización administrativa, se mandaba que dicho defecto procesal fuese subsanado, siguiendo lo preceptuado en el artículo 677 de la LECrim, que establece taxativamente que «si el Tribunal estimara procedente el artículo por falta de autorización para procesar, mandará subsanar inmediatamente este defecto, quedando entretanto en suspenso la causa, que se continuará según su estado, una vez concedida la autorización». Si solicitada esta autorización administrativa no se concediera, como sigue diciendo el citado artículo, «quedará nulo todo lo actuado y se sobreseerá libremente en la causa». Es decir, produce el efecto de cosa juzgada y, por tanto, y en opinión de no pocos autores, aunque se diera dicha autorización posteriormente no sería posible la persecución judicial del hecho. Por tanto, la denegación de la autorización administrativa implicaba la nulidad de todo lo actuado. Como expresa Gómez Orbaneja, «la denegación formal de la autorización pedida se traduce en negación definitiva de la acción penal en sí misma; abierto el juicio sin tal requisito, el óbice impide la punibilidad del exento» ⁽²⁶⁾.

Si, por el contrario, el Juez o Tribunal estimase que la excepción no está justificada, simplemente expresará que no puede admitirse y, por consiguiente, mandará que el proceso penal continúe, según establece el párrafo segundo del artículo 676 de la LECrim. El párrafo segundo del artículo 677 de la LECrim señala, por su parte, que «contra el auto en que se desestime esta excepción no se dará recurso alguno, y se observará lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo anterior». Así que, como no es posible recurso alguno una vez desestimada esta excepción procesal, debe trasladarse la causa a la parte que hubiese alegado esta excepción, para que en el plazo de tres días cumpla con lo prescrito en el artículo 679 de la LECrim sobre la calificación de los hechos justiciables, objeto del proceso penal.

⁽²⁶⁾ GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios, cit.*, pág. 547.

Conjugando los artículos que hemos citado con los artículos 675 y 678 de la LE-Crim se obtiene el cuadro completo de los efectos de esta excepción procesal alegada como artículo de previo pronunciamiento. Los efectos de estos artículos son distintos dependiendo de la excepción procesal que se interponga como artículo de previo pronunciamiento.

Sin embargo, no podemos dejar de señalar aquí que el efecto que produce la denegación de la autorización administrativa, es decir, el sobreseimiento libre, es pareja al efecto que produce la denegación del suplicatorio al que aludíamos en el epígrafe anterior, cosa lógica puesto que bebe en una ley ciertamente decimonónica, que hoy no podemos considerar aceptable. En efecto, como no podía ser de otra forma, más de un autor ha señalado que esto implica un grave desconocimiento de la *vis atractiva* que posee el Derecho común frente a la garantía de inmunidad, que además debe interpretarse restrictivamente, como dijimos⁽²⁷⁾. Ciertamente, resulta criticable la previsión social de dictar auto de sobreseimiento, al no estar este supuesto incluido en el catálogo de casos del artículo 637 de la LEC (sobreseimiento libre) ni en el del 641 (sobreseimiento provisional)⁽²⁸⁾. Por ello el sobreseimiento libre mal puede compaginarse, con la limitación constitucional de la duración de la prerrogativa de la inmunidad, a la duración del mandato de los parlamentarios; previsión constitucional que ha extendido, por otra parte, la extensión tradicional de la inmunidad únicamente al período de sesiones.

No es extraño que se cuestione el ataque que puede hacerse con este singular efecto del sobreseimiento libre, a la tutela judicial efectiva de terceros, pues, como recoge el TC (STC 90/85), «los órganos parlamentarios pueden lesionar las exigencias derivadas del artículo 24.1 de la CE cuando las limitaciones al acceso a la jurisdicción no están justificadas en la finalidad perseguida por la institución de la inmunidad parlamentaria».

Por ello se ha señalado que la posibilidad de iniciar o reabrir un proceso, tras la pérdida de la condición de parlamentario, es una garantía contra el abuso de la inmunidad, garantía recogida por la mayoría de las legislaciones de Derecho comparado. Así, el precepto del artículo 7 de la Ley de 1912 puede entenderse derogado por el artículo 71.2 de la CE que determina la temporalidad de la inmunidad, en especial considerando la interpretación restrictiva de las prerrogativas parlamentarias⁽²⁹⁾.

Por tanto, a nuestro modo de ver, el efecto denegatorio de la petición de suplicatorio debería ser el del sobreseimiento provisional, o el «archivo de actuaciones», algo perfectamente posible porque, como ya hemos dicho, el momento procesal adecuado para solicitarlo es la instrucción (desde que exista la primera *notitia criminis*) y no una vez abierto el juicio⁽³⁰⁾.

⁽²⁷⁾ Vid. FERNÁNDEZ MIRANDA Y CAMPOAMOR, «Origen histórico de la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, págs. 224 y ss.

⁽²⁸⁾ En este sentido se pronuncia HINOJOSA SEGOVIA, *ob. cit.*, pág. 704.

⁽²⁹⁾ SANTAOLALLA, *ob. cit.*, pág. 131.

⁽³⁰⁾ Esta es la línea seguida por HINOJOSA SEGOVIA que a nosotros nos parece más adecuada, aunque GARCÍA MORILLO, *ob. cit.*, pág. 110, discrepa y estableciendo una ligazón entre los efectos de la resolución de la Cámara y el control de aquélla por el Tribunal Constitucional afirma que la consumación lógica, si se admite el control pleno, no es otra que la necesidad de admitir el sobreseimiento libre en caso de denegación del suplicatorio por parte de la Cámara legislativa.

6. La falta de autorización administrativa antes de la LECrim

En este apartado nos proponemos repasar rápidamente el proceso que se seguía sobre estas autorizaciones administrativas a que nos venimos refiriendo con anterioridad a la LECrim. Esto nos permitirá entender con claridad como debían obtenerse estas autorizaciones administrativas cuando un Tribunal ordinario pretendía sustanciar una causa penal contra un funcionario público que en el ejercicio de sus funciones había delinquido. Este procedimiento ha sido adoptado, con más o menos variantes, cada vez que se ha rodeado a la Administración de un blindaje ante la actuación de los Tribunales de justicia y, por ello, ofrece interés repasarlo aquí, aunque este sistema ya haya sido superado, esperemos que definitivamente, por nuestras normas legales. No obstante, nos parece interesante hacer un pequeño viaje histórico para señalar de qué forma este quinto supuesto del artículo 666 de la LECrim podía ser alegado dentro del procedimiento penal ordinario, por cuanto nos mostrará, de forma evidente, su actual obsolescencia.

Como ya se señaló, el sistema general y absoluto de autorizaciones administrativas que los Tribunales ordinarios debían obtener para poder procesar a los funcionarios públicos que, en el ejercicio de sus funciones, pareciese fundado racionalmente que habían cometido un delito, fue recogido en el Real Decreto de 27 de mayo de 1850. Este sistema absoluto y general, que no admitía excepciones, sufrió importantes modificaciones que lo restringieron en la Ley y el Reglamento de Administración y gobierno de las provincias, de 25 de septiembre de 1863. La restricción tenía como fin el poner coto a los numerosos abusos prácticos a los que condujo este sistema y que se reflejaron en un fuerte descrédito del sistema judicial⁽³¹⁾.

Las normas restrictivas que esta nueva disposición introdujo, llevaron a que fuera el gobernador civil de la respectiva provincia el que concediera o denegara la autorización administrativa necesaria para que los empleados y corporaciones de la Administración pública provincial pudiesen ser procesados por los delitos que hubiesen cometido en el ejercicio de sus funciones públicas. Si el que debía ser procesado era el mismo gobernador civil, la concesión de la correspondiente licencia administrativa se reservaba al Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Gobernación.

Sin embargo, la referida autorización administrativa que el Consejo de Ministros debía conceder para el procesamiento de los gobernadores civiles no era necesaria en algunos delitos cometidos por éstos, según la norma legal anteriormente citada. Estos delitos se referían a la imposición de castigos equivalentes a pena personal como si el gobernador civil fuese una autoridad judicial, al delito de exacción de cohecho en la recaudación de impuestos públicos, al delito de falsedad en listas electorales y por desviar en provecho personal dinero proveniente de multas. Tampoco era necesaria esta autorización administrativa cuando el procedimiento que debía ser incoado se refería a que el gobernador civil no había puesto a disposición de la autoridad judicial en el término de ocho días que marcaba la ley, a personas que hubiesen sido detenidas por una orden suya y señalando qué diligencias se habían practicado para proceder a su detención. Estos delitos se consideraban de tal gravedad que la autorización administrativa no era ne-

⁽³¹⁾ Vid. al respecto AGUILERA DE PAZ, *Tratado*, cit., págs. 423 y ss.

cesaria para que el gobernador civil fuese directamente procesado por los Tribunales de justicia ordinarios. De la lectura de estas disposiciones legales puede deducirse claramente el grado a que habían llegado los abusos administrativos en esta materia.

Respecto a los demás funcionarios y corporaciones administrativas, hay que señalar que la autorización administrativa para procesarlas no era tampoco necesaria en caso de que los delitos perseguidos fuesen especialmente graves. Se consideraban delitos especialmente graves en la ley que analizamos, el de imposición de castigos equivalente a pena personal, el delito de exacción ilegal de cohecho en la recaudación de impuestos públicos, el de falsedad en las listas que se elaboraban para cobrar estos impuestos, el delito de percepción de dinero proveniente de multas y todos aquellos delitos que infringieran normas procesales. Tampoco, como en el caso de los gobernadores civiles, era precisa la autorización administrativa en el caso de que un funcionario detuviese a una persona, sin autorización alguna por parte del gobernador civil, y no se entregara en el plazo de tres días a la autoridad judicial correspondiente, adjuntado las diligencias practicadas para proceder a su detención.

Asimismo, se sostenía que no era necesaria la autorización administrativa cuando el Consejo de Ministros, en el caso de un gobernador civil, o el propio gobernador civil, en el caso de un empleado o corporación de la Administración civil y económica provincial, remitiesen el caso al Tribunal ordinario que debía conocer sobre la causa penal. Se entendía que esta remisión al Tribunal ordinario prejuzgaba y resolvía afirmativamente, de forma tácita, la cuestión de la concesión de la autorización administrativa. De igual manera, se entendía tácitamente concedida esta autorización administrativa cuando ésta no era expresamente denegada, una vez solicitada, en el plazo de tres meses en el caso de autorización solicitada al Consejo de Ministros y de un año en el caso de autorización solicitada al gobernador civil.

En referencia al proceso adecuado que debía observarse para obtener esta autorización administrativa, diremos que en el caso de que el sujeto fuese un funcionario o corporación que dependiese de los gobernadores civiles de las provincias, el Juez o Tribunal que debía conocer de la causa a instruir, previa consulta y aprobación del Ministerio Fiscal, debía remitir copia compulsada de las diligencias practicadas para considerar necesaria la apertura del proceso penal al gobernador civil de la provincia. El gobernador civil debía oír al respecto al Consejo Provincial y al inculcado, en caso de que lo considerara conveniente o lo propusiese este Consejo Provincial. Tras ello debía resolverse en el plazo de un mes a contar desde el día en que le fuese solicitada esta autorización administrativa por el Juez o Tribunal pertinente.

Si esta resolución era resuelta de forma positiva, se otorgaba la autorización pertinente al Juez o Tribunal para que éste procesase al funcionario del que se tratara. El gobernador civil debía remitir copia del expediente, con la decisión adoptada de forma razonada, al presidente del Consejo de Estado en el término de ocho días. El Consejo de Estado debía trasladar este expediente al Ministerio del que dependiese el empleado o corporación. Si la resolución del Gobierno civil era negativa, debía comunicarlo al Juez o Tribunal ordinario que la hubiese solicitado. El gobernador civil debía también remitir copia del expediente con la decisión negativa adoptada, exponiendo las razones que hubiesen motivado su decisión al presidente del Consejo de

Estado. Éste debía acusar recibo de las diligencias practicadas, señalar turno para su despacho y expresar el día en que debían correr los plazos señalados al efecto, poniendo todo ello en conocimiento del Ministro de Gracia y Justicia. El Consejo de Estado debía conocer de este asunto en el término de treinta y un día a partir del día señalado como inicio del plazo por parte del Ministro de Gracia y Justicia, y remitir la consulta original al presidente del Consejo de Ministros y otra copia al Ministerio del cual dependía el funcionario o corporación de los que se pretendía su procesamiento. Si el Ministro estaba de acuerdo con la resolución negativa adoptada, lo debía comunicar al jefe del Gobierno y si, por el contrario, se mostraba en desacuerdo con la misma debía expresarlo de esta forma al jefe del Gobierno para que se sometiese a la consideración del Consejo de Ministros, pudiendo reclamar anticipadamente el expediente instruido para poder sostener con mayor conocimiento de causa su opinión al respecto. La resolución aprobada por Su Majestad, a propuesta del Consejo de Ministros, debía comunicarse en forma de Real Decreto en un plazo de sesenta días. Si este plazo pasase sin que la autorización se hubiese denegado o concedido, el Ministro de Gracia y Justicia debía comunicar las órdenes pertinentes para que los Tribunales ordinarios pudiesen continuar sustanciando la causa mediante el procesamiento del funcionario o corporación inculpados en el proceso penal.

Si el proceso penal se dirigía contra un gobernador civil, era el Tribunal Supremo la instancia judicial que debía conocer sobre la causa. El Tribunal Supremo tenía que solicitar la autorización pertinente del Gobierno central, a través de copia certificada de los autos que expresasen los cargos imputables a dicho gobernador civil. La petición debía dirigirse al Ministro de Gobernación, que debía acusar recibo y transferir el expediente al Consejo de Estado que debía efectuar consulta al Consejo de Ministros en el plazo de dos meses. El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de la Gobernación, decidía lo que estimase procedente a través de un Real Decreto.

Si el Tribunal Supremo o el Juez o Tribunal que debían conocer de la causa, consideraban que no era necesario solicitar la autorización administrativa por tratarse de delitos que no precisaban de ella, podían proceder de forma inmediata contra el inculpadado dictando auto de procesamiento, pero debían dar cuenta, también inmediata, al Ministro de la Gobernación o al gobernador civil, respectivamente.

En el Reglamento de 25 de septiembre de 1863 se señalaban las normas a seguir en el caso de que las autoridades administrativas entendiesen realizada de forma correcta esta apreciación por parte del Juez o Tribunal que debiese conocer de la causa, así como las normas de impugnación en el caso contrario, es decir en el caso de que entendiesen que la estimación no había sido correcta y la autorización era necesaria.

La exposición del sistema legal para la obtención de las necesarias autorizaciones administraciones —una vez expuesto el sistema restringido contemplado en la Ley de 25 de septiembre de 1863 y su Reglamento—, no puede sino merecer unas consideraciones críticas.

Así pues, debe decirse que estas autorizaciones administrativas, cuya omisión podía dar lugar a la cuestión de previo pronunciamiento de que nos ocupamos, eran un farragoso trámite para la actuación de la justicia, que ya fue proscrito de forma ex-

presa por el artículo 44.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, no modificado por la Ley 30/1992, que señalaba que «en ningún caso será requisito indispensable para la apertura y validez del procedimiento judicial el consentimiento previo de la autoridad administrativa».

Hoy en día sería imposible resucitarlas. A nuestro juicio, y como expondremos, contrariarían principios básicos constitucionales y normas fundamentales de la ley sustantiva penal. Además, serían incompatibles con la organización actual de los Tribunales de justicia y con el actual Estado de derecho. A ello se añaden razones de prudencia para no infringir, por un erróneo concepto de la independencia de los poderes públicos, la potestad amplísima que el artículo 117 de la Constitución concede al poder judicial para juzgar. En este artículo 117 se señala en su apartado 3 que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». Asimismo, son amplísimos los términos en que viene formulado el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, que señala de forma concluyente que «la jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y en las leyes». No parece, pues, posible que se pueda impedir o poner trabas a la autoridad judicial para el desempeño de su crucial misión, que no se opone en absoluto a la independencia del poder ejecutivo ni a la libertad de la Administración para ejercer sus funciones. A nuestro juicio, esa necesaria independencia no puede nunca confundirse con una intolerable impunidad, que es lo que, en realidad, ocasionaban los complicados preceptos a los que nos hemos referido, que no hacían más que retrasar y, no en pocos casos, impedir que se pudiese proceder contra los que abusaban de sus cargos públicos. Si ya hoy en día, y a pesar de no ser necesaria nunca que los Tribunales de justicia soliciten autorización administrativa alguna para proceder contra funcionarios públicos que hubiesen delinquido abusando de sus cargos públicos, resulta difícil a la recta justicia perseguir los delitos cometidos con claro abuso de las atribuciones públicas, es fácil suponer lo difícil que debe ser hacerlo si el Juez o Tribunal que debe sustanciar el procedimiento ha de hacer frente además a una intrincada jungla de obstáculos administrativos.

7. Historia de esta cuestión previa desde 1840 a nuestros días

Si nos trasladamos hacia atrás en el tiempo, observamos que antes de la Constitución de 1869, la práctica jurisprudencial entendía, como puede colegirse de la normativa legal expuesta, que no podía procesarse a los funcionarios públicos sin obtener previamente la debida autorización, precisamente de aquella misma Administración en la cual trabajaban. Asimismo, se estimaba necesario la autorización del Gobierno central para poder proceder contra aquellas personas que desempeñaban el cargo político de gobernadores provinciales, y la autorización administrativa de los Gobiernos Provinciales para procesar a todos aquellos funcionarios públicos que dependían de este Gobierno Provincial.

Las razones que se aducían para sostener este especial *status* que poseían los funcionarios públicos se basaban en un erróneo concepto de división del Poder público. Se afirmaba en consecuencia, que las autorizaciones administrativas impedían que se turbase el orden y equilibrio constitucionales y se respetase el sacrosanto principio de la división e independencia de los tres poderes que componen el Estado. Se entendía que si los funcionarios públicos podían ser juzgados por los órganos jurisdiccionales en base a normas emanadas del poder legislativo, ambos poderes interferirían, de forma clara, en la esfera del poder ejecutivo, de la Administración del Estado, que debía conservar su independencia.

Para dar vida legal a estas razones de conveniencia, antes de la Constitución de 1869 se dispusieron una serie de normas legales que obedecían a motivos meramente circunstanciales en vez de a una razón jurídica sólida. En estas disposiciones legales se obstaculizaba la posibilidad de que los funcionarios públicos pudiesen ser procesados por los Tribunales de justicia ordinarios en algunos casos concretos ⁽³²⁾.

Así, en las Reales órdenes de 27 de febrero de 1840 y de 25 de octubre de 1844 se especificaban algunos casos en los que esta autorización administrativa debía obtenerse necesariamente para que los Tribunales de justicia pudiesen proceder. Estas Reales Órdenes ampliaron su ámbito de aplicación en la Ley de 2 de abril de 1845 para el gobierno y administración de las provincias, que fue más allá al establecer con precisión la necesidad de una autorización administrativa para proceder judicialmente contra los funcionarios públicos. El paso definitivo lo dio el Real Decreto de 27 de marzo de 1850, en el que se establecía esta autorización administrativa para todos los hechos criminales relativos al ejercicio de las funciones públicas administrativas. No ya para algunos casos, sino para todos ellos, sin que cupiese excluir ninguno.

Todo esto para soslayar un inconveniente poco real de una supuesta intervención del poder judicial en la esfera independiente de la Administración. En efecto, para evitar la atrofia y progresivo descrédito de las funciones de la Administración pública del Estado y de las provincias, que hubiese provocado el que las autoridades administrativas quedasen de hecho subordinadas a las judiciales y pudiesen de este modo impedir el cobro de los impuestos y dificultar ciertas medidas económicas necesarias para el buen gobierno del Estado, se amplió de tal forma el ámbito de aplicación del Real Decreto de 27 de mayo de 1850, que vino a impedir, en realidad, la actuación de la justicia en base a unas oscuras, por lo general, razones políticas.

Esta práctica pugnaba con los buenos principios jurídicos recogidos, como un tesoro, tanto en normas sustantivas penales como en las leyes procesales. Estos rectos principios determinan que en cualquier lugar dónde se hallase un delito perfectamente definido y tipificado, debían tener los Tribunales de justicia libertad de acción absoluta para incoar un proceso penal y depurar las responsabilidades que de ese delito pudiesen derivarse. Tan negativa fue esta necesaria autorización administrativa para que los Tribunales pudiesen actuar, que pronto se sintió la necesidad en justicia de, si no suprimirlo por completo, sí, al menos, acabar con ese carácter general y absoluto

⁽³²⁾ Vid. al respecto AGUILERA DE PAZ, *ibídem.*, págs. 425 y ss.

que había llegado a tener en nuestro derecho. De esta forma, esta autorización administrativa fue siendo reducida a casos muy excepcionales. Este giro legal se plasmó en la Ley de gobierno y administración de las provincias de 25 de septiembre de 1863 y en el Reglamento que la desarrollaba.

Sin embargo, y aunque esta Ley supuso un nuevo cambio de mentalidad en la consideración de la necesidad de las autorizaciones administrativas para poder proceder judicialmente, los abusos que se derivaban de ese régimen de autorización administrativa siguieron existiendo, aunque, como puede suponerse, mucho menos que cuando la autorización administrativa presentaba un carácter genérico.

La *Gloriosa* supone en 1868 un cambio de mentalidad que se plasma jurídicamente en la Constitución de 1869, en la que se recogen las modernas tendencias liberales en boga en esos momentos en Europa. La Constitución liberal, atendiendo a la opinión pública que detesta siempre estos regímenes de excepción, suprimió de forma absoluta esa necesaria autorización administrativa para procesar a los funcionarios públicos. De esta forma, en su artículo 30 señalaba expresamente, con carácter general y sin excepción alguna, que en ningún caso sería necesaria la previa autorización administrativa para procesar a los funcionarios públicos ante los Tribunales ordinarios, cualquiera que fuese el delito que hubiesen cometido. Asimismo, se estableció que el mandato de un superior no podía ser apreciado como una razón eximente a la hora de exigir responsabilidades en los casos en que la infracción del funcionario dependiente de un superior fuese abiertamente en contra de un precepto constitucional y que, en los casos en que esta infracción no fuese clara y manifiesta, la acción de un funcionario tan sólo podría ser eximida de responsabilidad criminal si este funcionario de la Administración no ejerciese autoridad.

Este artículo 30 de la Constitución de 1869 pretendía romper con lo que entendía como una práctica abusiva por parte de los funcionarios públicos. Sin embargo, al pesar sobre él una larga práctica jurisprudencial, algunos Tribunales siguieron pidiendo la debida autorización administrativa para proceder contra funcionarios públicos en algunos casos. Estas autorizaciones administrativas que los Tribunales de justicia continuaban pidiendo, eran, en no pocos casos, negadas, ya que para concederlas, o no, las autoridades administrativas seguían observando las normas legales anteriores a la Constitución de 1869 en referencia a las acciones realizadas con anterioridad a la promulgación de esta norma legal suprema, ya que este artículo 30 no señalaba expresamente que fuese retroactivo.

Una Orden de la Regencia del Reino de 11 de junio de 1870 intentó poner fin a esta situación, procurando que se pusiese en práctica el referido artículo 30, mandando a los gobernadores de las provincias que, en lugar de poner objeciones a los requerimientos de las autoridades judiciales para proceder contra acciones punibles cometidas por los funcionarios públicos, les prestasen toda su ayuda e hiciesen que se la prestasen todos los que dependiesen de ellos, para que la ley pudiese cumplirse siempre a través de la justa observancia del precepto constitucional antedicho.

Por tanto, tras esta Orden de la Regencia, quedaba claro que los Tribunales de justicia no debían solicitar ya autorización administrativa alguna para proceder contra los funcionarios públicos.

Sin embargo, el régimen de la Restauración, tras el golpe de estado del General Pavía, replanteó la situación. La Constitución de 1876 supuso un paso atrás en los avances de la Constitución de 1869 y estableció, de nuevo, aunque no de forma preceptiva y en modo alguno general, la necesidad de la autorización administrativa para proceder contra los funcionarios públicos por los actos punibles que hubiesen podido cometer en el ejercicio público de sus funciones. Por ello, el artículo 77 de dicha Constitución remitía a una ley especial que determinaría en qué casos debería exigirse esta autorización previa para procesar a los funcionarios públicos ante los Tribunales ordinarios de justicia. Sin embargo, esta ley especial nunca vio la luz.

A lo largo del siglo xx, el régimen de excepción de la Administración, reafirmado por la necesidad de esas autorizaciones administrativas para proceder contra sus funcionarios, ha sufrido continuos vaivenes, según el sistema de gobierno imperante. Para no hacer larga y farragosa esta explicación, que en nada altera lo que vamos a exponer posteriormente sobre su regulación procesal como artículo de previo pronunciamiento, objeto prioritario de nuestra investigación, diremos que tanto en la dictadura de Primo de Rivera como en la de Franco, la Administración se sustrajo, con frecuencia, a la actuación de los Tribunales de justicia, a través de la necesidad de estas autorizaciones administrativas. Sin embargo, el régimen de la II República, si bien sólo programáticamente, se mantuvo fiel a los parámetros, ya diseñados en el artículo 30 de la Constitución de 1869, de proscripción absoluta de estas autorizaciones para proceder por las razones anteriormente expresadas.

La transición política que experimenta el Estado a partir de 1975 se plasma en la vigente Constitución, que en su artículo 14 y como principio básico declara que «los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Esta igualdad ante la ley, refrendada en otros artículos constitucionales como, por ejemplo, el 23.2, el 31.1, el 39.2 y el 149.1 se extiende a los cargos públicos. En efecto, el artículo 103 regula taxativamente que «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento plena a la ley y al Derecho. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley». Asimismo, en su apartado 3, este artículo 103, relativo al régimen constitucional de los funcionarios públicos, establece que «la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones»

Como se puede apreciar, lejos se halla nuestra Constitución del sistema de las autorizaciones administrativas para procesar a los funcionarios públicos que en el ejercicio de sus funciones hubiesen cometido infracciones punibles.

Sin embargo, la Constitución es una norma marco. Los preceptos legales más contundentes al respecto hay que buscarlos, a efectos de nuestra materia, en la ley sustantiva penal. Veamos lo que dispone ésta sobre los funcionarios y autoridades públicas. El funcionario público viene conceptualizado en el artículo 24 del nuevo Código penal como

«todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de las funciones públicas», reservando el de autoridad «al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, Tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal».

Como puede observarse, tanto las autoridades como los funcionarios públicos quedan sometidos a la autoridad de los órganos jurisdiccionales sin limitación alguna. La ley penal especifica una serie de delitos que pueden cometer los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, sin sustraerlos nunca a la actuación de los Tribunales de justicia, que podrán conocer sin necesidad de autorizaciones sobre las posibles infracciones punibles que éstos cometieran. Entre las distintas clases de delitos atribuibles a los funcionarios públicos cabe citar los delitos sobre la ordenación del territorio (artículo 320), los delitos contra la usurpación de atribuciones (artículos 506, 508 y 509), los delitos sobre el patrimonio histórico (artículo 322), los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (artículo 329), los delitos contra las Instituciones del estado (artículos 499 y 500), los delitos contra la salud pública (369, 8.º y 372), los delitos contra la Administración pública (artículos 404 a 445; aquí se contienen los delitos más tradicionales atribuibles a los funcionarios públicos, como son la prevaricación, el abandono de destino, la desobediencia, la denegación de auxilio, la infidelidad en la custodia de documentos, la violación de secretos, el cohecho, el tráfico de influencias, la malversación, los fraudes y exacciones ilegales y las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y los abusos en el ejercicio de sus funciones), los delitos contra el ejercicio de los derechos fundamentales (artículos 511 y 512) y los delitos contra la comunidad internacional (artículo 616).

Sin embargo, y en todo el extenso abanico de los delitos atribuibles a los funcionarios públicos, no hay reserva alguna para proceder contra ellos por parte de las autoridades judiciales competentes. De lo cual se deduce, sin lugar a dudas, que en nuestra actual legislación los funcionarios públicos están sometidos al imperio de la ley como cualquier ciudadano y que no pueden excluirse de la misma por vía de las tradicionales autorizaciones administrativas. Por tanto, las autoridades judiciales no deben solicitar ninguna autorización administrativa para proceder contra los funcionarios públicos que cometiesen los delitos tasados expresamente en el nuevo Código penal. Conocerán, por tanto, de ellos directamente. En consecuencia, nuestra legislación actual hace propias las razones que ya se barajaban en 1869 y vuelve a este principio establecido con carácter general en el ya referido artículo 30 de la *Constitución de la Gloriosa*.

8. Vigencia actual de la excepción de falta de autorización administrativa

De todo lo hasta aquí expuesto, podemos concluir que no existe en la actualidad en el ordenamiento español disposición legal alguna que exija la autorización administrativa en la forma que, en nuestra opinión, debe ser rectamente entendida.

Entonces, podríamos preguntarnos, ¿por qué la LECrim contiene esta excepción procesal entre los artículos de previo pronunciamiento del artículo 666? Como siempre, para responder hay que tener presente la historia, es decir, los antecedentes legales. Hay que pensar que la LECrim tiene más de un siglo de historia y que este artículo 666 no ha sufrido cambios en este siglo. Ello hace que responda a una situación legislativa diferente a la actual. En efecto, la norma fundamental de la que depende toda norma legal es la Constitución, ya que la ley procesal no señala más que los cauces legales para que puedan encontrar una vía jurídica los derechos que reconocen las leyes sustantivas. La ley sustantiva más cercana a la Ley de Enjuiciamiento Criminal es el Código Penal, pero éste deriva de la norma marco constitucional. De esta forma, los preceptos constitucionales inciden, de forma decisiva, en las normas procesales. Se da la circunstancia, en la materia objeto de este capítulo, que la Constitución vigente a la hora de aprobarse la LECrim, y con ella el citado artículo 666, es la Constitución de 1876, que recoge el espíritu de la Restauración, como hemos dicho, y no la vigente Constitución de 1978, que responde a un espíritu claramente diferente. Por tanto, cambio de Constitución, pero no de ley procesal. Ello hace que, a pesar de las reformas que la ley procesal pueda sufrir, siempre haya disposiciones legales que queden obsoletas con el paso del tiempo y que, por ser más difíciles de detectar, queden vigentes, pero a su vez, vacías de contenido. Este es el caso de esta excepción procesal por falta de autorización administrativa que recoge el número 5 del artículo 666 de la LECrim. Vamos a exponerlo con más detalle.

La Constitución de 1869 había hecho innecesarias de forma tácita, como ya dijimos en su momento, las autorizaciones administrativas para procesar a funcionarios públicos que se estimase habían cometido delitos en el ejercicio de sus funciones en virtud de su artículo 30. Este artículo 30 se completa con la orden de la Regencia del Reino de 11 de junio de 1870 que, al observar que las autoridades judiciales seguían solicitando de la Administración autorizaciones para procesar a dichos funcionarios públicos, establece de forma expresa que ello no debe ser así y que los gobernadores de las provincias debían cooperar siempre con las autoridades judiciales para depurar las posibles responsabilidades en las que hubiesen incurrido los funcionarios públicos. Así las cosas, parecía que las autorizaciones administrativas quedaban para siempre relegadas al olvido. Sin embargo, el advenimiento de la Restauración provoca un replanteamiento de la situación. De esta forma, y ante las dudas que se suscitaban sobre la conveniencia de recuperar o no las autorizaciones administrativas para procesar a los funcionarios públicos, la Constitución de 1876 dejó el tema en el aire.

En efecto, la Constitución de 1876 planteó de nuevo el problema reconociendo, aunque no de modo preceptivo, el principio de la necesidad de estas autorizaciones administrativas para el procesamiento de las autoridades y de sus agentes para depurar responsabilidades dimanantes de los actos punibles que hubiesen cometido en el desempeño de sus funciones públicas. De esta forma, el artículo 77 de la Constitución de 1876 señala que la ley especial determinaría los casos en que esta autorización resultase condición *sine qua non* para procesar ante los Tribunales ordinarios a estos funcionarios públicos.

Pero, las mismas dudas que la reinstauración de esta autorización administrativa habían generado, llevó a que esta ley especial no viese nunca la luz y que en la práctica judicial se prescindiese en absoluto de esta necesidad.

Pero esta admisión en el artículo 77 de la Constitución de 1876 del principio de necesidad de estas autorizaciones administrativas para procesar a los funcionarios públicos por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones se entendió como una autorización concedida al Gobierno para que pudiese presentar a las Cortes, en el momento en que lo considerase oportuno, el proyecto que respondiera a la Ley especial que la Constitución preconizaba. Por ello, cabía dentro de lo posible que esa ley especial llegase a ser una realidad y, por tanto, que fuese posible la interposición de artículos de previo pronunciamiento fundados en la ausencia de autorización administrativa para aquellos casos en que esa ley especial que, sin duda, debería aprobarse, lo estableciese así. Consecuentemente, la ley procesal de 1882 dejaba abierta en el artículo 666.5, la posibilidad de poder utilizar esta excepción procesal de falta de autorización administrativa como artículo de previo pronunciamiento, como cauce procesal del principio constitucional del artículo 77 de la Constitución y de la ley penal especial que debía aprobarse.

Por tanto, como existía la posibilidad de que esta cuestión de la necesidad de la autorización administrativa para procesar a funcionarios públicos que hubiesen cometido delitos en el ejercicio de sus funciones, pudiese ser planteada con carácter preceptivo a través de una ley especial, y no meramente programática, la LECrim no podía prescindir ni de esta excepción ni de sus antecedentes legales. Por ello tuvo que acondicionar para el momento en que fuese elaborada esa ley especial, la excepción procesal alegable como artículo de previo pronunciamiento, que no se hallaba recogida en la ley procesal de 1872 porque en esos momentos regía la Constitución de 1869 y, como hemos visto, hacía innecesarias estas autorizaciones administrativas para procesar por los Tribunales ordinarios a un funcionario público que hubiese delinquirido en el ejercicio de sus funciones. Por su parte, la Compilación general que siguió a la ley procesal de 1872, a pesar de ser posterior a la Constitución de 1876, tampoco recogió la excepción procesal por falta de autorización administrativa como materia propia de un artículo de previo pronunciamiento, porque no se trataba de un nuevo cuerpo legal, sino tan sólo, como su propio nombre indica, de una recopilación de las normas procesales vigentes a la sazón.

9. Carácter especial y valoración crítica de esta «excepción procesal»

De todo lo que venimos diciendo hasta ahora, es fácilmente deducible que la disposición legal que se contiene en el número 5 del artículo 666 de la LECrim, que recoge las cuestiones que pueden ser objeto de un artículo de previo pronunciamiento, no tiene más naturaleza que el de una disposición preventiva, que dependía en cuanto a su eficacia de la publicación de leyes penales sustantivas que hiciesen necesarias estas autorizaciones administrativas para procesar a través de los Tribunales ordinarios a funcionarios públicos que en el ejercicio de sus funciones hubiesen delinquirido.

A pesar de que en esta investigación simplemente nos proponemos observar el estado actual de las llamadas cuestiones previas y de su tramitación procesal (artículos de previo pronunciamiento) y aportar unas líneas maestras sobre lo que debería ser su necesaria reforma, pensamos que es adecuado ahora entrar, aunque sea someramente, en el análisis del fundamento jurídico de esta «excepción procesal» hoy obsoleta y la conveniencia o no de que sea admitida en referencia a los principios generales del derecho procesal. De ello deduciremos el carácter ciertamente especial que esta excepción procesal y ofreceremos el juicio personal que nos merece, que, como se puede intuir, va a ser claramente negativo.

Ya hemos venido exponiendo a lo largo de estas páginas que si una infracción punible ha sido cometida, la jurisdicción penal debe siempre tener el camino abierto para poder depurar las responsabilidades que de la comisión de esta infracción punible pudiesen derivarse. En consecuencia, entendemos que esta limitación de la autorización administrativa impuesta a los Tribunales de justicia para poder conocer de los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones es absolutamente contraria a la razón fundamental que asiste al derecho penal, sus propios principios básicos e incluso el fin que debe perseguir toda acción penal, que no es otro que el interés público o común de reconstruir el orden social alterado por la violación de bienes jurídicos tan esenciales que deben ser jurídicamente protegidos con el mayor rigor por parte del Estado.

Reducir esta cuestión que estudiamos a un mero conflicto de independencia de poderes dentro de un Estado, que debería hacer imposible para un buen gobierno del país el que unos intervinieran indebidamente en las atribuciones de otro, como expresaba la Real orden de 27 de febrero de 1840 a la que ya nos hemos referido, es llevar la cuestión a extremos poco deseables. En efecto, es un bien precioso de nuestro moderno estado de derecho, la debida separación de poderes. Pero, el temor de que el poder judicial pueda limitar e incluso amordazar al poder ejecutivo si tiene la potestad ilimitada de poder encausar a los integrantes de éste, nos parece excesivo. Para nosotros resulta claro que la concesión a los Tribunales ordinarios de justicia de la potestad para procesar a funcionarios públicos de la Administración no atenta en absoluto contra esta independencia del poder ejecutivo. Por tanto, se puede hacer compatible la persecución de los delitos cometidos por los funcionarios en el ejercicio de sus funciones a través de los Tribunales ordinarios y la necesaria independencia de los tres poderes que integran la concepción moderna del Estado.

Para conciliar estas razones que se aducen, podría proponerse que si bien los funcionarios públicos pueden ser procesados sin limitaciones por las autoridades judiciales, éstas deben proceder con sumo cuidado cuando sustancien causas penales que se refieran a posibles delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Podría creerse que sería de desear que la causa se pusiese siempre en conocimiento de la autoridad administrativa de que dependan para que ésta pueda proveer lo que estimase oportuno con el fin de evitar que se dé curso legal a acusaciones claramente injustas que sólo a duras penas ocultan el propósito claro del desprestigio de un funcionario. Así pues, parecería lógico el que los funcionarios públicos fuesen juzgados por Tribunales independientes alejados del lugar donde habitualmente ejercían su función pública, como prudente medida de alejar al funcionario público acu-

sado de personas que pudiesen guardarle una cierta enemistad por las justas decisiones tomadas en ejercicio de sus funciones públicas y que pudiesen viciar un procedimiento penal, cuyo objetivo final es la justicia.

Sin embargo, a nuestro juicio, se incurriría en un error claro, ya que esa ley de excepción no debe ser establecida nunca en favor de estos funcionarios públicos de la Administración, ya que estas mismas razones podrían aducirse para apartar a los jueces y Tribunales ordinarios de la instrucción de sumarios y resolución de causas en los demás casos porque, sin duda, la independencia de la justicia debe ser igual para todos y si aceptamos que algunas clases de ciudadanos tienen un régimen especial y pueden exigir garantías también especiales a los Tribunales de justicia, entendemos que éstas deberían ser aplicadas por igual a todos los ciudadanos para que éstos no vieran a ser una especie de ciudadanos de segunda categoría. No obstante, no queremos incidir aquí en la crítica de este sistema de excepciones y, sin entrar en profundidad en el estudio de las razones jurídicas que han llevado a lo largo de la historia a considerar conveniente estos regímenes especiales, a los cuales deben someterse determinados tipos de personas por razón de su cargo administrativo, sí queremos apuntar aquí que mientras existan -y siempre es un peligro legal latente a nuestro modo de ver- estos regímenes especiales para procesar a personas concretas, sean cuales sean las razones en las que se piense sustentar estos procedimientos especiales, constituirán limitaciones inaceptables para el ejercicio de la autoridad judicial y del régimen general que establece la LECrim para la sustanciación justa de una causa penal.

10. Conclusiones finales

Ofrecemos las siguientes conclusiones que resumen lo anteriormente expuesto en este trabajo:

1.º Un estudio histórico de los precedentes de la excepción procesal de falta de autorización administrativa, contemplada en el número 5 del artículo 666 de la LECrim, permite concluir que la Orden de la Regencia del Reino de 11 de junio de 1870, que señalaba que había que observarse con rigor el artículo 30 de la Constitución de 1869, llevó, como Amat i Furió advertía en los albores del xx, a «una mala inteligencia de lo que significa y exige la independencia de los poderes públicos» e hizo que «la LECrim estimase como necesaria la autorización para procesar, salvo algunas excepciones, a las autoridades y corporaciones gubernativas y sus dependientes»⁽³³⁾.

2.º Resulta obvio que no es hoy en día precisa la autorización administrativa para que las autoridades judiciales puedan proceder contra los delitos que los funcionarios públicos hubiesen podido cometer en el ejercicio de sus funciones. Ello contrariaría los principios constitucionales más elementales de todo Estado de derecho. En realidad este número 5 del artículo 666 de la LECrim responde a una situación legal absolutamente superada por la evolución del derecho político.

⁽³³⁾ AMAT I FURIÓ, *ob. cit.*, pág. 499.

3.º Por tanto, entendemos que la vía judicial está hoy expedita para que tanto el Ministerio Fiscal como los particulares puedan denunciar y perseguir criminalmente, a través de la incoación de un proceso penal, a todos aquellos que consideren que delinquen en el ejercicio de sus funciones públicas.

4.º Así pues, los Tribunales de justicia gozan de total libertad para, tras las diligencias pertinentes con el fin de averiguar la existencia de un delito y la de atribuir la comisión del mismo a determinadas personas, decretar el procesamiento de los funcionarios públicos sobre los que recayesen racionales indicios de haber delinquido en el ejercicio de sus funciones, sin necesidad de solicitar autorización a la Administración.

5.º Por tanto, resulta claro que no es posible considerar como existente este particular presupuesto procesal que históricamente el legislador previó como causa de un artículo de previo pronunciamiento.

6.º Respecto al suplicatorio, pensamos que, dado que no son pocos los autores que, como hemos dicho, le dan cauce a través de este número 5 del artículo 666, conviene señalar, a modo de conclusión que ello, en modo alguno, puede ser así.

En efecto, la tesis que proponemos respecto a la correcta configuración de este suplicatorio parte de una doble premisa: la necesidad de una reinterpretación de la normativa legal conformadora del privilegio o prerrogativa y la reconsideración de los fines que aquella prerrogativa está llamada a cumplir en un Estado social y democrático de Derecho.

Debe tenerse en cuenta que el suplicatorio comporta:

- a) Una sustracción a las normas generales, que conlleva una interpretación restrictiva⁽³⁴⁾.
- b) Que esta sustracción puede lesionar derechos y libertades de terceros, especialmente la tutela judicial efectiva, lo que acentúa su recta intelección restrictiva.
- c) Que el mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad, debe conducir a una motivación clara de su denegación, susceptible de revisión ante el Tribunal Constitucional⁽³⁵⁾.

Por ello, cualquier acto del Parlamento con relevancia jurídica externa, queda sujeto a la normas materiales de la Constitución para evitar su arbitrariedad, lo que conlleva que la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria no deba concebirse como un privilegio *intuitu personae*, sino por razón del cargo, y que a un Diputado o Senador

⁽³⁴⁾ La STC de 30 de marzo de 1981, referida al artículo 24, ya señalaba que «las limitaciones del derecho a la Jurisdicción han de aparecer, en último término, justificadas por la *ratio* de las distintas instituciones procesales en que dichos recortes se producen. La doctrina puede trasladarse a la técnica de los suplicatorios, en cuanto instrumento que permite impedir el acceso al proceso penal, y supone que la denegación de los mismos haya de considerarse correcta, (...) únicamente en el caso que dicha denegación sea conforme a la finalidad que la institución de impunidad parlamentaria persigue y en la que la posibilidad de denegación se fundamenta. Por el contrario, la respuesta negativa a la autorización para procesar será incorrecta y habrá abuso de la figura constitucional de la inmunidad cuando ésta sea utilizada para fines que no le son propios. Con ello, sin duda, afirmamos la necesidad constitucional de condicionar y sujetar a límites la facultad que las Cámaras parlamentarias tienen para conceder o rechazar suplicatorios, y a esta misma necesidad apunta la actual práctica parlamentaria en ordenamientos similares».

⁽³⁵⁾ La STC de 22 de julio de 1985 es ejemplificativa de lo que afirmamos, ya que si bien no es rotunda respecto del alcance de la motivación, imposibilita la denegación por silencio de la Cámara, al señalar la nulidad del acuerdo del Pleno del Senado, denegando un suplicatorio, por aparecer desprovisto de motivación expresa o deducible de los argumentos y alegaciones formuladas. Así

que cese en su cargo, quepa exigírsele responsabilidad penal por los hechos presuntamente cometidos mientras gozaba de la prerrogativa. Ello no se corresponde con la exigencia contenida en el artículo 7 de la Ley de 9 de febrero de 1912, que imperativamente ordena, en el supuesto de denegación del suplicatorio, el sobreseimiento libre de las actuaciones, que opera, en consecuencia, como causa personal del levantamiento de pena o excusa absoluta, más que como un óbice de procedibilidad.

Entendemos que, como el artículo 754 de la LECrim habla sólo de sobreseimiento, podría entenderse como sobreseimiento provisional y no definitivo, con el consiguiente archivo provisional de la causa, ya que entender dicho sobreseimiento como definitivo sería de dudosa constitucionalidad por sustraer definitivamente y sin causa legítima, por medio de una prerrogativa excepcional, el derecho de terceros a la tutela judicial constitucionalmente consagrada como derecho fundamental y vulneraría, asimismo, el principio de igualdad ante la Ley.

Este cauce procesal permitiría calificar correctamente el suplicatorio (su denegación) como cuestión de procedibilidad, que pospondría el enjuiciamiento, pero no lo resolvería definitivamente, sin perjuicio, naturalmente de que, archivada provisionalmente la causa, hubiesen transcurrido los plazos legales de la prescripción.

Como puede observarse, esta, a nuestro juicio, correcta calificación del suplicatorio hace inviable que pueda alegarse su denegación en el trámite procesal de los artículos de previo y especial pronunciamiento porque, situados en una fase procesal en la que el juicio ya ha sido abierto, no cabría un sobreseimiento provisional. Somos partidarios, como ha quedado dicho en páginas anteriores, de que la petición del suplicatorio deba producirse desde que exista la primera *notitia criminis*. Repetimos que el suplicatorio se concibe como una consecuencia de la admisión de la querrela. Esta postura, con el apoyo de la práctica del Derecho francés y de un importante sector de la doctrina italiana, intenta centrar la cuestión en las garantías propias del parlamentario que no debe soportar imputaciones de ningún género sin antes haber sido levantada la condición de procedibilidad por la Cámara correspondiente. La inculpación es un acto consecuencia de la admisión de la denuncia o querrela. Lo verdaderamente relevante, a nuestro entender, es que el parlamentario conozca su condición de inculpado y quede revestido de todas las garantías procesales entre las que debe integrarse la derivada constitucionalmente de la necesidad de suplicatorio.

establece que «el control que a este Tribunal corresponde, según hemos indicado antes, acerca de la conformidad de las decisiones adoptadas en ejercicio de la inmunidad respecto al artículo 24.1 de la Constitución Española, no puede llevarnos a revisar o sustituir la valoración, pero sí a constatar que el juicio de oportunidad o de intencionalidad se ha producido en las Cámaras y ello de modo suficiente, esto es, en términos razonables o argumentables. De la existencia o inexistencia de semejante juicio depende, en efecto, que esta facultad, potencialmente restrictiva del derecho a la tutela judicial, se haya realizado conforme a su propia finalidad y depende, por consiguiente, en el supuesto de que la decisión parlamentaria sea contraria a permitir dicha tutela, que el derecho fundamental haya de considerarse o no vulnerado». Asimismo, esta sentencia determina el sometimiento de la decisión de las Cámaras Parlamentarias a las normas constitucionales para fundamentar el amparo que concedió por vulneración del derecho a la tutela judicial consagrada en el art. 24.1 del texto constitucional, con estos argumentos: «Ciertamente el artículo 71, número 2, de la Constitución Española atribuye a las Cámaras parlamentarias una facultad consistente en conceder o no la autorización para encausar por vía penal a sus miembros, y no puede discutirse que ésta sea una facultad de la que las Cámaras disponen libremente. Lo mismo puede decirse respecto a otras facultades que derivan directamente de la CE para los mismos o para otros órganos políticos, en relación a las cuales no se señalan condiciones específicas para su ejercicio. Ello no supone, sin embargo, que el libre ejercicio de una facultad así atribuida quede exento del principio de sometimiento a la CE, que, con carácter general, impone su artículo 9.1, de la misma a los poderes públicos.»