

LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE PARLAMENTARIO DE ALBERTO RODRÍGUEZ

The loss of Alberto Rodríguez's parliamentary status

FELIPE RAMA CERBÁN

Universidad de Valladolid

felipe.rama@uva.es

Cómo citar/Citation

Rama Cerbán, F. (2025).

La pérdida de la condición de parlamentario de Alberto Rodríguez.

Revista Española de Derecho Constitucional, 133, 321-349.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.133.10>

Resumen

Se analizan de manera conjunta las resoluciones de los dos recursos de amparo promovidos por el exdiputado Alberto Rodríguez Rodríguez: el primero contra la resolución judicial condenatoria, el segundo contra la decisión de la Presidencia del Congreso de los Diputados de retirarle su acta de diputado. A través del examen de las SSTC 8/2024, de 16 de enero, y 18/2024, de 31 de enero, se realiza un estudio detallado del principio de legalidad penal y de la inelegibilidad sobrevenida.

Palabras clave

Recurso de amparo; principio de legalidad penal; inelegibilidad sobrevenida.

Abstract

A joint analysis is made of the resolutions of the two appeals for amparo brought by the former Member of Parliament Alberto Rodríguez Rodríguez: the first against the conviction and the second against the decision of the Presidency of the Congress of Deputies to withdraw his seat as a Member of Parliament. A detailed study of the principle of criminal legality and supervening ineligibility is carried out by examining SSTC 8/2024 of 16 January and 18/2024 of 31 January.

Keywords

Application for amparo; principle of criminal legality; supervening ineligibility.

SUMARIO

I. EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS. II. RECURSO DE AMPARO CONTRA LA RESOLUCIÓN JUDICIAL: ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL (ARTÍCULO 25.1 CE): 1. La posición del Pleno del Tribunal respecto a la vulneración del principio de legalidad penal. 2. El voto particular discrepante con la decisión de la mayoría: 2.1. *De la reconstrucción improcedente de la demanda de amparo*. 2.2. *De la declaración de la desproporción de la pena*. 2.3. *De la incongruencia interna de la resolución*. 3. Examen crítico de la declaración de la vulneración del principio de legalidad penal. III. RECURSO DE AMPARO CONTRA LA DECISIÓN DE LA PRESIDENCIA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS: 1. La fundamentación jurídica de la resolución. 2. Lo que se debió abordar en la fundamentación jurídica. 2.1. *De la inelegibilidad sobrevenida (origen del problema)*. 2.2. *La incompatible regulación de la LOREG y del Código Penal*. 2.3. *La sentencia no obliga per se a la declaración de incompatibilidad*. 2.4. *Diferencias entre la sustitución y la suspensión*. 2.5. *De la falta de competencia de la Presidencia del Congreso de los Diputados*. 2.6. *Del deber reglamentario de salvaguardar el derecho de los miembros de la Cámara*. BIBLIOGRAFÍA.

I. EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS

Conocer lo sucedido es siempre necesario para formar una opinión suficiente y bastante, y más si lo que se pretende es razonar la fundamentación de dos resoluciones del Tribunal Constitucional. Por ello, permita el amable lector que dediquemos unas líneas a exponer los hechos acacidos en este caso¹, que son, en esencia, el sustrato fáctico de la fundamentación jurídica objeto de examen. Estos son los siguientes:

- (i) El recurrente en amparo fue condenado por el Tribunal Supremo como autor de un delito de atentado a agentes de la autoridad con la atenuante de dilaciones indebidas (los hechos tuvieron lugar casi ocho años antes de la resolución) a «la pena de 1 mes y 15 días de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. La pena de prisión se sustituye por la pena de multa de 90 días con cuota diaria de 6 euros» (STS 750/2021, Sala de lo Penal, de 6 de octubre de

¹ Para ello nos ceñiremos estrictamente a los referidos en ambas resoluciones. Ello sin perjuicio de una mayor profundización en alguno de ellos.

2021 [ECLI:ES:TS:2021:3638]) mientras era parlamentario del Congreso de los Diputados.

- (ii) Contra la resolución condenatoria el solicitante de amparo, en un primer momento, en la jurisdicción ordinaria, solicitó rectificación de errores materiales, y, en segundo lugar, incidente de nulidad de actuaciones por varios motivos, entre los que destaca la vulneración de principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) con base en que se había hecho una interpretación del art. 71.2 CP contraria al principio de taxatividad. Y ello en tanto que, si bien se le había sustituido la pena de prisión, sin embargo, se le mantenía la pena accesoria de inhabilitación especial para el sufragio pasivo, lo que provocaba una doble consecuencia carente de proporcionalidad: i) la pérdida de su escaño por aplicación del 6.2 LOREG, y ii) la privación del derecho al sufragio pasivo durante un mes y quince días (duración de la pena de prisión sustituida).

El incidente de nulidad de actuaciones fue desestimado, considerando que la resolución en relación con la determinación de la pena había sido respetuosa con el principio de taxatividad y que la pena impuesta tampoco resultaba desproporcionada. Respecto al principio de taxatividad dispuso el Tribunal Supremo que el art. 71.2 CP no determinaba que la pena objeto de sustitución fuese una pena distinta a la sustituida, por este motivo la pena accesoria no desaparecía, sino que se mantenía. En relación con la proporcionalidad de la pena, el Tribunal refirió que la retirada del escaño era una consecuencia extrapenal y, por tanto, no era objeto de examen en la fijación de la pena ni en su ejecución. En relación con la inhabilitación especial para el sufragio pasivo, sostuvo que esta no pudo en ningún momento afectar a su derecho fundamental de representación en tanto que su ejecución se produjo en un período en el que no hubo ningún tipo de elecciones.

- (iii) Mientras tanto, en el Congreso de los Diputados, el 18 de octubre de 2021, el cuerpo de letrados de las Cortes Generales emitió informe sobre las consecuencias que, en su caso, pudieran derivarse de la pena impuesta a efectos de analizar si se veía afectado de alguna forma el estatuto de diputado del Sr. Rodríguez. En este informe se defendía lo siguiente:

— Que la sustitución de la pena de prisión conforme al art. 71.2 CP por una pena de multa transformaba la pena principal desde su origen.

- Que el Tribunal había podido optar en la sustitución *ope legis* por otro tipo de penas distintas a la multa, entre las que se encontraba la «localización permanente». Esta última, considerada como privativa de libertad, de acuerdo con el art. 35 CP. Sin embargo, a pesar de haberlo podido hacer, no lo hizo.
 - Que la sustitución de la pena operaba en el momento de la aplicación de esta y no en el de su ejecución, que es cuando se aplicaría la inelegibilidad sobrevenida.
 - Que, en virtud de principios constitucionales, como el de «interpretación más favorable al ejercicio de los derechos fundamentales» o el de «proporcionalidad», la labor interpretativa de las normas debe de ser más favorable a la permanencia del Sr. Rodríguez en su escaño.
 - Que la pena accesoria que priva al penado del «derecho a ser elegido para cargos públicos» conforme al art. 44 CP no impide al Sr. Rodríguez el ejercicio de su cargo.
- (iv) Dos días más tarde, el 20 de octubre de 2021, el presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo remitió oficio a la Presidencia del Congreso de los Diputados en el que interesaba la remisión del «informe sobre la fecha de inicio de cumplimiento de la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo [...] con efecto de llevar a efecto la práctica de la correspondiente liquidación de la condena».

Frente al oficio recibido, la presidenta del Congreso de los Diputados, el 22 de octubre de 2021, pidió «aclaración sobre el modo de dar debido cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia y, en concreto, sobre si debe procederse, como medida de cumplimiento, a declarar la pérdida de condición de diputado Sr. Rodríguez».

El Tribunal Supremo respondió a esta solicitud de aclaración diciendo que no era función suya la de asesorar a otros órganos constitucionales, si bien descartó «cualquier error por el hecho de mantener la vigencia de lo dispuesto en el art. 56.1.2 del CP», ya que tal y como entiende este «así lo exige este precepto cuando se imponga una pena privativa de libertad», ya que «la pena de prisión es el desenlace punitivo asociado a la conducta que se declara probada, sin perjuicio de que a efectos de su ejecución —y sólo a estos exclusivos efectos— se haya acordado su sustitución por una pena de multa»

Ante esta respuesta, ese mismo día la presidenta del Congreso de los Diputados remitió oficio a la Junta Electoral Central a efectos de la sustitución del Sr.

Rodríguez. La Junta Electoral Central ordenó expedir credencial de diputada en «sustitución de don Alberto Rodríguez Rodríguez, en ejecución de la solicitud de la presidenta del Congreso de los Diputados» (AJEC 388/2021).

II. RECURSO DE AMPARO CONTRA LA RESOLUCIÓN JUDICIAL: ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL (ARTÍCULO 25.1 CE)

Fueron varios los motivos esgrimidos por el recurrente para alegar la vulneración de sus derechos fundamentales por la resolución objeto de amparo. Entre ellos se encontraban los siguientes:

- (i) La imparcialidad judicial (art. 24.2 CE): en tanto que consideraba que las menciones que hizo el Tribunal en sentencia en relación con las alegaciones hechas en su defensa evidenciaban un malestar por parte del órgano sentenciador que revelaba una pérdida de imparcialidad de este.
- (ii) La presunción de inocencia (art. 24.2 CE): en tanto que consideraba que la prueba de cargo, fundamentada únicamente en el testimonio de la víctima, no bastaba para enervar la presunción de inocencia. Este motivo de vulneración no amparado por el Tribunal fue objeto de un voto particular discrepante.
- (iii) El derecho de reunión (art. 21 CE): en tanto que consideraba que su condena traía causa de su activismo político y que los hechos imputables sucedieron en una manifestación donde ejercía su derecho fundamental.
- (iv) La legalidad penal (art. 25.1 CE): en tanto que consideraba que se le había impuesto una pena no prevista en el ordenamiento jurídico español, en concreto la accesoria de inhabilitación especial para el sufragio pasivo, al considerar que la pena de multa (sustituta *ope legis* de la de prisión) era autónoma y no consecuencia de la ejecución de la pena de prisión sustituida. Considerando, además, que esa pena acusaba desproporción al haber provocado su cese como diputado al resultar de aplicación la inelegibilidad sobrevenida contemplada en la legislación electoral.
Este motivo fue apreciado por el Tribunal amparando al recurrente, si bien también fue objeto de un extenso voto particular.

Por razones de relevancia y trascendencia jurídica, así como también por razones de imposiciones editoriales (lógicas) sobre la extensión del presente

artículo, es que nos centraremos únicamente en la vulneración del principio de legalidad penal.

1. LA POSICIÓN DEL PLENO DEL TRIBUNAL RESPECTO A LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Como se ha adelantado, el Pleno del Tribunal Constitucional amparó al recurrente en tanto que consideró acreditada la vulneración del derecho a la legalidad penal. Esta vulneración, a su parecer, trajo causa desde una perspectiva de la prohibición de interpretación extensiva o analógica de los preceptos sancionadores.

Antes de realizar la fundamentación que llevó a amparar al recurrente, recuerda el Tribunal que el parámetro constitucional de control de este derecho fundamental aparece necesariamente ligado a un doble soporte en la interpretación: i) metodológico, en cuanto que prohíbe una argumentación carente de lógica o que resulte extravagante, y ii) axiológico, en tanto que se fija la interdicción de bases valorativas distintas a los criterios que informan a nuestro ordenamiento jurídico. El fin de este marco comparativo no es otro que el evitar la aplicación arbitraria e imprevisible del derecho con la consecuente inseguridad jurídica que esto conlleva.

Dicho lo anterior, y para el caso concreto enjuiciado, el Pleno reconoce que se han utilizado como criterios interpretativos de carácter metodológico: i) el carácter lingüístico en tanto que el art. 71.2 CP limita la sustitución estrictamente a la pena de prisión omitiendo cualquier otra referencia a consecuencias accesorias o con algún tipo de vinculación, y ii) el carácter sistemático con base en una serie de consideraciones, la primera consistente en que las penas accesorias son consecuencia de la imposición de la de prisión y no de su efectiva ejecución; la segunda, la de la existencia de las reglas de sustitución de las penas entre las normas de aplicación de estas, y la tercera, la de que la suspensión o el indulto no alcanzan a eventuales consecuencia accesorias. No aprecia el Tribunal respecto a la aplicación de estas consideraciones metodológicas que se haya llegado a un resultado que pudiera ser considerado irrazonable, ilógico o extravagante.

Sin embargo, a pesar de reconocer la razonabilidad y lógica del criterio metodológico seguido, aduce que estas consideraciones lingüísticas y sistemáticas no son inequívocas para considerar la pervivencia de las penas accesorias a la de prisión cuando esta última es inferior a tres meses. A su entender, para ello se ha de acudir a un análisis del soporte axiológico para comprobar si las bases valorativas utilizadas se han de desarrollar conforme a los criterios informativos de nuestro ordenamiento constitucional.

El examen del soporte axiológico utilizado se centró en el análisis del principio de proporcionalidad en la intervención penal. El Tribunal Constitucional estima que la aplicación del principio de proporcionalidad al proceso debe tomar en consideración:

- Que este no constituye un canon de constitucionalidad autónomo, ya que solo puede dar lugar a un enjuiciamiento cuando esa presumible falta de proporcionalidad implique un sacrificio excesivo y no necesario de alguno de los derechos que la carta magna garantiza.
- Que en el ámbito penal el juicio de proporcionalidad queda circunscrito al examen de que la norma penal objeto de aplicación no produzca un patente derroche inútil de coacción. Derroche inútil de coacción que se produce cuando concurre un desequilibrio patente, excesivo e irracional entre la sanción y la finalidad de la norma.

Partiendo de lo anterior, el Tribunal Constitucional analiza la interpretación del art. 71 CP en relación con si este respeta el soporte axiológico impuesto por el principio de proporcionalidad y llega a realizar una serie de consideraciones:

- Constata, en primer lugar, que la normativa penal establece la sanción de las conductas punibles adecuando la calidad y cantidad de la respuesta penal, en términos de privación, limitación o restricción de los derechos afectados por la pena (art. 33 CP).
- Constata, en segundo lugar, que la normativa penal dispone que la imposición de una pena de prisión, en su condición de sanción más afflictiva, esté acompañada de una serie de consecuencias accesorias que difieren también según la extensión de dicha pena (arts. 55 y 56 CP) o la naturaleza del delito (art. 57 CP). Se evidencia tanto en términos normativos como desde la perspectiva del sacrificio de los derechos fundamentales a los efectos de poder establecer comparaciones para el juicio de proporcionalidad que resultan más graves y afflictivas para los derechos personales las penas de prisión y las privativas de otros derechos que la multa.
- Constata, en tercer lugar, que el art. 36.2 CP establece que la duración mínima de la pena de prisión es de tres meses, y el art. 71.2 CP obliga a que, cuando por aplicación de las reglas de individualización de la pena resulte a imponer una pena de prisión inferior a esa duración, esta sea sustituida en todo caso por multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente. Estas sanciones

aparecen calificadas como leves en relación con el art. 33 CP. Así, por aplicación del art. 71.2 CP, la sentencia impugnada determinó la sustitución obligada de la pena de prisión por una pena de multa (art. 33.4.g CP).

El Tribunal, finalmente, estimó que las resoluciones impugnadas habían optado por una interpretación que no ponderaba adecuadamente que la pena impuesta resultaba inexistente en una duración inferior a los tres meses por quedar sometida a la obligación legislativa de su sustitución por otras penas con una gravedad normativa e incidencia cualitativa y legislativa en términos de sacrificio de derechos fundamentales no parangonable con ninguna pena de prisión. Además, las penas con las que el legislador obliga a su sustitución están liberadas de las consecuencias accesorias vinculadas a la pena de prisión, que lo son solo en atención a la naturaleza de la prisión como sanción de superior gravedad en el ordenamiento penal.

Concluye, en atención a lo esgrimido, que, ante la inexistencia en la ley de penas de prisión inferiores al marco temporal de tres meses por la decisión legislativa de su obligatoria sustitución por otras cualitativamente menos afflictivas, la interpretación y aplicación del art. 71.2 CP conforme al cual perviven la pena de prisión y las consecuencias accesorias vinculadas a ella resulta una interpretación imprevisible contraria al art. 25.1 CE, ya que utiliza un soporte axiológico ajeno al principio constitucional de proporcionalidad por implicar un desproporcionado sacrificio en el derecho fundamental del afectado de representación política, que produce un patente derroche inútil de coacción.

2. EL VOTO PARTICULAR DISCREPANTE CON LA DECISIÓN DE LA MAYORÍA

Esta resolución cuenta con dos votos particulares, uno suscrito por don Ricardo Enríquez Sancho, don Enrique Arnaldo Alcubilla, don César Tolosa Tribiño y doña Concepción Espejel Jorquera que disiente de la opinión de la mayoría, y otro del magistrado don Ramón Sáez Valcárcel que confirma la decisión, pero añade otro motivo de amparo no contemplado en la resolución (la vulneración del derecho a la presunción de inocencia).

Es al primero de estos al cual haremos referencia, en tanto que da una visión distinta de la construcción en la fundamentación realizada por el Tribunal Constitucional en su resolución.

Este voto particular centra la discrepancia con la mayoría del Pleno en atención a tres razones:

- La primera, al considerar que por parte del Tribunal se reconstruyó de manera improcedente la demanda de amparo presentada por el recurrente incurriendo, así, en consecuencia, en una incongruencia *extra petita* que cercena los principios de contradicción y defensa del Ministerio Fiscal.
- La segunda, al considerar que la declaración de la desproporción se hizo alejándose de la propia doctrina del Tribunal Constitucional al no vincular la gravedad de la pena con la gravedad del delito.
- La tercera, al considerar que la propia sentencia incurre en una incongruencia interna, así como en irracionalidad en su desarrollo y fundamentación.

Veamos un poco más detenidamente cada una de estas razones:

2.1. De la reconstrucción improcedente de la demanda de amparo

Para analizar este argumento se ha de partir del planteamiento realizado por el recurrente en su demanda en relación con el principio de proporcionalidad que se recoge en el FJ 1 de la propia resolución en el que se vinculaba esa vulneración del principio de proporcionalidad a su cese como diputado en aplicación de la LOREG.

Es decir, que el recurrente vinculó el principio de proporcionalidad a la pérdida del escaño y no a la inhabilitación especial para el sufragio pasivo (y su pervivencia a pesar de haber sido sustituida la pena de prisión a la que se anudaba esta accesoria). El recurrente, en su demanda, atribuyó a la imposición de la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo la vulneración de la legalidad penal desde el prisma de la taxatividad (aplicación de una pena no prevista), que ocasionaba, en puridad, un clima de imprevisibilidad e incertidumbre que derivaba en una situación de inseguridad jurídica, refiriéndose de modo tangencial a que dicha imposición afectaba al principio de proporcionalidad, vinculando esa desproporción a la pérdida de su condición de diputado.

En este sentido, entienden los discrepantes que, al haber fundado el solicitante de amparo la desproporción de la pena en la pérdida del escaño y al haber declarado la sentencia que cualquier consideración que pudiera derivarse de la condición de diputado de este no podía ser valorada, la conclusión no podía ser otra que la desestimación sin más de la vulneración aludida.

En atención a esta motivación es que el Ministerio Fiscal da respuesta en sus alegaciones a la vulneración del principio de proporcionalidad en los

términos esgrimidos, es decir, conectando esa hipotética desproporción con las consecuencias extrapenales derivadas de la aplicación de la normativa electoral y no con el principio de legalidad. En este sentido, la incongruencia *extra petita* en la que ha incurrido la sentencia supondría una vulneración del principio de contradicción y defensa del propio Ministerio Fiscal.

2.2. De la declaración de la desproporción de la pena

Este ha sido el segundo criterio de los magistrados discrepantes para fundamentar su voto particular. Para ello empiezan recordando que el art. 49 CDFUE, en su apartado 3, fija como únicos parámetros para comprobar una hipotética desproporción la gravedad de la pena y la gravedad de la infracción. Según su parecer, esto ha sido también sostenido por la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional; se cita para ello la STC 55/1996, de 28 de marzo (ECLI:ES:TC:1996:55).

A su criterio, el Tribunal, en esta ocasión, para declarar la desproporción, se apartó del control externo que le corresponde al entrar en la interpretación realizada por el órgano jurisdiccional para declarar que esta no era inequívoca, entrando, en consecuencia, en el ámbito de la interpretación de la legalidad ordinaria, sustituyendo la labor propia del Tribunal Supremo como máxime intérprete de esta. Según los discrepantes, el Tribunal Constitucional efectúa una interpretación alternativa de la norma penal para declarar una vulneración de un desfigurado principio de proporcionalidad. Y dicen desfigurado en tanto que no efectúa un examen entre el contraste de la gravedad de la infracción y la gravedad de la pena impuesta, y sí se realiza de manera improcedente un examen de la relación entre la pena sustitutiva (pena de multa) y la accesoria (inhabilitación especial para el sufragio pasivo) derivada de la sustituida (pena de prisión).

Para argumentar lo anterior, acuden a una serie de razones que podemos plasmar así:

- Que los fines de cumplimiento alternativo de la pena no alcanzan a las penas accesorias. La pena accesoria se mantiene cuando la principal se cumple de modo alternativo a través de su sustitución o suspensión. Es decir, que el principio de proporcionalidad no determina que la forma de dar cumplimiento a la principal se vincule a la forma de cumplimiento a la pena accesoria.
- Que la imposición de una pena de inhabilitación especial para el derecho al sufragio pasivo que no llegó a producir una afectación concreta no puede considerarse incurso en un derroche inútil de coacción.

- Que la atenuante de dilaciones indebidas que produjo la individualización de la pena de prisión a un tiempo inferior a tres meses no afecta a la lesividad de la conducta punible en nada afecta, en consecuencia, a la antijuricidad y a la culpabilidad de la conducta objeto de reproche penal. Esta conexión entre la falta de minoración de la antijuricidad y culpabilidad de la conducta punible fue puesta de manifiesto en la STC 78/2013, de 8 de abril (ECLI:ES:TC:2013:78).

2.3. De la incongruencia interna de la resolución

En el voto particular se sostiene que la sentencia manifiesta irracionalidad e incurre en incongruencia interna al dejar fuera del fallo de la sentencia del Tribunal Supremo la pena de prisión, pese a que en su fundamentación se declara que esta es conforme al principio de legalidad penal.

En ningún momento de la fundamentación que se realiza se declara que la pena de prisión impuesta haya vulnerado el derecho fundamental del recurrente. Por ello, la exclusión del fallo de la sentencia objeto de impugnación de la referencia a la pena de prisión supone una incongruencia interna difícilmente salvable desde un razonamiento lógico y coherente.

3. EXAMEN CRÍTICO DE LA DECLARACIÓN DE LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

El núcleo del debate tanto en la sentencia objeto de comentario como en el voto particular es la averiguación de si resulta de aplicación o no la vulneración del principio de proporcionalidad en relación con el principio de legalidad penal en la aplicación de las penas impuestas.

Es necesario recordar que el principio de legalidad no es ilimitado, sino que se sujeta a un determinado marco de colisión con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos (STC 2/1982, de 29 de enero, FJ 5 [ECLI:ES:TC:1982:2]). Puede, así, ser objeto de limitación. Debemos partir de esta evidente premisa para proceder al examen de la cuestión expuesta.

En cuanto al principio de proporcionalidad se refiere, cabe señalar también de manera previa que los principios son normas básicas del ordenamiento jurídico que indican la tolerancia de otras normas desde una perspectiva axiológica actuando como instrumentos de legitimación o justificación de una determinada regla en el ámbito penal (Lascuraín y Fakhouri, 2019: 47-68).

Partiendo de estas dos notas previas cabe decir que el legislador ostenta una amplia libertad a la hora de fijar los márgenes de los tipos penales, así como para fijar las reglas de aplicación de las penas. Esta amplia libertad, sin embargo, cede ante una posible vulneración del principio de proporcionalidad, que, en caso de producirse, debe censurarse, protegiendo así al penado.

El principal problema surge en el momento de establecer el límite del arbitrio judicial a la hora de fijar la pena, ya que esta actividad puede colisionar con el principio de legalidad (De Vicente, 2004: 54). Siendo conscientes de que ese ámbito de abstracción en la determinación de la pena es necesario (Rodríguez, 1978: 890), debemos entonces examinar cuál es el alcance de su amplitud, es decir, cuáles son sus límites.

Pues bien, para analizar este concreto pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la legalidad penal y su relación con el principio de proporcionalidad necesariamente debemos partir de la invocación que el recurrente hace en relación con una supuesta vulneración. En este sentido, conviene recordar que el solicitante de amparo alegó que la sentencia objeto de impugnación «aplicó unas consecuencias jurídicas no previstas en el ordenamiento jurídico ni previsibles en su interpretación y aplicación» (FJ 6). Según él, la interpretación que se hace de la aplicación de la sustitución de la pena *ex art. 71.2 CP* es errónea y vulnera el derecho a la legalidad penal. La interpretación errónea consiste en entender que, aunque resulte de aplicación la sustitución, la pena principal y sus accesorias perviven y producen efectos. En conclusión, que la pena sustituta no adquiere autonomía respecto de la principal sustituida. Siendo la interpretación realizada una interpretación *in malam partem* que lesiona su derecho fundamental tal y como concluye el recurrente. No hace una referencia a la proporcionalidad entre el delito y la pena que se le impuso, sino que se refiere a la aplicación de una pena (o al menos sus consecuencias) no prevista en el ordenamiento jurídico.

Pues bien, para analizar este extremo partimos consecuentemente en este supuesto de una integración interpretativa fundamentalmente de dos preceptos del Código Penal: el art. 56 CP y el art. 71.2 CP. En primer lugar, del art. 56 CP cabe decir que está compuesto de dos apartados, mientras que en el primero se recoge un mandato (*impondrán*) de imposición de penas accesorias en atención a la gravedad del delito cuando la principal sea inferior a diez años de prisión, en el segundo se establece la dispensa de este mandato cuando entre en colisión con otros preceptos. En segundo lugar, el art. 71.2 CP señala que, cuando las penas de prisión sean inferiores a tres meses, esas penas, necesariamente y por imperativo legal, serán sustituidas por alguna de las siguientes: multa, trabajos en beneficio de la comunidad, o localización permanente.

Según este criterio, la pena accesoria también debería desaparecer, ya que se liga necesariamente a la pena de prisión (art. 56 CP). Conviene decir que no existe norma en el Código Penal que determine que, como efecto de la condena, se deba llevar a término el cumplimiento de la accesoria aun en el caso de que la pena principal a la que se acompaña sea sustituida por otra que no es de privación de libertad. Tampoco el Tribunal Supremo en su sentencia ha argumentado esa vigencia de la accesoria. Se ha convertido más bien en una especie de pena principal *sui generis*² que no está reconocida así en nuestro ordenamiento jurídico. También se da la paradoja de que el cumplimiento de la pena accesoria en este caso supone un mayor perjuicio en la esfera de los derechos fundamentales del penado que en el cumplimiento de la pena principal finalmente impuesta (la pena de multa), lo que desde nuestro punto de vista sí resiente notoriamente el derecho a la legalidad penal.

Por otra parte, el Tribunal Supremo se equivocó en el inicio y el Tribunal Constitucional siguió su camino al no criticar la equiparación que hace el primero en los distintos momentos procesales de la figura de la sustitución con otras figuras como son el indulto y la suspensión. En el indulto y en la suspensión, a diferencia de lo que acontece en caso de la sustitución, la pena que ha sido impuesta no desaparece, sino que pasa a una situación jurídica diferente. Más que afectar a la pena impuesta en sentido estricto, estas figuras lo que hacen es incidir en su cumplimiento.

Además, si atendemos a la regulación legal que se hace de una de estas figuras objeto de comparación, el indulto, observamos, como se diferencia en la propia ley, los conceptos de «remisión» y «conmutación»³. Se manifiesta en la regulación normativa de esta figura que el indulto consiste en «remitir» y no «conmutar» y que, además, dicha remisión afecta tanto a la pena principal como a las accesorias con carácter general. La diferencia entre conceptos es, desde luego, bastante ilustrativa para la presente cuestión.

² Esta denominación ha sido acuñada por Cuerda Riezu al considerar que la pena accesoria impuesta de inhabilitación especial para el sufragio pasivo, y en concreto su vigencia después de la sustitución, se trata de «una declaración apodíctica, que por eso mismo carece de fuerza de convicción», y que, según su parecer, «se ha desnaturalizado, ya que no es accesoria, pues ni acompaña a una privativa de libertad (art. 56 CP), ni acompaña a un concreto delito (art.57 CP); por obra del Tribunal Supremo se ha convertido más bien en una pena principal *sui generis*, que no está reconocida como tal en la legislación penal» (2022: 12).

³ Esto se extrae del examen del art. 4 y del art. 6 de la Ley de 18 de junio de 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto. En el art. 6 de dicha norma se establece, además, que el indulto con carácter general afectará a la remisión tanto de la principal como de las accesorias.

En cuanto a los efectos de la suspensión en relación con la pena principal y sus accesorias, ha de negarse también la afirmación que se hace por parte del Tribunal Supremo en su Auto de 15 de diciembre, FJ 8 (ECLI:ES:TS:2021:16830A), ya referido, ya que es falso que la suspensión de la pena principal no conlleve también la de su accesoria en nuestro vigente Código Penal, a diferencia de lo que se hacía en el Código Penal de 1973, en su art. 97, que disponía que la condena condicional no sería extensiva a sus accesorias cuando estas fueran la suspensión del derecho de sufragio o del cargo o función de carácter público. Pues bien, la intención del legislador penal en nuestro Código vigente no puede ser otra que la de considerar que «la suspensión de la condena puede hacerse extensiva a las penas accesorias, pues si el legislador hubiese querido mantener el contenido de dicho artículo 97, fácil le hubiese resultado reproducir su contenido en el C. Penal de 1.995, dentro de la Sección 1.^a del Capítulo 3.^o del Libro I relativo a la “suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”» (AAP Valladolid, Sección 2.^a, de 3 de noviembre de 1999 [ECLI:ES: APVA: 1999:88A]). Sostener lo contrario a esta interpretación teleológica resultaría un ejercicio interpretativo extensivo en contra del reo.

La figura de la sustitución evidencia que la pena sustituta y la sustituida son diferentes y autónomas, al igual que sus efectos, de manera que, una vez operada esta, si la pena sustituta no conlleva aparejadas las mismas accesorias que la sustituida, las accesorias de esta última deben reputarse inexistentes, al igual que el principal objeto de sustitución. Además, la sustitución opera en exclusiva en el momento de su aplicación y no en la ejecución, donde la nueva pena ya despliega todos sus efectos.

Una buena prueba de esta autonomía de las penas se puede observar si se realiza un estudio comparativo partiendo del instituto de la prescripción.

El art. 71. 2 del Código Penal obliga al juzgador a la sustitución de la pena de prisión inferior a tres meses de duración por otra de multa, trabajos en beneficio de la comunidad y localización permanente. Pues bien, desde el punto de vista del instituto de la prescripción, la cuestión de la elección de alguna de las penas alternativas es trascendental. Y es que las distintas penas que se barajan como posibles sustitutas tienen plazos de prescripción diferentes, pues, conforme a lo dispuesto en el art. 33.4.h CP, la pena de localización permanente tiene la consideración de pena leve y, por tanto, prescribiría al año, conforme al art. 133.1 CP. Si bien las otras dos alternativas (multa y trabajos en beneficio de la comunidad) tendrían la consideración de penas menos graves conforme al art. 33, letras j) y l), CP, siendo el plazo de prescripción de cinco años. Y, por otra parte, ¿qué pasaría si la pena principal objeto de sustitución prescribiera antes de proceder a su ejecución? La respuesta más acertada nos parece la dada por la Audiencia Provincial de Alicante en su Auto de 18 de

octubre de 2017 (ECLI:ES:APA:2017:452A) al considerar ambas penas (la sustituida y la sustituta) independientes y, por tanto, entender que el plazo objeto de la prescripción no se llega a iniciar hasta la efectiva sustitución.

Algunos autores, como Borja Jiménez (2015: 268) o Quintero Olivares (2016: 557), van más allá al afirmar que tanto antes de la reforma del año 2015⁴ como en la legislación vigente no existen las penas de prisión inferiores a tres meses. Siguiendo esta interpretación, el art. 71.2 CP opera así más como una habilitación que la ley utiliza para reprochar estas conductas de menor calado que como una sustitución en sentido estricto. Evidentemente, este criterio favorece a la hipótesis de la no procedencia de anudarle las penas accesorias de la principal a la pena sustituta, pues en puridad el efecto de la principal nunca existió.

Otro argumento que también apoya esta hipótesis de autonomía e independencia de las penas objeto de la sustitución es la regulación que el Código Penal hace en otros casos más allá del art. 71.2 para esta figura. Así, por ejemplo, la sustitución que se hace de las penas de prisión superiores a un año por la expulsión del territorio nacional a los ciudadanos extranjeros en el art. 89. En estos casos se contemplan la excepcionalidad de la pervivencia de la pena sustituida y sus consecuencias en el caso de que regresen antes del transcurso íntegro del tiempo de la pena de prisión impuesto. Se contempla expresamente, por tanto, esta supervivencia de la pena sustituida, no dejando lugar a una labor de interpretación. Es decir, el legislador penal, cuando quiere dejar constancia de la vigencia de los efectos de esa pena sustituida, lo deja expresamente referido, por tanto, carece de lógica entender que, ante la omisión de previsión expresa, el legislador también quería o perseguía anudarle vigencia a la pena sustituida.

En conclusión, el Tribunal Constitucional acierta al declarar vulnerado el principio de legalidad penal, pero yerra en los motivos expuestos que dicen haberle llevado a tal conclusión. Y es que lo que se produce es una clara vulneración del principio de taxatividad, al otorgar la jurisdicción ordinaria unos efectos ilógicos a la pena sustituida, siendo este hipotético pronunciamiento más coherente con la petición del recurrente. No debe olvidarse también que el principal criterio de interpretación de la norma penal ha de ser el gramatical⁵, y, en este sentido, el significado del verbo *sustituir* como sinónimo de *reemplazar* o *suplir* no deja lugar a dudas.

⁴ Se refiere a las reformas realizadas en virtud de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos del terrorismo.

⁵ En este sentido, la STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7 (ECLI:ES:TC:1997:137), dispone que «la seguridad jurídica y el respeto a las opciones legislativas de sanción

III. RECURSO DE AMPARO CONTRA LA DECISIÓN DE LA PRESIDENCIA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Veamos a continuación el examen del segundo recurso de amparo promovido por el exdiputado en dos grandes epígrafes. El primero analiza la labor de fundamentación realizada por el Tribunal Constitucional y el segundo crítica dicha labor y evidencia la pérdida de oportunidad de este al examinar una serie de extremos traídos a colación de la vulneración de su derecho de permanencia en el cargo.

1. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA RESOLUCIÓN

El Tribunal conecta esta resolución necesariamente con la recaída en el primer recurso de amparo comentado. Considera que, al no existir en el fallo de la sentencia condenatoria del Tribunal Supremo (al ser corregida por el Tribunal Constitucional) la expresa mención a la pena de prisión, se debe amparar al Sr. Rodríguez, considerando el derecho fundamental a ejercer las funciones representativas con los requisitos que señalan las leyes (art. 23.2 CE).

A nuestro entender, en su fundamento jurídico único el propio Tribunal incurre en una incongruencia en su motivación. Pues, por un lado, considera que la vinculación del presente amparo con la sentencia dictada por el Tribunal Supremo no es óbice ni para negar que se trata de un acuerdo parlamentario susceptible de ser recurrido en amparo por la vía del art. 42 LOTC ni para afirmar la falta de legitimación pasiva de la Cámara al haberse limitado a dar cumplimiento a un mandato judicial. Y, por otro, afirma que se han vulnerado los derechos fundamentales del Sr. Rodríguez única y exclusivamente porque se anuló en el primer recurso de amparo la pena de prisión del fallo de la sentencia condenatoria del Tribunal Supremo.

A nuestro entender, serían posibles dos soluciones más respetuosas con una adecuada fundamentación. La primera sería la de despachar el recurso de amparo por falta sobrevenida del objeto. Y es que esta forma de conclusión del proceso, aun cuando no contemplada expresamente en el art. 86.1 LOTC, es una de las formas de terminación de los distintos procesos

de conductas sitúan la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras desde el prisma del principio de legalidad tanto en su respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como en su razonabilidad».

constitucionales⁶. En el presente caso sucede algo muy parecido a lo acaecido en la STC 161/2020, de 16 de noviembre (ECLI:ES:TC:2020:161)⁷. En esta resolución, el Tribunal declara la pérdida sobrevinida del objeto al haber sido anuladas las dos resoluciones recurridas en amparo al declarar el TEDH que se había vulnerado el derecho a un tribunal imparcial contemplado en el CEDH.

Se dan situaciones muy similares en ambos recursos de amparo, tales como:

- Que se vincula la causa objeto de amparo al fallo de una resolución judicial del Tribunal Supremo. Si bien es cierto que en este recurso de amparo la vinculación no es directa, sino indirecta.
- Que se anula por parte de otra resolución el objeto que causaba, bien directa (en el caso de Arnaldo Otegui), bien indirectamente (en el caso de Alberto Rodríguez), el amparo que se pretendía.
- Que, incluso desde la óptica de la configuración del recurso de amparo como un remedio jurisdiccional idóneo únicamente para la reparación de lesiones singulares y efectivas de los derechos fundamentales, en el caso del Sr. Rodríguez, dicho remedio difícilmente podía hacerse efectivo, dado que la legislatura en la cual se había declarado su cese ya había terminado en el momento de dictarse la sentencia, mientras que en el caso del Sr. Otegui la nulidad de la resolución judicial deja sin efecto su inhabilitación.

A pesar de las similitudes de ambos supuestos, el Tribunal Constitucional ofrece ahora una solución distinta.

La segunda posibilidad sería declarar vulnerado su derecho a permanecer en el cargo por alguna de las razones que se comentan en el siguiente epígrafe.

⁶ Por ejemplo, entre otras, las SSTC 151/1990, de 4 de octubre, FJ 4 (ECLI:ES:TC:1990:151); 139/1992, de 13 de octubre, FJ 2 (ECLI:ES:TC:1992:139); 57/1993, de 15 de febrero, FJ único (ECLI:ES:TC:1993:57); 257/2000, de 30 de octubre, FJ 1 (ECLI:ES:TC:2000:257); 10/2001, de 29 de enero, FJ 2 (ECLI:ES:TC:2001:10), y 73/2018, de 5 de julio, FJ 2 (ECLI:ES:TC:2018:73) .

⁷ Esta resolución es la recaída en el procedimiento promovido por el Sr. Arnaldo Otegui Mondragón. Dicho caso es notoriamente conocido por los estudios de este ámbito ya que se relaciona con la famosa STEDH de 6 de noviembre de 2018 (asunto Otegui Mondragón y otros c. España) (ECLI: CE: ECHR:2018:1106JUD000418415), resolución estudiada y comentada de manera magistral en Sánchez (2020).

2. LO QUE SE DEBIÓ ABORDAR EN LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Aunque en la sentencia recaída se crea una relación necesaria de causalidad entre ambos recursos, pensamos que es necesario hablar de manera autónoma (con independencia de la primera resolución) de este recurso parlamentario, y ello por la oportunidad que nos brinda en relación con el interés científico que suscita a nuestra disciplina alguno de los extremos que se tratarán. Y que son, en esencia, razones suficientes para entender vulnerado el derecho fundamental del Sr. Rodríguez de permanecer en su cargo.

2.1. De la inelegibilidad sobrevenida (origen del problema)

La causa que ha favorecido el cese de la condición de diputado del Sr. Rodríguez, bien directa o, al menos, indirectamente, no es otra que la aplicación de la «artificial»⁸ creación jurisprudencial denominada inelegibilidad sobrevenida. Por ello creemos procedente analizar previamente este invento jurisprudencial, que de por sí supone una *contraditio in terminis*.

La artificial inelegibilidad sobrevenida trae causa de la relación de dos preceptos de la LOREG, el art. 6.2 y el art. 6.4, los cuales relacionan dos institutos: la inelegibilidad y la incompatibilidad. Sin embargo, estos son instituciones diferentes. Mientras que la incompatibilidad se relaciona en el ámbito del derecho parlamentario, la inelegibilidad se relaciona mayoritariamente con el derecho electoral.

Es por ello menester, y con carácter previo, averiguar si estamos, bien ante una figura de naturaleza más cercana a una causa de inelegibilidad, o, por el contrario, ante una causa de incompatibilidad. Pues bien, en este sentido, el Tribunal Constitucional ha venido diciendo que «inelegibilidad e incompatibilidad despliegan sus efectos en momentos distintos» (STC 155/2014, de 25 de septiembre, FJ 5 [ECLI:ES:TC:2014:155]). Sin embargo, en la redacción de la norma parece inferirse una asimilación peligrosa desde el punto de vista de la seguridad jurídica de ambos institutos.

Creemos que debería afirmarse con rotundidad que, en este caso, estamos ante un supuesto de incompatibilidad (no funcional) y no de inelegibilidad. Y ello, simple y llanamente, porque la inelegibilidad de ninguna forma puede ser sobrevenida, ya que únicamente afecta al momento previo a la elección.

⁸ Dicho adjetivo fue acuñado por el exmagistrado del Tribunal Supremo Martín Pallín (2022).

La cuestión no es vana, ya que la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹ ha venido reconociendo la competencia tanto de la Administración Electoral como del Parlamento para decidir sobre el cese de un diputado a estos efectos, asimilando ambas figuras hasta el punto de hacerlas prácticamente indistinguibles desde el punto de vista de su naturaleza jurídica.

Se hace así de este tipo de incompatibilidad una especie de híbrido: mitad inelegibilidad (legítima la actuación de la Junta Electoral), mitad incompatibilidad (legítima la actuación de la Cámara). Podría darse, por tanto, el hecho de que el Parlamento no considerase que recae una causa de incompatibilidad en un diputado, y, sin embargo, la Junta Electoral Central ordenase el cese de este por considerar lo contrario. Paradójico cuanto menos.

Y es que el art. 6.2.a de la LOREG no es de aplicación automática, tal y como se extrae del caso que nos ocupa, siendo el criterio interpretativo del órgano competente fundamental y necesario. De ello se extrae que la interpretación jurisprudencial que se hace de esta relación de preceptos podría atentar contra el principio de autonomía de la Cámara en casos como el que nos ocupa. Es decir, se permiten la actuación y sus efectos a un órgano externo y no jurisdiccional incluso contra el parecer de la voluntad de la Cámara en el ejercicio de su función.

Cabe también destacar que, para fundamentar la retirada del escaño del Sr. Rodríguez, se ha acudido de forma errónea a la STC 155/2014, FJ 2 (ECLI:ES:TC:2014:155), que cita, a su vez, la STC 45/1983 de 25 de mayo, FJ 5 (ECLI:ES:TC:1983:45)¹⁰, pues en el momento que se dicta esta sentencia no estaba en vigor la LOREG, sino el Real Decreto Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre Normas Electorales, siendo así la causa sobrevenida la dispuesta en el art. 4, apartado 5. Esta ley lo que hacía era considerar la aceptación de algunos cargos públicos en el momento posterior a su elección como incompatibles. La denominación como inelegibilidad sobrevenida únicamente responde al hecho de que estar en posesión de estos mismos cargos provocaba la condición de inelegible antes de la elección. Los supuestos de inelegibilidad referidos que se convertían en incompatibilidades se referían a cargos o puestos en otras instituciones.

⁹ En la STS, Sección 4.ª, 1586/2022, de 30 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4352A), se dispone que, ante la inactividad de la Cámara en un caso de inelegibilidad sobrevenida, la Administración Electoral puede actuar en aplicación de la LOREG, a fin de hacer efectivo su cumplimiento para restablecer la composición del Parlamento, expidiendo la credencial de diputado al candidato correspondiente de la lista del cesado.

¹⁰ Ambas se citan en el informe del secretario general del Congreso de los Diputados de 25 de octubre de 2021 que sirve de base jurídica para que la Presidencia de la Cámara dispusiese el cese del diputado.

No existe un componente subjetivo en esas causas (como puede ser el reproche social), sino que se trata de razones objetivas de la capacidad de las personas titulares que incurran en ellas. Estos casos de inelegibilidad asimilados a los de incompatibilidad lo eran en sentido propio siguiendo la distinción que hace el profesor Solozábal (1998: 288).

Además, en el actual supuesto de inelegibilidad sobrevenida al tratarse de una incompatibilidad «especial», o, al menos, «no funcional», el derecho de opción propio de las incompatibilidades desaparece, no recayendo en última instancia la pervivencia en el cargo de una decisión del propio afectado. Lo que debe entenderse, desde un punto de vista de los derechos fundamentales, como una exigencia mayor en cuanto a las garantías de ese derecho a permanecer en el cargo.

Es decir, que debe ser la Cámara en concreto la que disponga las consecuencias de la concurrencia de esa causa extrapenal que conlleva la pena de prisión. Este argumento, a nuestro modo de ver, se refuerza con el hecho de que, a mayores, en casos como el que nos ocupa, se necesita un ejercicio interpretativo en relación con la consideración de la pena impuesta como privativa de libertad o no.

2.2. La incompatible regulación de la LOREG y del Código Penal

Resulta menester advertir que la relación existente entre el art. 6.2 y el art. 6.4 de la LOREG puede ser incompatible con el régimen jurídico del Código Penal en relación con las penas accesorias.

El art. 56 del Código Penal dispone la obligación de imponer en atención a las penas de prisión inferiores alguna de las accesorias allí contempladas; entre estas se encuentra la del apartado 1.3, esto es, «la inhabilitación especial para empleo o cargo público». El referido precepto circunscribe la inhabilitación al hecho de que hubiera tenido relación directa con el delito cometido.

Sin embargo, en un caso como el del Sr. Rodríguez, que ahora comentamos, la consecuencia extrapenal de esa pena inferior de prisión llevaría (de no ser sustituida) al cese del condenado de su condición de parlamentario. Llevaría aparejados los mismos efectos que produciría la inhabilitación para cargo público, eso sí, sin que su pena se haya circunscrito a delito cometido en ejercicio del cargo tal y como prevé nuestro legislador penal. En consecuencia, tendría que cumplir al mismo tiempo (y a mayores)¹¹ la accesoria impuesta en sentencia y la privación del sufragio pasivo.

¹¹ Podríamos estar hablando de una vulneración del *principio non bis in idem* explicado con detalle en la STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3 (ECLI:ES:TC:1990:154).

En sentido contrario, ahora imaginémonos que a alguien se le condena por un tiempo determinado de prisión con la accesoria de inhabilitación de cargo público. Y aunque en ese momento penalmente no tiene restringido su derecho de sufragio pasivo, por el juego del art. 6.2 y art. 6.4 de la LOREG, tampoco podría ser candidato a unas elecciones que se fueran a celebrar después de haber sido inhabilitado.

La LOREG hace así posible lo que el Código Penal no permite: la inhabilitación especial de cargo público por delitos no relacionados con el ejercicio del cargo. En este sentido, Cuerda Riezu (2022: 15)¹² considera que la incompatibilidad de la regulación de las penas accesorias en el Código Penal y lo dispuesto en la LOREG en el art. 6.2.a provoca la tácita derogación de este precepto con base en el principio *lex posterior derogat anterior*.

2.3. La sentencia no obliga per se a la declaración de incompatibilidad

La hipotética declaración de incompatibilidad no es causa necesaria de la ejecución de la pena impuesta. Deben dejarse fuera del ámbito judicial los posibles efectos parlamentarios que de ella se deriven. En palabras del propio órgano sentenciador, esta hipotética causa de incompatibilidad «no se trata de una pena [...] sino de una consecuencia extrapenal de la condena» (ATS, Sala de lo Penal, de 15 de diciembre de 2021 [ECLI: ES: TS: 2021: 16830A]).

Puede parecer obvio, sin embargo, que, de la literalidad del oficio de la presidenta¹³, del informe del secretario general del Congreso de los Diputados¹⁴,

Y es que el penado está sufriendo necesariamente los efectos derivados de dos penas principales, la pena de prisión (que provocaría la inelegibilidad sobrevenida) y la pena de multa.

¹² Llega a afirmar el autor lo siguiente: «[...] resulta, pues, absolutamente inviable que la supuesta “inelegibilidad sobrevenida”, que algunos quieren ver en la regulación de la LOREG, sea capaz de modificar a una ley posterior, como es el Código Penal de 1995, hasta el punto de transformar la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo en una pena completamente distinta, como es la inhabilitación especial para empleo o cargo público, que es la finalmente sufrida por Alberto Rodríguez».

¹³ El oficio de la Presidencia del Congreso de los Diputados de 22 de octubre de 2021 incide en que la sustitución de su escaño se realiza en virtud del auto de ejecución recibido.

¹⁴ En el informe del secretario general del Congreso de los Diputados se llega a afirmar lo siguiente: «Por todo ello, y en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Supremo 750/2021, de 6 de octubre, que así lo estaría disponiendo, debía la Presidencia de la

y, por último, de la propia resolución del Tribunal Constitucional¹⁵, se extrae que dicha medida es obligada en ejecución de la resolución judicial.

Este matiz no es baladí, en tanto en cuanto que, en atención a una consideración u otra, podríamos hablar de una injerencia del Poder Judicial en el Legislativo, o la imputación de un hipotético delito de desobediencia a la autoridad judicial en caso de no proceder a la ejecución de la resolución.

A nuestro entender, el objeto del oficio¹⁶ del presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo necesariamente quedaba fuera del ámbito del art. 117.3 CE y, por tanto, la declaración de incompatibilidad con el cargo nunca debió de haberse realizado.

Desarrollamos este razonamiento comparándolo con otro caso sucedido unos años antes donde la relación entre Poder Judicial y Poder Legislativo culminó finalmente en una condena por un delito de desobediencia. El caso en cuestión es el denominado *Atutxa*¹⁷, y lo que a nosotros en concreto nos interesa de este es examinar las actuaciones habidas por parte del Tribunal Supremo antes de imputar un delito de desobediencia al presidente y a dos vocales de la Mesa del Parlamento Vasco.

Cámara declarar la pérdida de la condición de diputado del Sr. Rodríguez e iniciar los trámites conducentes a su sustitución como efectivamente hizo».

¹⁵ En la STC 18/2024, de 31 de enero, FJ único (ECLI:ES:TC:2024:18), se dispone: «Como se ha expuesto más ampliamente en los antecedentes, el acuerdo impugnado, en lo que se refiere a la comunicación de la pérdida de la condición de diputado del recurrente y de la necesidad de su sustitución, trae causa directa de la ejecución del fallo de la sentencia del Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 750/2021, de 6 de octubre, dictada en la causa especial núm. 21019/2019, en cuanto a que en esta resolución judicial se acuerda la imposición de una pena de prisión al demandante de un mes y quince días de prisión, en relación con lo previsto en el art. 6.2 a) LOREG, que establece que son inelegibles “los condenados por sentencia firme, a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena”, y el art. 6.4 LOREG, que establece que “las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad”».

¹⁶ En este caso no nos parece superflua la forma de «oficio» adoptada por el propio órgano jurisdiccional para dirigirse a la Cámara Baja. No se trata de una resolución judicial *strictu sensu*, esto es tal y como dispone el art. 245 LOPJ: auto, providencia o sentencia. Y es que este precepto dispone de manera específica que «resoluciones de los Jueces y Tribunales que tengan carácter jurisdiccional» serán denominadas y revestirán alguna de las formas antes enunciadas. De lo contrario, en un razonamiento lógico, podemos afirmar que aquellas que no revistan dicha forma no pueden considerarse como actos en el ejercicio de su función «jurisdiccional».

¹⁷ Da la casualidad de que en este caso fue protagonista el mismo magistrado que en el caso que nos atañe.

La relación de actuaciones, en resumen¹⁸, consistió en que el Tribunal Supremo ordenó a diversas autoridades, mediante Auto de 24 de abril de 2003, proceder a la disolución de los grupos parlamentarios provinciales, forales y municipales que figurasen bajo la denominación de Batasuna. Ante el acuerdo negativo de la Mesa del Parlamento Vasco a cumplir lo ordenado, se instó al presidente y a la Mesa para llevar a efecto la disolución del grupo parlamentario de Batasuna (Auto de 20 de mayo de 2003). Y, por providencia fechada el posterior 4 de junio, se exigió al presidente de la Cámara para que, «sin demora, pretexto o consideración de clase alguna», se disolviera el grupo parlamentario, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia a la autoridad judicial. El posterior Auto de 1 de octubre de 2003 declaró la nulidad de los acuerdos adoptados por la Mesa del Parlamento Vasco al considerar que pretendían impedir el cumplimiento de la sentencia que se trataba de ejecutar.

La comparativa se extrae para entender la posición extravagante de la Presidencia de las cámaras en ambos casos, en una por exceso y en otra por defecto, en la defensa de la autonomía de la Cámara. En el caso a examen, no existe resolución judicial alguna que condene expresamente al penado a la retirada de su acta de diputado, ni la sentencia en sentido estricto ni las actuaciones posteriores del órgano jurisdiccional. Como se ha advertido, en las posteriores actuaciones ninguna reviste el carácter jurisdiccional, a diferencia de lo que sí ocurrió con las cinco examinadas del caso *Atutxa*. En nuestro caso, estamos ante un mero oficio que, además, carece de mandato expreso. Es decir, ni material ni formalmente la actuación del magistrado a la hora de dirigirse a la sede de la soberanía nacional indicaba el proceder que finalmente se adoptó y mucho menos revestía carácter jurisdiccional su decisión.

2.4. Diferencias entre la sustitución y la suspensión

La condena que se impone en el fallo distingue entre una pena principal, de un mes y quince días de prisión, sustituida por una multa de noventa días con cuota diaria de seis euros, y una pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Tenemos así clara una cosa: la pena de prisión ha sido sustituida *ope legis*, por imperativo de lo dispuesto en el art. 71.2 del Código Penal. En este caso, el fundamento de la sustitución no se encuentra en una modificación de la

¹⁸ Esta serie de actuaciones judiciales vienen descritas con detalle en la STS, Sala de lo Penal, 54/2008, de 8 de abril (ECLI:ES:TS:2008:687).

consideración de la proporcionalidad entre el delito que se sanciona y la pena que se asocia, sino que se concreta en evitar el cumplimiento efectivo de penas cortas de prisión, cuyo efecto resocializador es difícilmente apreciable (Obregón García, 2005: 80). Por tanto, estamos ante una sustitución de carácter obligatorio y no meramente opcional o discrecional.

Pues bien, la causa de inelegibilidad sobrevenida en estos concretos supuesto es de aplicación «en el período que dure la pena» (art. 6.2.a LOREG). Entonces, si se sustituye la pena, la sustituida no puede desplegar su eficacia y, en consecuencia, no puede durar en el tiempo.

Es importante, por la inducción a error que sus semejanzas pueden provocar, diferenciar dos supuestos cuyos efectos son totalmente distintos: la suspensión y la sustitución. Esta distinción cobra especial relevancia ya que en algunos casos de «inelegibilidad sobrevenida» se ha traído a colación lo dispuesto en la STC 166/1993, de 20 de mayo, FJ 4¹⁹, en la que se indica que la inelegibilidad sobrevenida traía causa del reproche social y de la carga infamante de la condena y no de su efectivo cumplimiento.

Sin embargo, el caso al que se refiere el Tribunal Constitucional en esa resolución concierne a los efectos de una pena en suspensión. Se trata, por tanto, de una sentencia que parte de un supuesto de hecho muy diferente. Esa carga infamante que menciona el Tribunal desaparece cuando la pena ha sido sustituida, a diferencia de lo que acontece cuando se suspende, ya que, en el caso de la suspensión, aunque la pena no se está cumpliendo *strictu sensu*, sí que está vigente. La carga infamante a la que alude el Tribunal ha de ligarse necesariamente a la vigencia de la pena y no a su pronunciamiento o declaración formal. Defender lo contrario, aún en el ámbito extrapenal, significaría que al condenado se le están aplicando de manera simultánea dos penas (o sus efectos) en concepto de principal (que serían en este caso la pena de prisión y la multa).

¹⁹ Disponía lo siguiente: «En tal sentido conviene dejar bien sentado que la causa de inelegibilidad que afecta a “los condenados por Sentencia firme a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena” [art. 6.2 a) L.O.R.E.G.], no está en función del cumplimiento efectivo de la condena, que también se produce formalmente cuando se suspende, sino por ese pronunciamiento cuya carga infamante, como máximo reproche social, es la razón determinante de que el así señalado sea excluido del proceso electoral. En consecuencia, no depende ni puede depender de la situación personal del condenado, libertad o prisión, ya que —por otra parte— la condena condicional está concebida exclusivamente para evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria en los delincuentes primarios y respecto de las penas privativas de libertad de corta duración, finalidad explícita en el momento de su implantación».

2.5. *De la falta de competencia de la Presidencia del Congreso de los Diputados*

En todo caso, la presidenta de la Cámara no ostentaba la competencia de la que se valió para cesar al diputado de su cargo. Esta competencia ya fue delimitada por el Tribunal Constitucional en la STC 7/1992, de 16 de enero, FJ 2 (ECLI:ES:TC:1992:7)²⁰.

Y es que, en caso de concurrir un supuesto de inelegibilidad sobrevenida en un diputado, la labor de acordar la retirada del escaño sería atribuida a la Comisión Parlamentaria del Estatuto de los Diputados, que tiene carácter permanente en virtud de lo dispuesto en el art. 46.2 RCD. Su labor, tal y como se dispone en el art. 48 RCD, es la de preparar las decisiones del Pleno cuando este «deba pronunciarse en asuntos que afecten al Estatuto de los Diputados».

La atribución de esta competencia a esta concreta Comisión se ve reforzada por una interpretación sistemática del Reglamento del Congreso de los Diputados en tanto que la adquisición, suspensión y pérdida de la condición de diputado (arts. 20 a 22) aparece regulada en el capítulo VI del título primero, titulado expresamente «Del Estatuto de los Diputados».

2.6. *Del deber reglamentario de salvaguardar el derecho de los miembros de la Cámara*

Es oportuno recordar que el art. 12 del RCD impone a la Presidencia del Congreso un deber de salvaguardar el interés y el derecho de la Cámara y de sus miembros.

Pues bien, después de recibir el informe del cuerpo de letrados de las Cortes Generales²¹, en el cual no se contemplaba base legal alguna para la retirada de la condición de diputado del parlamentario, dos días más tarde, la Presidencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo remite un oficio²² al

²⁰ En dicho fundamento se disponía literalmente lo siguiente: «[...] la existencia de una hipotética situación de incompatibilidad [...] no puede ser efectuada unilateralmente por la Presidencia de la Asamblea, haya oído o no la a la Mesa o a la Junta de Portavoces. Esta tarea queda reservada a una Comisión Parlamentaria». Y continúa diciendo que, aún en el caso de estar ante un auténtico caso de incompatibilidad, «el acto impugnado hubiera sido nulo por prescindir de los trámites esenciales del procedimiento legalmente establecido para declarar este tipo de incompatibilidades».

²¹ Dicho informe fue recibido el 18 de octubre de 2021.

²² Este hecho aparece como probado en la STC 18/2024, de 31 de enero, antecedente 2.e (ECLI:ES:TC:2024:18). De este se han hecho eco diferentes medios informativos. Su

Congreso de los Diputados con el objeto de que se le informase del día de inicio de cumplimiento de la pena especial para la inhabilitación del derecho de sufragio pasivo a efectos de la liquidación de la condena.

Ante este oficio, a nuestro entender sería suficiente la respuesta de la presidenta del Congreso en los mismos términos en los que la Junta Electoral respondió al Sr. Rodríguez sobre idéntica petición en el Acuerdo 398/2021, negando su competencia en la materia.

Sin embargo, esto no fue así, y la presidenta, en respuesta al oficio, solicitó aclaración sobre el modo de dar cumplimiento a la resolución judicial, y, en concreto, preguntando si esta llevaba aparejada la retirada de la condición de diputado.

En su respuesta, el Tribunal Supremo nada aclaró sobre el correcto proceder de la Presidencia en relación con la retirada del escaño al Sr. Rodríguez. Sin embargo, la presidenta procedió a la retirada de la condición de diputado al Sr. Rodríguez realizando una función que constitucionalmente no le corresponde²³ al anudar unilateralmente el cese de la condición de diputado del Sr. Rodríguez a la ejecución del auto recibido.

De las actuaciones habidas se evidencia la inexistencia de justificación alguna para la actuación de la presidenta del Congreso de los Diputados, pues no ha habido una resolución jurisdiccional *strictu sensu* dirigida al Congreso con un mandato determinado. Lo único existente ha sido un oficio del presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo solicitando la determinación del día *a quo* para la liquidación de la pena accesoria. Incluso destacando (a nuestro parecer) la errónea actuación judicial de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en ningún momento se puede inferir que existe un mandato de retirada del escaño.

No es cuestión menor que, como ya se ha señalado, en este momento la presidenta contaba con un informe del cuerpo de los letrados de las Cortes Generales que apuntaba hacia el necesario mantenimiento de la condición de diputado del Sr. Rodríguez.

La actuación de la presidenta del Congreso de los Diputados no respetó el principio de interpretación más favorable para el ejercicio de los derechos

literalidad es la que sigue: «Dirijo a V. E. para interesar remisión a esta Sala, del informe sobre la fecha de inicio del cumplimiento de la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, impuesta a Don Alberto Rodríguez Rodríguez en la causa especial 3/2019, en virtud de sentencia núm. 750/2021, con efecto de llevar a efecto la práctica de la correspondiente liquidación de condena».

²³ La de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», que, tal y como dispone el art. 117 CE, es exclusiva de los órganos jurisdiccionales.

fundamentales²⁴. Además, en casos como estos, se debe trascender de la interpretación literal y dar entrada a una hermenéutica finalista donde tengan cabida, entre otros, los principios de conservación del acto, de proporcionalidad y de interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales (STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 6 [ECLI:ES:TC:1990:24]).

De las actuaciones acaecidas se desprende que el ejercicio interpretativo de la presidenta del Congreso en relación con el oficio de la Sala Segunda del Tribunal consistía en elegir entre alguna de las dos opciones posibles: i) mantener al Sr. Rodríguez en su condición de diputado o ii) retirarle su escaño. Atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se debería adoptar la primera opción, dado que es más favorable al ejercicio del derecho fundamental del Sr. Rodríguez de permanecer en su cargo.

Ha de tenerse en cuenta que, ligado al principio de interpretación más favorable para el ejercicio de derechos fundamentales, está también el de proporcionalidad (STC 105/2012, de 5 de junio, FJ 7 [ECLI:ES:TC:2012:105]). En atención a este principio, debemos atender a un triple juicio²⁵: idoneidad (si es susceptible de conseguir el objetivo propuesto), necesidad (si no existe otra alternativa más moderada) y proporcionalidad en sentido estricto (esto es, que se deriven de la medida más ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto).

Sin duda, estamos ante un caso en el que las consecuencias extrapenales de la condena son más graves que la propia pena impuesta, y afectan al conjunto de los votantes que eligieron al Sr. Rodríguez como su representante en el Congreso de los Diputados. Y es por este motivo por el que la Sra. presidenta yerra en un doble sentido: i) en considerar que la situación procesal del Sr. Rodríguez producía efectos en el ámbito parlamentario, y ii) en que dichos efectos conllevaban necesariamente la retirada de su condición de parlamentario.

En relación con esto último, conviene señalar que la pérdida de la condición de parlamentario viene dispuesta en el art. 22 del RCD y sujeta a unas causas tasadas. Sin embargo, el art. 21 del RCD se refiere a la suspensión de sus deberes y derechos parlamentarios, entre otros casos, en el siguiente: «[...] el Diputado quedará suspendido en sus derechos, prerrogativas y deberes parlamentarios cuando una sentencia firme condenatoria lo comporte o cuando su

²⁴ Este principio constitucional, si bien es cierto que cobra especial relevancia en el desarrollo de la labor de aplicación de las leyes por los órganos jurisdiccionales, afecta a todos los poderes públicos, tal y como se desprende de la STC 105/2012, de 5 de junio, FJ 7 (ECLI:ES:TC:2012:105).

²⁵ El contenido del principio de proporcionalidad viene explicado de manera sobresaliente en la STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 (ECLI:ES:TC:1996:207).

cumplimiento implique la imposibilidad de ejercer la función parlamentario». Desde luego, en este caso, el mal menor sería la aplicación de esa suspensión durante el tiempo de duración de la pena, medida, a su vez, mucho más respetuosa con el principio de proporcionalidad.

En conclusión, la decisión adoptada no fue idónea, ya que había otras posibilidades para ejercer ese reproche social que persigue la inelegibilidad sobrevinida, no fue necesaria en el sentido de que con la suspensión sería más que suficiente para la consecución del objetivo pretendido y, como ya hemos dicho, dicha medida fue totalmente desproporcionada.

Bibliografía

- Borja Jiménez, E. (2015). Reglas Generales de Aplicación de las penas: arts. 66, 66 bis, 70 y 71. En J. L. González Cussac (dir.). *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015* (pp. 268-269). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cuerda Riezu, A. (2022). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo que propició el cese como diputado de Alberto Rodríguez. *Diario La Ley*, 9999, 12-15.
- De Vicente Martínez, R. (2004). *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Lascuraín Sánchez, J. A. y Fakhouri Gómez, Y. (2019). Principios del derecho penal (I). El principio de legalidad y las fuentes del derecho penal. En A. Lascuraín Sánchez (coord.). *Manual de Introducción al Derecho Penal* (pp. 47-48). Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Martín Pallín, J. A. (2022). El caso del diputado Alberto Rodríguez: la perversión de las instituciones. *Contexto y Acción (Ctxt)*, 4-1-2022. Disponible en: <https://is.gd/VSozUB>.
- Obregón García, A. (2005). Determinación de la pena. En C. Molina Blázquez (coord.). *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito* (pp. 80-81). Barcelona: Bosch.
- Quintero Olivares, G. (2016). Artículo 71. En G. Quintero Olivares (dir.). *Comentarios al Código penal Español. Tomo I (artículos 1 a 233)*. Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi. Disponible en: <https://doi.org/10.62659/CF1503302>.
- Rodríguez Mourullo, G. (1978). *Legalidad (Principio de)*. Barcelona: Nueva Enciclopedia Jurídica.
- Sánchez Muñoz, Ó. (2020). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la imparcialidad judicial: el caso Otegui Mondragón y otros c. España (6 de noviembre de 2018). *Revista General de Derecho Constitucional*, 33, 9.
- Solozábal Echevarría, J. J. (1998). Artículo 70: Las inelegibilidades e incompatibilidades de los diputados y senadores y el control judicial de las elecciones al Congreso y al Senado. En O. Alzaga Villaamil (dir.). *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo VII, Artículos 66 a 80* (pp. 288-290). Madrid: Cortes Generales y Editoriales de Derecho Reunidas.