

Los Límites de la protección del cargo

El Rey y el Derecho

Manuel Fernández-Fontecha Torres (<https://elderecho.com/fernandez-fontecha-torres>)

Tribuna  18-08-2020

ESCUCHA EL ARTÍCULO

REMAINING
20:33

SPEED
1X



I. La exclusión plena de responsabilidad: los actos realizados durante su mandato en el ejercicio de sus funciones oficiales.

Los actos del Rey a los que se refieren los artículos 56.3 y 64.2 de la Constitución, son actos del Rey dictados en el ejercicio de sus funciones oficiales. La referencia a los *actos del Rey*, como los dictados en ejercicio de las competencias, excluye del refrendo y de la traslación de la responsabilidad a los actos que no se pueden considerar como tales a los efectos del artículo 56.3 CE.

La protección de esos actos está justificada por su relevancia constitucional, es decir, por su trascendencia en el funcionamiento de los Poderes Públicos. La causa de la protección es la garantía del orden de competencias de la Constitución. Lo que la norma pretende no es establecer un privilegio, sino asegurar la ausencia de responsabilidades personales derivadas del acto oficial. La firma del Rey no compromete su responsabilidad por

las leyes que se declaren inconstitucionales, o en otros supuestos de responsabilidad por acto del Estado legislador, o por los Reales Decretos que igualmente firma, y que después son anulados, o que causen daños en su aplicación. La responsabilidad es del órgano que refrenda.

En los actos no oficiales no existe esa justificación. En ellos no hay acto del Estado, son actos personales, expresión que utilizamos con todas las reservas, en cuanto el cargo no le priva ni le limita en su capacidad jurídica y de obrar estrictamente privada, -y esta referencia a lo privado es clave- a la vista de la ausencia de excepciones en esas actividades, como posibles incompatibilidades u otras restricciones. Actualmente, no hay limitaciones explícitas a la actividad del Rey en nuestro ordenamiento, por muy absurdo que parezca, como las establecidas para los miembros del Gobierno en el artículo 14 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Debería haberla a la vista de los hechos conocidos.

En el ámbito de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, que no es de aplicación a los titulares españoles de los cargos que cita, sino a los extranjeros, por lo que sirve solamente de orientación, el artículo 22 establece que los Jefes de Estado, entre otros cargos que cita, disfrutarán de inmunidad de jurisdicción y ejecución ante los órganos jurisdiccionales españoles de todos los órdenes durante toda la duración de su mandato, ya se trate de acciones judiciales en relación con actos oficiales o privados, ya sean relativas a actos realizados con anterioridad a su mandato o durante el ejercicio de este y en relación con actos oficiales o privados.

El artículo 23, en lo relativo a los que dejan de ocupar el cargo, dispone la continuidad de la inmunidad cuando se pierde la condición, pero limitada a los actos realizados durante su mandato en el ejercicio de sus funciones oficiales con el alcance que determina el Derecho Internacional. En todo caso, quedarán excluidos de la inmunidad los crímenes de genocidio, desaparición forzada, guerra y lesa humanidad. Y añade que también continuarán disfrutando de inmunidad civil, laboral, administrativa, mercantil y fiscal únicamente en relación con los actos realizados durante su mandato en el ejercicio de sus funciones oficiales, con las excepciones previstas en los artículos 9 a 16, en una referencia precisa a las concretas manifestaciones de la inmunidad en órdenes distintos al penal.

El artículo 24 de la citada Ley, también en el supuesto de dejar de ocupar el cargo, establece que una vez finalizado su mandato, las personas a las que se refiere el presente Capítulo no podrán hacer valer la inmunidad ante los órganos jurisdiccionales españoles cuando se trate de acciones relacionadas con actos no realizados en el ejercicio de sus funciones oficiales durante su mandato.

II. La responsabilidad de la actuación no oficial.- ¿Qué tipo de acto?

En referencia a los actos oficiales se hace mención de los actos personales o de carácter personal, con un cierto criterio residual, como los no realizados en las funciones oficiales. Partiendo de momento de la citada categoría, mucho más compleja de lo que aparenta, del acto personal pueden derivar responsabilidades de diversos tipos; civiles, sancionadoras, fiscales, laborales, fundamentalmente. En todos estos casos, muy variados, la responsabilidad nace cuando se establece en la ley y esta no la exceptúa. A esta regla existen excepciones, pero han de estar previstas en la norma, como es el caso de los actos oficiales del Rey. Las excepciones al principio de responsabilidad no se presumen y han de estar específicamente contempladas por la ley, en este caso por la Constitución.

La responsabilidad penal es la más grave. Hay que tener en cuenta que la norma penal atiende a la conservación y defensa de bienes jurídicos individuales y sociales que serían quebrantados si se amparase en la inviolabilidad una actuación personal presuntamente delictiva. La teoría del bien jurídico protegido por la norma penal va más allá de la obligación de reparar derivada del principio general de indemnidad de los daños. Por ello, la acción penal la ejerce el Estado y tiene un carácter público, con las limitaciones de los llamados delitos privados y cuasi

privados. Hay una obligación de proceder y de ejercer la acción penal en todo caso. Cuestión diferente es que pueda existir una exclusión de la punibilidad. En esa previsión de bienes jurídicos va implícita la garantía material de la existencia de la ofensividad de la conducta, que delimita lo punible.

En las infracciones administrativas también existe una lesión de una norma objetiva que se ha incumplido y que tiene una gravedad que justifica la sanción. Serían de aplicación los mismos criterios que en la infracción penal, a la vista de la unificación causal y funcional, ciertamente parcial, que el Tribunal Constitucional ha hecho de los artículos 24 y 25 de la Constitución. En el caso del Jefe del Estado, la propia conducta puede determinar cierta renuncia a la no responsabilidad. Por ejemplo, al cumplir con las obligaciones derivadas del ordenamiento tributario, presentando una declaración, se estaría sometiéndose implícitamente al régimen sancionador.

En la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a esta le ocurre exactamente igual que a las restantes. La responsabilidad nace cuando se produce el hecho. Las exenciones tienen que estar expresamente previstas.

En el caso del Rey emérito, se hace referencia en las informaciones que se han llevado a cabo, a hechos y actos como la creación de estructuras opacas y a la recepción de dinero que se ingresan en las cuentas de las Fundaciones a que se refieren las noticias publicadas, que se han calificado, según las mismas, en algún caso, como donaciones de otro Estado o de otros. Esas fundaciones, según las citadas informaciones, al parecer han pagado una serie de gastos personales y con cargo a los fondos se han llevado a cabo determinadas transferencias, que también pretenden ser donaciones, más o menos documentadas, a otras personas relacionadas con el mismo. De todo ello se ha especulado sobre el posible desarrollo de una actividad de tipo comercial en relación con operaciones económicas de empresas en relación con Estados y empresas extranjeras, desconociéndose los datos de las mismas y su vinculación con los ingresos recibidos. En el estado actual del conocimiento de los hechos, y en relación con este último aspecto, es una hipótesis,

La Constitución y sus normas de desarrollo no atribuyen al Rey función alguna en materia comercial, o mercantil, de la que se pueda derivar la condición de parte en los contratos de mandato, comisión mercantil, agencia, mediación o similares. En el primer aspecto, la actividad de promoción, gestión o similares no se encuentra dentro de las funciones que señala el artículo 56 de la Constitución. La función representativa del Estado no incluye la gestión de intereses personales, propios o de terceros, en las más diversas formas de la intermediación, entendida como cualquier forma de participación, comisión o retribución en el negocio o actuaciones de que se trate, o la incompatibilidad con actividades lucrativas, en los términos de los artículos 439 y 441 del Código Penal.

En la polémica planteada, se hace referencia en ocasiones a la labor de promoción de los intereses económicos de España, como labor meritoria e, incluso, como posible justificación de la existencia de retribuciones, más o menos encubiertas, de otras personas o entidades. Esto es un error. Si ya considerar que esa es una función del cargo es erróneo, pues en ningún momento se le atribuye, menos aún podría justificar una entrega de dinero o de otros bienes. La función del Jefe del Estado no es comercial o mercantil, y cualquier justificación que se invoque de este tipo además de no ser conforme a la Constitución, es un camino de justificación erróneo.

Por otro lado, estos casos, de darse, no son actos personales puros, pues en la realidad media fácticamente la actuación de representación, derivada positivamente de una referencia del artículo 56.1 de la Constitución, y no están protegidos por la inviolabilidad y la no responsabilidad jamás, pues no se trata de un acto oficial sino de un acto sin competencia, pues el Rey no la tiene para intervenir en ese concepto. Cuanto más claro se tenga este punto mejor. El Rey no puede intervenir en la promoción de negocios, en ningún caso y por tanto esa actividad no puede estar protegida por la inviolabilidad. Proteger con la inviolabilidad y no responsabilidad una actividad que no se puede llevar a cabo, por estar manifiestamente fuera de sus competencias, es sencillamente absurdo. Los actos del Rey pueden ser de carácter público o de carácter privado y es en relación con estos últimos con los que se plantea el interrogante de la posible extensión a los mismos de la inviolabilidad. Pero en todo caso, e

incluso para plantearse la duda, han de ser actos personales, en principio ejercitables, con capacidad jurídica y de obrar, no actos que no tengan sentido jurídico y realizados al margen del ordenamiento jurídico, como una gestión de negocios concretos.

En los actos de ese tipo con los que se especula, su atipicidad y extravagancia respecto de las funciones del Jefe del Estado no impide que en su caso puedan ser constitutivos de presuntos delitos contra la Administración Pública, el patrimonio y el orden socioeconómico, -incluso cometidos contra partícipes- contra la Hacienda Pública o de blanqueo de capitales. Pueden serlo, además, por ejemplo y dentro de los delitos contra la Administración Pública, si se han dirigido a forzar o facilitar cualquier forma de participación, comisión o retribución en el negocio o actuaciones de que se trate, o han incurrido en actividad incompatible lucrativa, en los términos de los tipos de los artículos 439 y 441 del Código Penal vigente.

Lo que ocurre es que, a efectos de esclarecer la cuestión de la inviolabilidad y no responsabilidad, hay que precisar a la actividad desarrollada y que da lugar a esos actos derivados, pues la actividad-base es la que tiene que ser en primer lugar identificada, en cuanto es el origen a los fondos. La referencia a la donación es una simple referencia o calificación, sin que vincule a los Tribunales. Pero sí se puede concluir que los actos de negociación que se contemplan en la hipótesis, no son actos del Rey, ni siquiera actos privados del Rey. Esto está muy claro. No hay una doble condición, la de Rey y la de ciudadano privado. Lo que hay es una capacidad general de derecho y de obrar que no limita el cargo. Pero esa capacidad de obrar no convierte todo en actos del Rey y menos aún actuaciones que no están dentro de sus competencias. Las funciones del Rey están en la Constitución y entre ellas no está la de intermediar o negociar nada. Por eso, en esos actos no hay inviolabilidad, sino simple incompetencia y si se actúa fuera de la competencia no se está protegido. La Constitución no ampara actos o actuaciones realizadas fuera de la competencia, y que, además, tampoco son actos privados, pues existiría una conexión con el ejercicio del cargo al existir un aspecto muy importante: la conexión e incluso confusión con la función de representación.

Esa actuación no es competencia del Rey. No la puede ejercer en nombre del Estado, al que no compromete, como es lógico, y tampoco se trata de una actividad privada que pueda llevar a cabo como tal. Es un acto al margen de sus competencias, tanto de Derecho Público como de Derecho privado. En el primer lugar, porque el Jefe del Estado no desarrolla ninguna función comercial o mercantil, y, en segundo lugar, y desde la perspectiva del Derecho Civil o Mercantil, porque no tiene tampoco capacidad ni legitimación para llevar a cabo esa intermediación por cuenta de los beneficiarios de uno u otro tipo, perspectiva esta última que excluye totalmente que estén protegidos por la inviolabilidad. Son sencillamente actos nulos de pleno derecho, con todas sus consecuencias.

La investigación de los citados hechos es coherente con la tesis de la titularidad de la acción penal por el Estado y de la obligación de su ejercicio, pues en el ordenamiento español no existe, como tal, el principio de oportunidad. Siempre se dice en este caso que el Rey que ha cometido un presunto delito es una hipótesis inimaginable, intolerable o chocante para el Derecho, la tesis en su día sostenida para defender la inviolabilidad, pero eso no quiere decir que no pueda pasar. La acción está completada y los restantes elementos del delito concurren. Las consecuencias a extraer corresponden al Derecho Constitucional y también, por qué no, al sentido común.

III. Posible exclusión de la pena pero con procedimiento penal tramitado

En el caso de la concurrencia de un procedimiento penal, ¿podría plantearse una exclusión de la pena? Se trataría de la consideración como condición personal de exclusión de la punibilidad el supuesto de la inviolabilidad, de acuerdo con la doctrina que prefiere esta denominación a la clásica de excusa absolutoria. Distinguiendo entre exclusión y supresión de la punibilidad, esta condición, aplicable al Jefe del Estado, no

eliminaría el delito, ni dejaría sin responder ante los Tribunales a partícipes y autores mediatos, siguiendo el proceso hasta el momento en que llegara a la fase final, en que la que se excluiría la imposición de pena al sujeto protegido.

Hay otras causas de exclusión y supresión de la punibilidad, a las que en el espacio que aquí dedicamos no puede ser abordado. Baste decir que la conducta también puede dar lugar a estas auténticas exenciones de pena, si bien no evitan el procedimiento. Los casos están en diversos tipos penales y se refieren a esa conducta, como causa de la eliminación del rigor del castigo penal, por muy diferentes motivos. Lo que no puede confundirse con una condición de procedibilidad, pues el proceso debe seguirse, pero con una exclusión de la imposición de la pena al beneficiado.

IV. El estado actual procesal de la cuestión

La salida del Rey emérito de España ha planteado su compatibilidad con la situación procesal actual de la investigación de los hechos.

Las diligencias se han calificado de pre procesales o informativas –depende de la información que se consulte- y se concluye a día de hoy que el Rey Emérito no está sometido a procedimiento. La referencia a las diligencias preprocesales, referidas necesariamente a hechos de significación penal, se contempla en el artículo 5 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, pero exclusivamente respecto de las dirigidas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye, distinguiéndolas de las diligencias a que se refieren los apartados Uno y Dos anteriores, que se conocen como diligencias de investigación, donde según la misma norma se debe citar en declaración al sospechoso, La información que ha llegado se refiere a diligencias informativas.

A ello cabe añadir que ha existido una causa penal, muy limitada, por decir algo, en la instrucción, sobre parte de los hechos ante la Audiencia Nacional, donde se produjo un sobreseimiento provisional por Auto de 7 de septiembre de 2018, citando en su texto la grabación de una conversación donde se ponían de manifiesto “unos actos que supuestamente había llevado a cabo D. Juan Carlos I, siendo Rey de España aproximadamente entre los años 2009 a 2012”, refiriéndose explícitamente a la inviolabilidad, de la que han derivado precisamente las diligencias de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la criminalidad organizada remitidas a la Fiscalía del tribunal Supremo.

En los Tribunales penales es usual referirse a la sujeción a procedimiento, como vinculación de la persona y de sus decisiones personales a la necesaria autorización o, al menos, conocimiento, por el Tribunal. La citada expresión no se refiere a la existencia de una medida provisional o cautelar sino a las consecuencias de la existencia del procedimiento en sí, en cuanto determinante de ciertas obligaciones entre ellas la obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello y el deber de comunicar al tribunal cambios en el domicilio. (Artículos 446 y 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, referidos a los testigos). Esto es también, sin duda, de aplicación en este caso.

En conclusión:

1.-La inviolabilidad y la no responsabilidad del Rey se refieren a los actos realizados durante su mandato en el ejercicio de sus funciones oficiales, y se extiende al periodo posterior al cese en el cargo. En el ejemplo puesto en el artículo, no se le puede exigir responsabilidad por la inconstitucionalidad o la responsabilidad patrimonial por una Ley que haya sancionado, o por un nombramiento oficial que se declare posteriormente contrario a Derecho. Eso es exactamente la inviolabilidad y no responsabilidad y el sentido del refrendo.

2.- Los actos estrictamente personales, con capacidad jurídica y de obrar y legitimación para ser llevados a cabo, y realizados durante el mandato, no están sujetos a refrendo, y existen posiciones opuestas en cuanto a si esos actos están excluidos de la citada no responsabilidad, siendo más defendible la tesis de la no exclusión de la responsabilidad, sin duda, por el principio de la vigencia plena del ordenamiento jurídico, exigible durante o después del mandato. La citada responsabilidad tiene diversas manifestaciones, como la civil, penal, laboral, administrativa, mercantil y fiscal.

3.- Las hipotéticas gestiones de tipo comercial o de promoción de negocios, más o menos relacionadas, vinculadas o confundidas con la función de representación, no son de la competencia del Rey, y, por tanto, no tienen el carácter personal al que se hace referencia, por lo que en ningún caso están amparadas por la inviolabilidad y no responsabilidad. Son sencillamente, de haberse producido, actos nulos de pleno derecho, con todas las consecuencias de la nulidad, en cuanto actos concluidos sin competencia, que no pueden producir efectos jurídicos, especialmente en materia de atribuciones patrimoniales derivadas de los mismos.

4.- En la citada hipótesis, y de existir los hechos, la apertura del procedimiento penal se debe producir en todo caso respecto de los autores, partícipes y o autores mediatos, pues la consideración a la intervención del Jefe del Estado no supone una condición de procedibilidad respecto de los elementos del delito o delitos y de sus autores y partícipes, sino una posible condición de exclusión de la punibilidad.

5.- La existencia de unas diligencias del Ministerio Fiscal no es irrelevante. Se trate de diligencias informativas o de investigación, y de ahí deriva una carga de colaboración con el Ministerio Fiscal y una sujeción a procedimiento, en los términos utilizados en los Tribunales, aunque la investigación del Ministerio Fiscal pueda considerarse que no está judicializada, lo que es muy dudoso a la vista de la tramitación intermitente en el procedimiento de diligencias previas 0000096/2017 Pieza V. En estos casos, se está sujeto a procedimiento.

COMENTARIOS

COMENTAR

SOBRE EL/LOS AUTOR(ES)



Manuel Fernández-Fontecha Torres (<https://elderecho.com/fernandez-fontecha-torres>)
Letrado de las Cortes Generales



TAGS

De la noticia

[delito privado \(https://elderecho.com/delito-privado\)](https://elderecho.com/delito-privado)

[delito público \(https://elderecho.com/delito-publico\)](https://elderecho.com/delito-publico)

[inviolabilidad del Rey \(https://elderecho.com/inviolabilidad-del-rey\)](https://elderecho.com/inviolabilidad-del-rey)

[Jefe del Estado \(https://elderecho.com/jefe-del-estado\)](https://elderecho.com/jefe-del-estado)

[responsabilidad \(https://elderecho.com/responsabilidad\)](https://elderecho.com/responsabilidad)

[responsabilidad contractual \(https://elderecho.com/responsabilidad-contractual\)](https://elderecho.com/responsabilidad-contractual)

[responsabilidad penal \(https://elderecho.com/responsabilidad-penal\)](https://elderecho.com/responsabilidad-penal)

Relacionados con Administrativo

[america \(https://elderecho.com/america\)](https://elderecho.com/america)

[extincion \(https://elderecho.com/extincion\)](https://elderecho.com/extincion)

[lider \(https://elderecho.com/lider\)](https://elderecho.com/lider)

EBOOK

Estudio sobre la Salud y el Bienestar de la Abogacía Española

Ver producto → (<https://www.efl.es/catalogo/ebooks-gratuitos/estudio-sobre-la-salud-y-el-bienestar-de-la-abogacia-espanola>)



AGENDA

Congreso Laboral 2020

13-10-2020

II Congreso Concursal Lefebvre

30-06-2020

Encuentro Lefebvre Inmobiliario

02-06-2020

[Ver agenda completa \(https://elderecho.com/agenda\)](https://elderecho.com/agenda)

TAMBIÉN TE PUEDE INTERESAR



TRIBUNA

Los recursos administrativos en el marco de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de ...

<https://elderecho.com/los-recursos-administrativos-en-el-marco-de-la-ley-de-procedimiento-administrativo-comun-de-las-administraciones-publicas-especial-referencia-al-ambito-local>



TRIBUNA

El procedimiento de revisión de oficio en la nueva Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo ...

<https://elderecho.com/el-procedimiento-de-revision-de-oficio-en-la-nueva-ley-392015-del-procedimiento-administrativo-comun-de-las-administraciones-publicas>



TRIBUNA

La impugnación de la tasación de costas

<https://elderecho.com/la-impugnacion-de-la-tasacion-de-costas>



ADMINISTRATIVO

TRIBUNAL

El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo
(<https://elderecho.com/el-nuevo-recurso-de-casacion-contencioso-administrativo>)

ADMINISTRATIVO

TRIBUNAL

De nuevo sobre el plazo para recurrir en caso de silencio administrativo
(<https://elderecho.com/de-nuevo-sobre-el-plazo-para-recurrir-en-caso-de-silencio-administrativo>)

ADMINISTRATIVO

TRIBUNAL

Los medios electrónicos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo ...
(<https://elderecho.com/los-medios-electronicos-en-la-ley-392015-de-1-de-octubre-del-procedimiento-administrativo-comun-de-las-administraciones-publicas>)

ADMINISTRATIVO

TRIBUNAL

La nueva doctrina del TS sobre la Relación de Puestos de Trabajo. Aplicación práctica en el...
(<https://elderecho.com/la-nueva-doctrina-del-ts-sobre-la-relacion-de-puestos-de-trabajo-aplicacion-practica-en-el-ambito-local>)



ADMINISTRATIVO



TRIBUNA
 (https://elderecho.com/la-administracion-electronica-en-la-La Administración electrónica en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común nueva-ley-del-procedimiento-administrativo-comun)

ADMINISTRATIVO

TRIBUNA

La concesión de aplazamientos y fraccionamientos de pago de los tributos locales

(https://elderecho.com/la-concesion-de-aplazamientos-y-fraccionamientos-de-pago-de-los-tributos-locales)

ADMINISTRATIVO

TRIBUNA

Consideraciones prácticas sobre el régimen jurídico de las subvenciones públicas

(https://elderecho.com/consideraciones-practicas-sobre-el-regimen-juridico-de-las-subvenciones-publicas)

Ver más... (/listado-administrativo)

(https://lefebvre.es/)



(https://www.facebook.com/Lefebvre.ES/)



(https://www.linkedin.com/company/lefebvre_es)



(https://www.youtube.com/c/lefebvre_es)



(https://twitter.com/Lefebvre_ES)



©2020 Lefebvre. Todos los derechos reservados

