

M^a LUISA MAQUEDA ABREU

**Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Granada**

**Fundamento y límites constitucionales a la inmunidad
parlamentaria**

1. INTRODUCCION

A menudo, cuando se pretende abordar el tema de la inmunidad parlamentaria se corre el riesgo de confundir lo que son, en realidad, planos distintos: a saber, el de su auténtica naturaleza como acto procesal condicionante de la apertura de un procedimiento y ulterior imposición de una pena, y el que la práctica nos ha venido mostrando, como resultado de su normal ejercicio, de impedimento real que exime a los parlamentarios del riesgo de sufrir penas. Este último aspecto, que no es sino consecuencia de un viciado entendimiento de esa prerrogativa, era destacado ya hace años por Bugallal cuando se refería a la inmunidad como "billete de libre circulación permanente a través del Código penal..." (1) y ha sido últimamente objeto de revisión por algunas sentencias del Tribunal Constitucional que merecen ser comentadas.

2. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Afirma este Tribunal en la última de sus sentencias, de 13 de enero de 1989, que "la inmunidad es una prerrogativa de naturaleza formal que protege la libertad personal de

(1) Cfr. Pérez Serrano, *Tratado de Derecho Político*, Madrid, 1976, pág. 781. Este autor se refiere a la inmunidad como institución "que ha perdido en buena parte su justificación" y que ha devenido "un privilegio personal que permite al parlamentario burlar impunemente y con agravio de la justicia el Código penal que a todos los ciudadanos obliga", pág. 782.

los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales que puedan desembocar en privación de libertad evitando que, por manipulaciones políticas, se impida al parlamento asistir a las reuniones de las Cámaras y, a consecuencia de ello, se altere indebidamente su composición y funcionamiento... Al servicio de este objetivo -concluye la sentencia- se establece la autorización del órgano parlamentario para proceder contra sus miembros (suplicatorio)..." (Aptdo. II, 3 B).

De esta forma, se configura la inmunidad en la doctrina constitucional como garantía que asiste a diputados y senadores en la persecución de los delitos que presuntamente cometan; garantía consistente, según los términos en que se expresa nuestra Constitución (art. 71), en la imposibilidad de ser detenidos -o "retenidos" (2)-, salvo caso de delito *in fraganti* (3), y en la necesidad de obtener el consentimiento de la respectiva Cámara para proceder a su inculpación o procesamiento. En definitiva, pues, obstáculos procesales o "condiciones de procedibilidad", como prefiere calificarlas la opinión mayoritaria (4), de las que se hace depen-

(2) Término que expresamente recoge el Reglamento del Senado, en su art. 22, y que parece querer expresar la brevedad de la detención, pero que en realidad no hace sino encubrir un mecanismo para disimular, bajo un concepto jurídico inexistente, la presencia de una verdadera detención, que así aparece desprovista de las garantías jurídicas que normalmente la acompañan. En el mismo sentido, Gómez Benítez, "La inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* (RFDUCM), nº 64, 1982, pág. 41; y Octavio de Toledo/Huerta, *Derecho Penal, P.G.*, 2ª ed., Madrid, 1986, pág. 412.

(3) En tal caso no se hace sino invertir el orden de protección, en cuanto que, de acuerdo con lo establecido en la LECri., se podría "detener" y "procesar", pero estas medidas deberán ser comunicadas "inmediatamente" (art. 22 del Reglamento del Senado) al cuerpo co-legislador correspondiente (art. 751), quedando el procedimiento en suspenso en tanto que éste resuelva "lo que tenga por conveniente" (art. 753).

(4) En general, los autores coinciden en afirmar su naturaleza procesal. Vid., entre otros, en la doctrina extranjera, Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, I, Trad. y notas de Córdoba Roda, Barcelona, 1962, pág. 250; Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, I, Trad. y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, pág. 250; Manzini, *Tratatto di Diritto Pe-*

der formalmente la imposición de la pena (5) y que persiguen otorgar al Parlamento facultades de control contra la actividad judicial, en buena lógica histórica a la que apela el Tribunal Constitucional, para poder comprobar la eventual existencia de un *fumus persecutionis*, es decir, si tras de ella se esconde una persecución arbitraria, instrumentalizada por fines políticos para privar maliciosamente a sus miembros de un asiento en las Cámaras (6).

Esta idea se apuntaba ya en una sentencia previa de 22 de julio de 1985 al afirmar que "la amenaza frente a la que protege la inmunidad sólo puede serlo de tipo político (y)... la posibilidad de *que las Cámaras aprecien y eviten esa intencionalidad* es lo que la Constitución ha querido al otorgarles la facultad de impedir que las acciones penales contra sus miembros prosigan, y lo que permite, por tanto, ...que las propias Cámaras realicen algo que no pueden llevar a cabo los órganos de naturaleza jurisdiccional, como es una valo-

nale italiano, I, 4ª ed., pág. 568; Pizzorusso, "Las inmunidades parlamentarias. Un enfoque comparatista", Trad. de Ballarín, *Revista de las Cortes Generales*, 2, 1984, pág. 42. En nuestro país, son de esa opinión, Portero, *Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias*, Málaga, 1979, pág. 101; Muñoz Conde, *Adiciones al Tratado de Jescheck*, I, cit., pág. 253; Mir Puig, *Adiciones*, cit., II, pág. 761; Rodríguez Devesa, *Derecho Penal español. P.G.*, Madrid, 1981, pág. 627; Rodríguez Ramos, "Inviolabilidad e inmunidad de los parlamentarios", *Estudios Jurídicos en honor del Prof. Octavio Pérez Vitoria*, II, Barcelona, 1983, págs. 845 y 846; Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal español. P.G.*, Barcelona, 1984, págs. 115 y 289; Cobo del Rosal/Vives Antón, *Derecho Penal, P.G.*, Valencia, 1987, pág. 161. Sobre su diferenciación de las "condiciones de prosecución", Gómez Benítez, "Inviolabilidad...", cit., pág. 70.

(5) Ampliamente, Octavio de Toledo/Huerta, *Derecho Penal*, cit., pág. 410.

(6) Así también, la doctrina dominante, vid. Fernández-Miranda Campoamor, "La inmunidad parlamentaria en la actualidad", *Revista de Estudios Políticos (REP)*, nº 215, sept.-dic., 1977, pág. 221; Pérez Serrano, *Tratado...* cit., pág. 781; Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, pág. 757; Santaolalla, *Derecho Parlamentario español*, Madrid, 1984, pág. 87; Pizzorusso, "Las inmunidades...", cit., págs. 44 y 45; Gómez Benítez, "Inviolabilidad...", págs. 30-37.

ración sobre el significado político de esas acciones" (Aptdo. II, sexto; cursivas mías).

Parece claro, por tanto, que el Tribunal Constitucional lejos de buscar una moderna razón de ser a la pervivencia de esta prerrogativa -tal como pudiera ser, y se ha intentado argumentar alguna vez, la de servir de complemento a la inviolabilidad, asegurando su efectividad (7)- ha preferido recurrir a su significado histórico para, desde él, limitar los abusos que se venían siguiendo de su ejercicio. Por ello señala, refiriéndose a la técnica de los suplicatorios "en cuanto instrumento que permite impedir el acceso al proceso penal", que su denegación puede considerarse correcta "únicamente en el caso de que... sea conforme a la finalidad que la institución de la inmunidad parlamentaria persigue y en que la posibilidad de denegación se fundamenta" y que "por el contrario, la respuesta negativa a la autorización para procesar será incorrecta y habrá un abuso de la figura constitucional de la inmunidad cuando ésta sea utilizada para fines que no le son propios. Con ello, concluye, afirmamos *una necesidad constitucional de condicionar o sujetar a límites la facultad que las Cámaras parlamentarias tienen para conceder o rechazar suplicatorios...*" (STC de 22 de julio de 1985, aptdo. II, sexto; cursiva mía) (8).

(7) Por entender que "de poco valdría la declaración de irresponsabilidad si fuera posible, sin previo trámite en el propio Parlamento detener, inculpar y procesar a un parlamentario...", cfr. Rodríguez Ramos, "Inviolabilidad...", págs. 845 y 846. Parecidas conclusiones cabe obtener de la exposición que ofrece sobre la inmunidad, Sánchez Tejerina, *Derecho Penal español*, 2ª ed., Salamanca, 1940, pág. 130.

(8) En respuesta a las alegaciones de las partes de que "ha sido deseo del constituyente que fuera la voluntad de cada una de las Cámaras la que decida sobre la inculpación o procesamiento de sus miembros, concediendo o denegando la autorización para ello" y que "la adopción de esas decisiones es un puro acto de voluntad política... y que encierra un juicio... sobre la oportunidad de proceder contra un parlamentario, de modo que aceptar la posibilidad de revisar dicho juicio desde otra instancia supondría contradecir la misma figura constitucional de la inmunidad", vid., Aptdo. II, segundo, en *BJC*, 1985, 52/53, pág. 1.023.

Y, ciertamente que el reconocimiento de una finalidad constitucional a la inmunidad -en este caso, la de posibilitar la detección de maniobras tendentes a alterar maliciosamente el funcionamiento de las Cámaras- puede ser útil a fin de recortar las facultades de ejercicio por parte de ellas, sobre todo si en último término, este Tribunal se reserva la competencia de revisar, a través del amparo, los casos de denegación infundada (9) de la autorización para proceder, como con buen juicio ha venido haciendo en las sentencias que se citan; del mismo modo que también parece inevitable y positivo que con ayuda de las indicaciones que éste ofrece en su doctrina sobre la inmunidad pueda ir limitándose el alcance, desmesurado, que la evolución histórica le ha ido reconociendo, incluso a veces por vía legislativa...; pero la cuestión de fondo que persiste, a mi entender, es si, con todo, puede resultar admisible la pervivencia de esa prerrogativa parlamentaria, una vez desaparecidas por obra del transcurso histórico y la evolución del Estado constitucional, las razones que propiciaron su creación.

3. ORIGEN HISTORICO Y SENTIDO ACTUAL DE LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA

A) Pese a que no faltan autores que pretenden hallar precedentes aislados de esta prerrogativa en el medioevo inglés o español (10), lo cierto es que su origen y abierto reco-

(9) Para constatar, como señala la sentencia en Apto. II sexto i.f., si "el juicio de oportunidad o de intencionalidad se ha producido en las Cámaras... de modo suficiente, esto es, en términos razonables o argumentales", *BJC*, cit., pág. 1.025.

(10) Cfr. por todos, Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, II, Buenos Aires, 1950, págs. 1.066 ss. y 1.071 ss. Se pronuncia expresamente en contra de esta opinión, Fernández-Miranda Campoamor, "Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias", *Comentarios a las leyes políticas*, t. IV, Madrid, 1989, pág. 331; Pizzorusso, "Las inmunidades parlamentarias...", cit., págs. 33 y 34. Este último autor cita la disposición contenida en el art. 8 de la Secc. V, Cap. I, Tit. III de la Constitución Francesa de 1791

nocimiento aparecen conectados con el constitucionalismo europeo y los modernos principios racionalistas de organización del poder. El conflicto de legitimidades que habría de producirse con motivo de los acontecimientos revolucionarios de signo liberal-burgués -primero en Inglaterra (1688) y, posteriormente, en Francia (1789)- entre el Parlamento, como órgano exclusivo de representación popular, y los restantes poderes institucionales de inspiración conservadora, anclados aún en las viejas estructuras del Antiguo Régimen, permitían comprender el justificado recelo de aquel órgano soberano frente a las intromisiones arbitrarias de los otros poderes constituidos en abierta oposición a él.

Fueron, pues, estas concretas circunstancias históricas las que motivaron la invención de las inmunidades parlamentarias -incluida la inviolabilidad- como garantía de la independencia de las Cámaras legislativas y especial salvaguarda de la libertad personal de sus miembros en su calidad de portavoces de la voluntad general. En este sentido, es ilustrativa la fundamentación que Robespierre otorgara a la inmunidad, como efectiva expresión del postulado de que "ningún poder debe elevarse por encima del cuerpo representativo de la nación" (11).

A esta concepción servía, desde luego, de sustento formal el principio -ficción de la separación de poderes (12): principio elocuentemente afirmado por los ilustrados y, en

como primera norma constitucional reguladora de la inmunidad y contenedora de su núcleo esencial, como cabe deducir de su lectura: "*Les représentants de la Nation pourront par faits criminels, être saisis en flagrant délit, ou en vertu d'un mandat d'arrêt; mais il e sera donné avis, sans délai, au Corps législatif; et la poursuite ne pourra être continuée qu'après que le Corps législatif aura décidé qu'il y a lieu à accusation*".

(11) Fernández-Miranda Campoamor, "La inmunidad...", cit., pág. 241.

(12) Así, entre otros, Schmitt, para quien la creación de las inmunidades parlamentarias deviene una de las consecuencias teóricas del riguroso entendimiento del principio de separación de poderes. *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1982, págs. 190 ss.

concreto, por Montesquieu que, sobre la base del modelo inglés, concebía a aquél como una técnica organizativa para proteger la libertad política (13); y ficción, en cuanto que, como razonadamente ha puesto de manifiesto Althusser, tal principio no ha pasado de ser "una ilusión histórica", "un modelo teórico puramente imaginario" (14). Bajo su lema obtendrían, sin embargo, interesantes privilegios los poderes implicados, que en su celo por afianzar sus respectivas esferas de ejercicio del poder -lo que originariamente parecía una pretensión exclusiva del Parlamento como órgano supremo del Estado, situado "superpartes"- se han servido tradicionalmente de aquel principio "revolucionario" como pretexto -y pretexto legítimo- para escapar a un control normalizado de sus disfunciones ante el aparato judicial (15).

(13) Cfr. el desarrollo de esta idea es Torres del Moral, "Democracia y representación en los orígenes del Estado Constitucional", *REP*, nº 205, sept.-oct., 1975, pág. 157. En cuanto a la defectuosa copia de la realidad inglesa, que Montesquieu creía haber captado, vid. Sabine, *Historia de la Teoría Política*, 9ª ed., 1978, págs. 411 y 412.

(14) *Montesquieu: la Política y la Historia*, 2ª ed., Trad. de Benítez, Barcelona, 1974, págs. 118 y 119 (cursivas del original). También, Poulantzas, *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*, 4ª ed., Trad. de Torner, Madrid, 1972, pág. 399; y Aranguren, *Ética y Política*, Barcelona, 1985, pág. 194. Ofrece, asimismo, una interpretación del pensamiento de Eisenmann, que sirve de apoyo a la afirmación de Althusser, García de Entera, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Madrid, 1972, pág. 52, nota 67.

Finalmente, sobre la antítesis soberanía popular-separación de poderes, cfr. Traverso, "Ilusión y realidad del Estado de Derecho" (*RFDUCM*), nº 15, 1962, pág. 669; Baratta, "El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual", Trad. de Barbero, *Sistema*, págs. 16 y 17.

(15) A ello alude Octavio de Toledo cuando se refiere a "los obstáculos legales a la exigencia de responsabilidad criminal de los funcionarios públicos", entre los que cita, a más de las inmunidades respecto del legislativo, el antejucio necesario para exigir responsabilidad a jueces y magistrados (arts. 757 ss. de la LECri.) y la llamada cuestión previa (art. 15 de la ley de Conflictos Jurisdiccionales de 17 de julio de 1948), junto con la predecesora autorización previa (art. 666, 5 LECri) -ambas ya desaparecidas (Cobo del Rosal/Vives Antón, *Derecho Penal*, cit., pág. 163)-, respecto de los funcionarios de la Administración. Vid. *La prevaricación del funcionario pú-*

Como afirmara Tocqueville en relación al ejecutivo -que continuó siendo tras la revolución (francesa) el "centro cimero del Estado" (16)- "bajo la antigua monarquía, el gobierno no se preocupaba menos que en nuestros días de evitar a los funcionarios lo enojoso de tener que comparecer ante la justicia como simples ciudadanos. La única diferencia esencial entre las dos épocas es la siguiente: antes de la Revolución, el gobierno no podía proteger a sus agentes más que recurriendo a medidas ilegales y arbitrarias (17), mientras que a partir de ella, ha podido dejarles violar las leyes legalmente" (18). Y es que, en efecto, una nueva técnica legal -la de la autorización para proceder, obtenida del órgano correspondiente- vino entonces a sustituir a la práctica viciada de las avocaciones del Antiguo Régimen, como también una nueva clase -la de los funcionarios públicos- iba a atraer para sí los privilegios que en su día disfrutara la nobleza (19).

blico, Madrid, 1979, págs. 169 ss. A esta última se refería desde un prisma crítico, apreciando su paralelismo con las inmunidades parlamentarias, Alvarez-Linera y Uria, "Notas sobre el llamado «fuero parlamentario»", *La Ley*, 1981, 2, págs. 958 y 959.

(16) Cfr. Guerrero, *La Administración Pública del Estado Capitalista*, Barcelona, 1981, pág. 99. Más ampliamente, págs. 96 ss.

(17) Se está refiriendo el autor a la técnica de la "avocación", a través de la cual se sustraía de manos de los jueces ordinarios cuantos asuntos interesaran a la Administración, que pasaban a ser directamente competencia suya. "Este género de avocaciones, afirma Tocqueville, no se daba solamente de tarde en tarde, sino todos los días... Era suficiente tener el nexo más ligero con la administración para no temer a nada, si no es a esta misma", *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Madrid, 1911, págs. 89 a 91.

(18) *El Antiguo Régimen...*, cit., pág. 91. Vid. también esta idea desarrollada en García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, 1974, pág. 18.

(19) Basta leer el Preámbulo de la Constitución francesa de 1791 para apreciar claramente los términos de esa sustitución: "*Il n'y a plus ni noblesse, ni pairie, ni distinctions héréditaires, ni distinctions d'ordres, ni regime féodal, ni justices patrimoniales, ni aucun des titres, dénominations et prérogatives que en derivaient, ni aucun ordre de chevalerie, ni aucune des corporations ou décorations, pour lesquelles on exigeait des preuves de noblesse, ou que supposaient supériorité que celle des fonctionnaires pu-*

Y en fin, en esta transposición de técnicas y de roles que ponen en entredicho la máxima liberal por excelencia de "igualdad de todos los ciudadanos ante la ley", quizás no quepa ver más que aquéllo que se denuncia como resultado del utópico principio de la separación de poderes: una imagen del Estado como "unidad centralizada" (20), como ente transpersonalista y mayestático que reduce los distintos poderes a simples órganos cuyas actividades convergen en su seno y que, por ello, participan de una porción de aquella *majestas* y, a través de ella, de las atribuciones de *potestas* y *dignitas* (21). Una idea ésta -la de la "dignidad"- curiosa-mente antitética a todo pensamiento democrático, que no puede decirse extraña al parlamentarismo (22) y a la técnica que le es característica del mandato representativo (23) y

blics dans l'exercice de leurs fonctions", cfr. García de Enterría, "Revolución...", cit., págs. 65 y 66, nota n. 83.

(20) Cfr. Poulantzas, *Poder político...*, cit., pág. 397.

(21) El Estado "soberano" pasa, pues, a sustituir al Monarca "soberano". Este cambio de etiquetas es fácilmente detectable a partir de las consideraciones de Vattel, expuesta por Schmitt, *Teoría...*, cit., pág. 210. Para un análisis más amplio, vid. Octavio de Toledo, *La prevaricación...*, cit., págs. 189 ss.

(22) Mandel ha señalado que "la institución parlamentaria es un ejemplo típico del salto directo, mecánico, que existe -en el Estado burgués- entre la dominación de la clase dominante y el ejercicio del poder del Estado", *La teoría marxista del Estado*, Barcelona, 1976, pág. 24.

(23) Burdeau ha sabido expresar cómo esta forma de representación política, que figura entre los más constructivos principios de 1789, "descansa en cierta manera de entender la dignidad del elegido...". "Nada se dice -afirma Torres del Moral, comentarista de este autor- de la dignidad del elector... El punto básico es la dignidad del elegido, cuyo escrupuloso respeto se traduce en la reserva de poder por parte de una asamblea burguesa poco obligada respecto del pueblo que la elige... No otro razonamiento han esgrimido siempre los despotismos, concluye: las excelentes cualidades y la dignidad del déspota lo legitimaban para... ejercer el poder sin compromiso respecto de nada ni de nadie, incontestablemente". Parecidas consideraciones a las de aquel autor cabe encontrar tiempo atrás en Tocqueville cuando se refiere a la concepción revolucionaria de la soberanía nacional como "total uniformidad institucionalizada" en que el protagonismo del pueblo es meramente aparente y se reduce a "elegirse un amo que les impida en adelante actuar y pensar". En estas reflexiones está evidentemente presente el pensamiento político de Montesquieu y otros enci-

que, probablemente tenga que ver más de lo que pudiera parecer con la supervivencia aún hoy, en la mayor parte de las Constituciones occidentales, de instrumentos privilegiados de protección, como el de la inmunidad.

Piénsese que la idea -acogida en nuestros días por el Tribunal Constitucional y sobre la que se ha pronunciado insistentemente la doctrina- de que "la inmunidad parlamentaria no puede concebirse como un privilegio personal... (24) (sino que) se justifica en atención al conjunto de funciones parlamentarias respecto a las que tiene, como finalidad primordial, su protección" (25) no permite, por sí misma, fundar satisfactoriamente la pervivencia de esa institución, al menos en tanto que no se expliquen las circunstancias que

clopedistas como De Lolme o Siéyès, que presumiblemente hicieron suyo los revolucionarios ingleses y franceses: el de que "lo único que el pueblo puede hacer por sí mismo es elegir. Gobernar es cosa de los representantes. Frente al *vicioso*, pues, gobierno democrático, el *virtuoso* sistema representativo", cfr. Torres del Moral, "Democracia...", cit., págs. 159, 199 y 205. Y con esta nueva ficción -la de la representación- va a nacer una nueva aristocracia, no ya nobiliaria, sino de "méritos", de "capacidades". El diputado es, ante todo, como afirma Schmitt, "un hombre seleccionado por su inteligencia y preparación para cuidar sólo del Todo político en cuanto tal... de él recibe el Parlamento la significación de *elite* representativa" de "Asamblea aristocrática u oligárquica", *Teoría...*, cit., págs. 215 y 216.

(24) "...esto es, como instrumento que únicamente se establece en beneficio de las personas de los Diputados o Senadores, al objeto de sustraer sus conductas del conocimiento o decisión de jueces o tribunales... (pues) frente a la improcedencia o la falta de fundamentación de las acciones penales... no cabe mayor defensa frente a tales riesgos o defectos de tipo jurídico que la proporcionada por (ellos)", Apto. II, sexto, de la STC. de 22 de julio de 1985.

(25) Precisamente este criterio distintivo es el que se ha empleado por parte de los autores para fundamentar, en cuanto a la inmunidad, su naturaleza de "prerrogativa" y no de "privilegio" (Cfr. por todos, Fernández-Miranda, "La inmunidad...", cit., págs. 210 ss.) y, como tal, justificativa de su irrenunciabilidad (cfr. Pizzorusso, "Las inmunidades...", cit., pág. 44) y, más importante aún, de la quiebra que supone el principio constitucional de igualdad de todos ante la ley (cfr. Rodríguez Ramos, "Inviolabilidad...", cit., pág. 846). En términos más genéricos, Basile, "los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas", en Pedriero y García de Enterría, *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1980, págs. 281 y ss.

en la actualidad reclaman la necesidad de esa tutela especial; siendo así, en efecto, que hoy en día el ejecutivo no es sino un órgano de poder que procede de la mayoría del Parlamento (26), lo que permite desterrar del escenario político aquel viejo antagonismo entre Parlamento y Corona. Y ni aún como mecanismo de tutela de las minorías, pretexto que gusta también ser esgrimido, puede ya justificarse su vigencia pues a nadie escapa la instrumentalización práctica de que este privilegio es objeto en manos de la mayoría (27).

La inexistencia de una razonable explicación para el ejercicio de la inmunidad fue ya puesto de manifiesto por Kelsen cuando afirmaba que "...dentro de una República (Monarquía) parlamentaria en que el Gobierno no es sino una emanación del Parlamento y se halla bajo el control de la oposición y la opinión pública en general, a la vez que la independencia del Poder judicial no está menos asegurada que en la Monarquía Constitucional, carece de sentido tratar de proteger al Parlamento frente al propio Gobierno. Ni siquiera puede tener aplicación ese privilegio para proteger a las minorías contra el albedrío de las mayorías... por la sola razón de que semejante protección no es posible mientras la mayoría pueda acordar la entrega de un diputado a la

(26) Así también, Fernández-Miranda, "La inmunidad...", cit., pág. 240. Sole Tura/Aparicio Pérez, *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Madrid, 1984, págs. 67 y 68. Rubio Llorente, "El Parlamento y la representación política", *I Jornadas de Derecho Parlamentario*, Madrid, 1985, págs. 157 y 158. Como señala asimismo Traverso, "Hoy el poder ejecutivo emana del legislativo o sale de aquél. El ejecutivo hará lo que ordene el legislativo, o éste se someterá a lo que mande aquél, porque en realidad todos emanan de un mismo Poder, que es el que en última instancia decide", "Ilusión...", cit., págs. 667, 668 y 645 ss.

(27) Fernández-Miranda es ciertamente explícito en este sentido al señalar que "la inmunidad, ya privilegio de la mayoría... ni siquiera cumple la función constitucional que la justifica, pues de garantía del Parlamento se transforma en garantía, y aún medio de opresión, de uno o varios grupos políticos, mientras las minorías quedan totalmente desamparadas", "La inmunidad...", cit., pág. 238. También, Sole Tura/Aparicio Pérez, *Las Cortes...*, cit., pág. 72.

autoridad que lo persiga. En modo alguno, concluye, puede tratarse de un derecho necesario a tal protección..." (28).

B) Pero es que, además, si se quisiera seguir manteniendo la inmunidad sobre las premisas hasta ahora indicadas, quedarían sin razonar muchas de las atribuciones que la ley o la práctica les han reconocido y no pocas expectativas de las que se espera que esta institución cumpla.

a) Así, en efecto, en cuanto a su *ámbito temporal*. Que éste alcance, según previsión constitucional expresa (art. 71, 2) al periodo de mandato parlamentario y no sólo al de sesiones, como sucede en otros ordenamientos como el francés, carece de fundamento, si, como parece, lo que se pretende garantizar a través del acto de autorización es la funcionalidad del Parlamento a través de la libre asistencia de sus miembros (29).

(28) *Esencia y valor de la Democracia*, 2ª ed., Madrid, 1977, págs. 67 y 68. Sobre la transición de la Monarquía Constitucional a la República Parlamentaria, concretamente en lo que se refiere a la independencia del poder judicial, vid. este mismo autor, *Teoría general del Derecho y del Estado*, Méjico, 1979, págs. 333 ss.

(29) Así, Fernández Miranda, "Inviolabilidad...", cit., pág. 343. En otro sentido, sin embargo, Santaolalla, *Derecho...*, cit., págs. 90 y 91; Manzella, "Las Cortes en el sistema constitucional español" en Pedrieri y García de Enterría, *La Constitución...*, cit., pág. 490. Sobre este extremo, en el Derecho italiano y francés, Garrido Falla, *Comentarios...*, cit., pág. 755.

Una importante cuestión a dilucidar es si para gozar de la inmunidad basta ser parlamentario "electo" o se requiere haber alcanzado la condición plena de tal, mediante el cumplimiento de los requisitos que, al efecto, establecen los arts. 20, 1 del Reglamento del Congreso y arts. 11 y 12 del Reglamento del Senado. En general, la doctrina ha estimado suficiente lo primero siguiendo, en este extremo, el criterio adoptado por la LECri. en su art. 751 i.f. y la Ley de 1912, en sus arts. 1,1 y 2,2: criterios que respetan, de otra parte, nuestra tradición constitucional pero que parecen entrar en conflicto con el nada explícito art. 20, 2 del vigente Reglamento del Congreso (vid. Fernández-Miranda, "La inmunidad...", cit., págs. 215 y 216). Una sentencia del Tribunal Constitucional, de 18 de noviembre de 1983, dictada con motivo del recurso de amparo interpuesto por diputados electos de Herri Batasuna, parece, con todo, haber optado por la segunda vía al reconocer la adecuación constitucional del Reglamento, de cuya lectura cabe inferir la necesidad de cumplir las exigencias que en él se contemplan

Pero es que, además, el reconocimiento de esa finalidad debiera determinar, en contra del parecer dominante, unos límites bien precisos a la inmunidad en cuanto a los efectos de denegación de la autorización para proceder. La Ley especial de 9 de febrero de 1912 sobre "Jurisdicción y procedimiento en las causas contra senadores y diputados" establece, en su art. 7, que "se comunicará el acuerdo al tribunal requirente que dispondrá el *sobreseimiento libre*, respecto al Senador o Diputado". Esta disposición, que es ley especial y posterior respecto a la prevista en la LECr. (art. 754) y que se limita a acordar el sobreseimiento, sin especificar si éste es libre o provisional, se entiende que prevalece sobre ella (30). De esa opinión parece ser también el Tribunal Constitucional cuando afirma en la sentencia de 13 de enero de 1989 que "la autorización de la Cámara legislativa respectiva... actúa como presupuesto de procedibilidad determinante, caso de ser denegada... del cierre del proceso con su consiguiente archivo" (Aptdo. II, 3 A).

Sin embargo, lo cierto es que la propia naturaleza de la inmunidad de "obstáculo procesal *ratione functionis* (31), como también una mínima exigencia de adecuación al fin a que esta institución se orienta -y que es, además, condición de la licitud de la injerencia que supone en el ámbito del derecho a la tutela judicial que asiste a todos los ciudadanos (32)-, reclaman su consideración como sobreseimiento *provisional*, evitando, por tanto, que produzca efectos definitivos,

y, en concreto, la de acatamiento de la Constitución, para disfrutar de garantías como la inmunidad. Un amplio examen de esta cuestión en Sole Tura/Aparicio Pérez, *Las Cortes...*, cit., págs. 49 ss. y, en particular, págs. 53 ss.

(30) De esa opinión, Fernández-Miranda, "La inmunidad...", cit., pág. 233; Alvarez-Linera, "Notas...", cit., pág. 959; Rodríguez Ramos, "Inviolabilidad...", cit., págs. 850 y 851; Santaolalla, *Derecho...*, cit., pág. 94.

(31) Cfr. Gómez Benítez, "Inviolabilidad...", cit., pág. 75. A parecidas conclusiones parece llegar Portero, *Inviolabilidad...*, cit., págs. 98 y 107.

(32) Como afirma la STC de 13 de enero de 1989, en su aptdo. II, 3 A) i.f., en BOE de 13 de enero de 1989, R. 878, pág. 18.

en cuanto exención de responsabilidad criminal. Y es que, como se ha afirmado, "...sustraer al parlamento de la venganza (?) ... cuando ha finalizado el mandato no es sino privilegiar su persona con respecto a la de otros altos funcionarios y, en general, respecto de todos los ciudadanos sometidos a esa misma magistratura... y a las arbitrariedades de la lucha política" (33).

De otra parte, debiera tenerse en cuenta asimismo que de existir actos tendenciosos de intencionalidad política o posibles manipulaciones o abusos de poder por parte de jueces y tribunales, detectables por el Parlamento a la vista de los datos alegados para justificar una detención o un auto de procesamiento, aquéllos podrían también plasmarse en ulteriores fases del proceso: apreciación de las pruebas (donde rige el principio de la íntima convicción del juez, art. 741 LECr.) o incluso en la misma sentencia, en la calificación jurídica, en la especial dureza de la pena o en la forma en que se acuerde su ejecución, a través de su cumplimiento efectivo o bien con suspensión a prueba, etc...; todo lo cual debiera llevar, en buena lógica, a reclamar sucesivas intervenciones de la Cámara en el curso del proceso, caso de haber autorizado en un momento previo la detención o procesamiento del diputado o senador. Y de ser así, no podrá ne-

(33) Fernández-Miranda, que es el autor de esta cita, se refiere a esa "magistratura *corrupta*", porque entiende que la amenaza frente a la que protege la inmunidad proviene del poder judicial. Por eso afirma que la Cámara deberá intervenir cuando detecte que "hay riesgo de manipulación del proceso o, en otros términos, que no puede confiar en la imparcialidad del Juez o Tribunal competente y que precisamente esa desconfianza justifica la sustracción del caso a ese Juez competente", "Inviolabilidad...", cit., pág. 363. La opinión más reciente en relación a esta cuestión es que "la entrada en vigor de la Constitución ha provocado... la derogación (inconstitucionalidad sobrevenida) del art. 7 (cit.) de la Ley de 1912" y que "cualquier Juez o Tribunal podrá constatar por sí mismo la derogación del precepto", "Inviolabilidad...", cit., pág. 374. Vid. también en la actualidad, Morales Arroyo/Revenga Sánchez, "Prerrogativas parlamentarias y derechos fundamentales", en *Revista Jurídica de Castilla la Mancha*, abril-agosto, 1988, n. 3 y 4, págs. 772 y 773.

garse entonces que aquélla "juzga", aún cuando sus actos de control pretendan ser meramente políticos y no judiciales. En cuanto al correctivo propuesto por algún autor para evitar estas sucesivas interferencias en la labor investigadora y decisoria de los tribunales, en el sentido de que la intervención del Parlamento fuera posterior a la realización de los actos judiciales que anuncian el fin del proceso, en los cuales sería ampliamente informado, con la facultad de revocarlos, a nadie se oculta, en último término, sus peligros y, en particular, las tensas relaciones que propiciaría entre Parlamento y Poder Judicial al gozar aquél de la facultad de revisar las decisiones judiciales tras haberles permitido llegar a los umbrales de la sentencia (34).

Lo que, en todo caso, parece quedar claro es que las previsiones que hiciera Silvela, hace casi un siglo, sobre las garantías que representarían para el Legislativo que las causas contra sus miembros fueran de la competencia exclusiva del más alto tribunal del país -el Tribunal Supremo-, no se han cumplido: "la alta y merecida respetabilidad que rodea a ese Tribunal entre nosotros, afirmaba el autor, es ya poderosa garantía, que movería, tal vez, a los jefes de las diversas parcialidades a respetar su libre acción..." (35). Hoy más bien parece que la subsistencia de ese *fuero especial* del que gozan diputados y senadores, carece ya de significación y curiosamente se torna en una relativa disminución de sus garantías respecto de las de cualquier ciudadano. La doctrina ha sabido expresar acertadamente ambas cosas al señalar que la institución del aforamiento especial -vieja "reminiscencia de lo que se ha venido denominando como *justicia política*"- responde a un "concepto cuasi-religioso y jerárquico de las garantías jurisdiccionales, que parte de la base de que, cuanto más elevado sea el órgano, más garantías

(34) Cfr. Fernández-Miranda, "La inmunidad...", cit., págs. 246 y 247.

(35) "La inmunidad...", cit., pág. 51.

proporciona. Pero es que, además, la paradoja se acentúa por un solo dato mucho más simple: que ese especial aforamiento significa que "sólo lo Penal del Tribunal Supremo podrá conocer, es decir, que juzga de manera definitiva, en primera y única instancia, sin que contra sus resoluciones quepan más recursos que los que puedan deducirse ante la propia Sala" (36). Recientemente, el caso Castells, sobre el que se pronunció la STC. de 10 de abril de 1985, vendría a confirmar la realidad de este aserto (37).

No debe olvidarse, por último, que lo que hasta ahora han venido considerándose como meros obstáculos procesales -presupuestos para detener (sólo *in fraganti* (38)) o procesar o simplemente inculpar- son, al mismo tiempo, requisitos condicionantes de la legalidad o la ilicitud penal de estos actos de detención o procesamiento. El art. 159 del Código penal castiga con pena de inhabilitación especial, al

(36) En este sentido, Sole Tura/Aparicio Pérez, *Las Cortes...*, cit., pág. 73. Sobre la subsistencia de este fuero especial en otros países, como Holanda y Grecia, Pizzorusso, "Las inmunidades...", cit., pág. 47 nota 70.

(37) Este senador, condenado por el Tribunal Supremo por el delito de injurias al Gobierno (art. 161 Cp.), alegaba como uno de los motivos de su recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que se le había privado de "el derecho a que el fallo condenatorio sea sometido al conocimiento de un Tribunal Superior, resultando así vulnerado el derecho reconocido en el art. 24 de la Constitución..." (Aptdo. II, tercero).

(38) Esta excepción, que se establece a la garantía de que gozan los parlamentarios de no ser detenidos, se justifica, a juicio de la doctrina, porque si son sorprendidos *in fraganti* en la comisión de un delito "se evita cualquier duda sobre su responsabilidad y, consiguientemente, toda manipulación particularista del proceso" (Cfr. Santaolalla, *Derecho...*, cit., pág. 89; también, Gómez Benítez, "Inviolabilidad...", cit., págs. 31-47). Pero, en realidad, se trata de una apreciación poco fundada pues, curiosamente, la desconfianza que se muestra hacia la detención ordenada por la autoridad judicial con base a indicios racionales de criminalidad desaparece cuando la misma detención se lleva a cabo sin trámites previos por la policía espontáneamente convencida del carácter delictivo del acto cuya ejecución presencia. Así lo entiende también Fernández-Miranda, "La inmunidad...", cit., págs. 219 y 220. Esta desusada prueba de confianza tendrá, de otra parte, particular trascendencia en el caso de los parlamentarios de las Comunidades Autónomas que carecen en tales situaciones del respaldo ulterior de la Asamblea.

"funcionario administrativo o judicial que detuviere o procesare a un miembro de las Cortes, fuera de los casos o sin los requisitos establecidos por la legislación vigente".

b) Pero las inconsecuencias de una institución cuya existencia se sigue justificando en la necesidad de protección de la función parlamentaria aumentan cuando su eficacia se circunscribe a un determinado *ámbito territorial*: el de las Cortes Generales. En efecto, cuando nos trasladamos al ámbito de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, la prerrogativa de la inmunidad sufre, sin explicación aparente, notables recortes. Esta "sinrazón" se refleja en los distintos Estatutos que, sin diferencias sustanciales, limitan la protección de sus parlamentarios a la prohibición de ser detenidos, salvo el caso especial de ser sorprendidos *in fraganti* (39). A cambio, los privilegios de la inviolabilidad por las opiniones emitidas en el ejercicio de su función y el fuero especial, permanecen intactos, con la salvedad de que son los Tribunales Superiores de Justicia de las diferentes regiones (40) los llamados a decidir sobre la inculpación, procesamiento, prisión o juicio de los miembros de las Asambleas, cuando se trate de delitos cometidos en el territorio de la Comunidad, y la Sala 2 del Tribunal Supremo, en los restantes casos.

(39) Vid., entre otros, art. 26, 6 del Estatuto vasco; art. 31, 2 del E. catalán, art. 11, 3 del E. gallego; art. 25, 3 del E. andaluz; art. 26, 2 del E. asturiano; art. 11, 1 del E. cántabro...

Según afirma, además, Punset, la limitación señalada se acompaña, en cuanto a los diputados, de un criterio territorial: podrán ser detenidos asimismo cuando el delito hubiere sido cometido fuera del territorio regional de la comunidad. *Las Cortes Generales*, Madrid, 1983, pág. 175, nota 7.

(40) En tanto se han ido creando estos tribunales, la competencia ha sido asumida, en ocasiones, por la Audiencia Nacional (a ella se le atribuyó el Tribunal Supremo en autos de 30 de mayo de 1980 y 25 de abril de 1983) y, en los últimos años, por la Audiencia Territorial correspondiente; criterio éste que prevaleció más tarde en la doctrina jurisprudencial (autos de 24 de octubre de 1983; 6 de diciembre de 1983; 19 de enero de 1984 y 9 de febrero de 1984), vid. Consulta nº 1/1985, de 4 de febrero, de la Fiscalía General del Estado, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. enero-abril, 91985, págs. 189 ss.

En este clima de aparente consenso destacaría, no obstante, la actitud particular del Parlamento vasco -que ya tuvo un precedente en la II República española, protagonizado esta vez por los Diputados de la Comunidad catalana (41)-, decidido a alcanzar para sus miembros un *status* igual al de los diputados y senadores de las Cortes Generales. Semejante pretensión, a todas luces legítima -miembros del Poder Legislativo son tanto unos como otros (42)-, quedó plasmada en la Ley 2/1981, de 12 de febrero, que a raíz de un recurso promovido por el Presidente de Gobierno ante el Tribunal Constitucional, ha sido posteriormente declarada "inconstitucional" en aquellos preceptos donde se operaba la aludida equiparación (art. 2, n. 1 y 3, y disposición adicional).

Sin entrar a valorar los argumentos invocados por el Abogado del Estado en su calidad de representante del Gobierno, salvo precisamente el referente a aquella asimilación que rechaza, el Tribunal Constitucional se limita a invocar los defectos de procedimiento que acompañaron a la elaboración de la Ley impugnada y, en concreto, la infracción de los arts. 147,3 y 152,1 de la Constitución y los arts. 46 y 47 del Estatuto vasco. De ahí que se califique como "inconstitucional y antiestatutaria".

A nadie escapan, sin embargo, las razones de índole política que subyacían a la propuesta de nulidad de la mencionada Ley y a su ulterior declaración, como tampoco puede resultar extraño el deseo del Gobierno de no evitar interferencias en la persecución, precisamente de los parlamentarios vascos (43); pero, en todo caso, lo que interesan

(41) Vid. Portero, *Inviolabilidad...*, cit., pág. 103, nota 41. Desde un punto de vista crítico, Jiménez de Asúa, *Tratado...*, cit., II, pág. 1.075.

(42) En el mismo sentido, Muñoz Conde, *Adiciones...*, cit., I, pág. 253; ampliamente, Gómez Benítez, "La inviolabilidad...", cit., pág. 73.

(43) Así también, Gómez Benítez, "La inviolabilidad...", cit., pág. 73. *De facto*, entre los escasos suplicatorios concedidos por las Cortes Generales para el procesamiento de Diputados cuentan, precisamente, los re-

aquí son los argumentos esgrimidos por éste en apoyo de su pretensión, finalmente obtenida; argumentos, todos ellos infundados, que apuntan en una sola dirección: la de mantener, mediante un reiterado juego de palabras, una jerarquía de *dignidades* que, a la postre, descansa en un criterio puramente territorial, de ámbito efectivo de poder. Así se desprende de afirmaciones tales como que "la pertenencia de las Comunidades Autónomas como parte integrante del Estado no legitima a aquéllas para pretender el privilegio en grado sumo" o que "las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas no pueden pretender igual rango que las Cortes Generales pues... no son órganos soberanos" o que la inmunidad de que disfrutaban, aunque parcial, "no por ello deja de seguir representando una considerable prerrogativa frente a los ciudadanos corrientes" o, finalmente, lo que no puede dejar de parecer por lo menos paradójico, que "lo que ya resulta inadmisibile es que por una Ley como la impugnada se pretenda ahondar en la desigualdad que todo privilegio -y la huida del Derecho penal común tiene ese carácter- entraña..." (!) (44).

Recientemente se ha planteado también (45), en relación a los diputados autonómicos, si, siendo inviolables en el ejercicio de la libertad de expresión en las Cámaras, pudiera alcanzarles la disposición incorporada al art. 2, 2 de la Ley de 5 de mayo de 1982 sobre protección civil de los derechos fundamentales al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen por obra de la Ley de 29 de mayo de 1985, que excluye expresamente la calificación de "intromisión ilegítima" en el ámbito protegido, "cuando se trate de opinio-

feridos a actuaciones penales frente a miembros de la coalición Herri Batasuna, vid. Morales Arroyo/Revenga Sánchez, "Prerrogativas...", cit., pág. 783.

(44) STC. 36/1981, de 12 de noviembre, *Jurisprudencia Constitucional*, II, págs. 280 ss.

(45) Vid. Fernández-Viagas Bartolomé, "Parlamentarios y derecho al honor en relación con la Ley Orgánica 3/1985, de 29 de mayo", *La Ley*, 26 de enero de 1988, pág. 3.

nes manifestadas por diputados y senadores en el ejercicio de sus funciones", por lo que "iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un diputado o senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o el Senado".

Una primera aproximación al precepto ampliado lo hace de difícil comprensión. Dos lecturas parecen posibles y ambas son insatisfactorias: o se interpreta su contenido como una mera reiteración de lo establecido en el art. 71,1 de la Constitución, pero limitando sus efectos, en lo que a la aplicación de esta ley se refiere, al otorgamiento o no por parte de la Cámara de la correspondiente autorización, lo que siempre podrá redundar en un perjuicio para las minorías molestas y en todo caso sería inconstitucional por restringir el ámbito incondicionado que nuestro Texto fundamental reconoce a la inviolabilidad (46); o bien, se extiende como un subterfugio -no menos inconstitucional- a través del cual se buscaría amparar, bajo la ficción del suplicatorio, no sólo un ilimitado y, por tanto, injustificado ejercicio de la libertad de expresión de los parlamentarios, sino además un, asimismo injustificado, ahorro de sus particulares economías.

El preámbulo de la ley parece, finalmente, favorecer esta segunda interpretación cuando extiende su ámbito de aplicación a las opiniones de los diputados y senadores "que estén estrechamente conectadas con sus funciones parlamentarias, pero no se producen dentro de las sedes de las Cámaras y a las que no alcanza el principio de inviolabili-

(46) Como expresa la STC. de 13 de enero de 1989 cuando se refiere "al procedimiento de trasladar el requisito excepcional de la previa autorización parlamentaria al ámbito de la inviolabilidad" como una "desnaturalización de este privilegio (que) no viene consentida por el Texto Constitucional ya que... la inviolabilidad es una garantía sustantiva que, en cuanto excluye la responsabilidad jurídica de los Diputados y Senadores por las opiniones manifestadas en el ejercicio de una autorización previa...", *BOE* de 13 de enero de 1989, cit., pág. 18 i.f.

dad...". Con esta fórmula se reivindica para la inmunidad un uso atípico como mecanismo adicional e inmediato de protección -civil- de los parlamentarios frente a los excesos que cometan en el ejercicio de la libertad de expresión, siendo así que ésta, dentro de unos límites razonables, aparece ya suficientemente tutelada a través de la inviolabilidad; en particular, si se la concibe como *causa de justificación* (47), con unos efectos que alcanzan a todas las esferas del ordenamiento jurídico (administrativo, civil...) y no sólo al restringido ámbito de lo penal, y cuyo marco de exenciónarezca recortado no tanto *formalmente* -que el parlamentario esté actuando en el ámbito reglamentario de sus funciones: en el transcurso de los debates, de las votaciones, de las deliberaciones en el Pleno o en Comisiones..., lo que llevaría a excluir la inviolabilidad cuando se trata de discursos no oficiales (48) o propaganda electoral, mítines o bien, cuando se trate de reuniones de parlamentarios sin convocatoria reglamentaria (art. 67, 3 C.E.)- sino, sobre todo, *materialmente*, esto es, que sus opiniones o expresiones se realicen "en" cumplimiento de sus funciones y dentro de los límites internos que toda causa de justificación conlleva, tales como el de la "necesidad" de tales actos para su ejercicio (49). De esta forma, se evitarían los abusos en su ejercicio, a través vgr. de la exclusión del ámbito de la inviolabilidad de opi-

(47) Vid. Gómez Benítez, "Inviolabilidad...", cit., pág. 39. Y no, pues, como "causa personal de exclusión de la pena", que es como comúnmente se la concibe. Así, en la doctrina española, Rodríguez Ramos, "Inviolabilidad...", cit., pág. 847; Portero, *Inviolabilidad...*, cit., pág. 59; Mir Puig, *Adiciones...*, cit., *Manual*, cit., pág. 114; Octavio de Toledo/Huerta, *Derecho Penal*, cit., págs. 398 ss.; Cobo del Rosal/Vives Antón, *Derecho Penal*, cit., pág. 161. También en la doctrina extranjera prevalece esta consideración: vid. Antolisei, *Manuale di Diritto Penale*, 3ª ed., Milano, 1955, págs. 98 ss.; Mantovani, *Diritto Penale*, Milano, 1979, págs. 735 ss.; Maurach, *Tratado...*, cit., pág. 134; Jescheck, *Tratado...*, cit., I, pág. 249.

(48) Vid. Pérez Serrano, *Tratado...*, cit., págs. 779 y 780; Muñoz Conde, *Adiciones...*, I, cit., pág. 253 y STS, de 31 de octubre de 1983, *Reperitorio de Jurisprudencia*, nº 4.882.

(49) Vid. Jiménez de Asúa, *Tratado...*, cit., pág. 1.070, y acertada y ampliamente, Gómez Benítez, "Inviolabilidad...", cit., págs. 66 y 67.

niones calumniosas o difamatorias realmente supérfluas para el buen ejercicio del cargo parlamentario (50). En cuanto al obstáculo fundamental que la doctrina suele destacar en orden a esta consideración jurídica de la inviolabilidad, el de la *impunidad del partícipe* (51), que algún autor solventa afirmando simplemente "que funciona de hecho como una causa de justificación (aunque de la exención de pena no se benefician los partícipes)" no es, en realidad, tal (52). En efecto, los casos que generalmente se citan de un eventual *pactum sceleris* por el que el parlamentario acepta dinero u otro pago por el cumplimiento de un acto inherente a su función, acto que lesiona un bien jurídico e infringe una norma penal (que es "típico", vgr. injuriar a otro parlamentario), no ofrecen problema alguno y deben solucionarse apreciando la antijuricidad de la conducta del autor y, por ende, la del partícipe pues, en ningún caso, puede decirse que la misma cumple los límites arriba indicados para estimarla justificada.

No se opone, de otra parte, a ese entendimiento de la naturaleza de la inviolabilidad, la STC. de 10 de abril de 1985 que, con motivo del caso Castells, vendría a pronunciarse acerca de una delimitación funcional del ámbito de la prerrogativa: "El interés, a cuyo servicio se encuentra establecida la inviolabilidad, señala el Tribunal, es el de la protección de la libre discusión y decisión parlamentarias... decayendo tal protección cuando los actos hayan sido realizados por su autor en calidad de ciudadano (de "político" incluso) fuera del ejercicio de competencias y funciones que le pudieran corresponder como parlamentarios... funciones relevantes para el art. 71, 1 de la Constitución (que) no son

(50) Como reconocen, Morales Arroyo/Revengea Sánchez, "Prerrogativas...", cit., pág. 780.

(51) Vid. Portero, *Inviolabilidad...*, cit., págs. 58 y 59; Bustos Ramírez, *Manual...*, cit., pág. 114; Cobo del Rosal/Vives Antón, *Derecho...*, cit., pág. 245.

(52) Cfr. Muñoz Conde, *Adiciones...*, I, cit., págs. 252 y 253.

indiferenciadamente todas las realizadas por quien sea parlamentario sino aquéllas imputables a quien, siéndolo actúa jurídicamente como tal" (Aptdo. II, sexto). Y, más adelante, ampliando un criterio demasiado estricto y apegado a una interpretación quizás en exceso formalista de la prerrogativa, que limita el ámbito de ejercicio de la función a la participación "en actos parlamentarios y en el seno de cualesquiera articulaciones orgánicas de las Cortes Generales", admite "las necesarias matizaciones", como la de que, "pudiera amparar también los actos *exteriores* a la vida de las Cámaras que... sean reproducción literal de un acto parlamentario".

Y en ese ámbito parece claro que no se precisa el recurso a la inmunidad que, como en alguna ocasión se ha afirmado, "ampara al representante en Cortes por actos *ajenos a su función*, ejecutados por lo general fuera del recinto parlamentario y que cualquier ciudadano podría cometer" (53); pues, en efecto, reclamar la necesidad de esta prerrogativa -ahora en el ámbito civil- para evitar, según el preámbulo de aquella ley de 1985, "que se coarte la libertad de expresión política de diputados y senadores" no es sino un abuso que no debe privilegiar, desde luego, a los diputados autonómicos (54) como tampoco a los de las Cortes Generales, según ha declarado recientemente el propio Tribunal Constitucional e incluso algún Grupo Parlamentario reconoció en su día al solicitar la supresión del párrafo aludido: "parece extraordinariamente excesivo -afirmaba el Grupo Popular, que dicha facilitación (se refiere a la de "defensa de los intereses de Diputados y Senadores") implique o exija en un procedimiento civil, que no supone nunca merma de la libertad del Diputado o Senador implicado, de la autoriza-

(53) Cfr. Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, págs. 754. En parecidos términos, Pérez Serrano, *Tratado...*, cit., pág. 781; Santaolalla, *Derecho...*, cit., pág. 87.

(54) Como reconoce, con razón, Fernández-Viagas Bartolomé, "Parlamentarios...", pág. 3.

ción expresa del Congreso o del Senado. No es difícil adivinar, prosigue, que la opinión pública española entendería como un privilegio excesivo y contrario al principio de igualdad... el otorgamiento de tal beneficio". Y, posteriormente, en el debate ante el Congreso: "Es un privilegio excesivo, nos guste o no nos guste, y si queremos dar ejemplo de democracia y de defensa de las libertades, empecemos por defender la igualdad de todos los ciudadanos, también de los Diputados, en este punto de la Ley" (55).

c) Y es que, en efecto, ampliar el *ámbito material* de la inmunidad de los miembros del Parlamento, trasladándola al proceso civil "donde nadie les va a privar de su libertad, ni les va a coartar en el ejercicio de sus funciones, ni van a tener que dejar de acudir al Parlamento, ni se van a ver sujetos a prisión preventiva..." (56) supone una extensión desmedida e injustificada de los términos en que nuestra Constitución concibe el uso de esa prerrogativa. Piénsese que el empleo de fórmulas tales como las de *inculpado* o *procesado* (57), referidos a sus destinatarios, o la atribución exclusiva

(55) El Grupo Parlamentario Popular en la enmienda que presentó con fecha de 19 de noviembre de 1984. El debate data de 18 de diciembre del mismo año, en Sesión Plenaria nº 175, *Diario de Sesiones*, págs. 8.107 y 8.108. A cambio, este mismo Grupo pretendía obtener para los parlamentarios una ventaja personal asimismo lesiva del postulado de la igualdad de todos ante la ley. Se trataba del goce de la justicia gratuita, con expresa inclusión del pago de las tasas judiciales. Según la justificación alegada por Ruiz Gallardón, portavoz del Grupo, "para evitar todo tipo de abusos, el Diputado o Senador demandado civilmente deberá contar con que, con independencia de la condena pecuniaria a que, en su caso, se pudiera llegar en el procedimiento, los restantes gastos del proceso en modo alguno podrán gravar su patrimonio personal". Y, más adelante, ante la Cámara, "Que ni siquiera le cueste al Diputado o al Senador un solo duro o una sola peseta la defensa de sus intereses; pero, eso sí, que pueda ser objeto de reclamación para que no se pueda decir que por extensión abusiva del art. 71 de la Constitución se está vulnerando el art. 14 de la misma", *Diario de Sesiones*, cit., págs. 8.107.

(56) Son palabras de Ruiz Gallardón, *Diario de Sesiones*, cit., pág. 8.107.

(57) Estos términos, a veces empleados indistintamente, tienen sin embargo, un significado procesal autónomo. En sentido estricto, no se es

de competencia a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para conocer de las causas que se dirijan frente a ellos, apuntan inequívocamente en esa dirección (58). Lo que, en efecto, tiene sentido en cuanto que, desaparecidas la vieja institución de la prisión por deudas (59) y la más moderna posibilidad de que otros órganos impongan sanciones convertibles en privación de libertad (art. 25, 3 C.E.), sólo la jurisdicción penal dispone de los instrumentos capaces de separar a un parlamentario del normal ejercicio de su función, impidiendo su asistencia a las Cámaras que es lo que, al parecer, se quiere evitar a través de la inmunidad.

Ciertamente que mediante cualquier otro procedimiento (civil, administrativo, fiscal o laboral), pueden perjudicarse los intereses de los miembros del Parlamento o incluso podrían verse en su apertura y posterior desenvolvimiento *oscuras* maquinaciones, reales o bien fruto de esa

procesado hasta que recae un "acto formal de procesamiento" del juez instructor "consistente en la declaración de presunta culpabilidad de la persona contra quien del sumario resulta algún indicio racional de criminalidad...". Mientras que se es inculpado (término utilizado muy parcamente por la LECri., arts. 303 y 368) ya desde el momento en que "con mayor o menor grado de probabilidad se atribuye participación criminal en el hecho punible por el que se proceda. Basta... para ello con la designación personal en el atestado o en la denuncia", Gómez Orbaneja/Herce Quemada, *Derecho...*, cit., págs. 179 y 76, respectivamente.

(58) En la actualidad, pues, no debe estimarse vigente el art. 1, 2 de la Ley de 1912 donde se designa al Consejo Supremo de Guerra y Marina -hoy sería de Justicia Militar- para conocer de las causas que se sigan contra diputados o senadores, caso de ser éstos militares. La propia Constitución, en su art. 70, 1 e) al considerar esta condición profesional como "causa de inelegibilidad o incompatibilidad" imposibilita la aplicación de aquel precepto en lo que a este concreto aspecto se refiere. La reforma de 1980 del Código de Justicia Militar ha adecuado su normativa a esta exigencia constitucional (art. 16, 11). Vid. sobre ello, Portero, *Inviolabilidad...*, cit., pág. 89; Alvarez-Linera, "Notas...", cit., págs. 961 y 962.

(59) Que dió vida a la institución inglesa de la *freedom from arrest*, una especie de inmunidad relativa a causas civiles y que tenía por fundamento, precisamente, evitar que los miembros de las Cámaras fueran por esta vía privados de libertad. Desaparecida la prisión por deudas, hace ya más de un siglo, desapareció con ella todo vestigio de esta inmunidad. Vid. Pizzorusso, "Las inmunidades...", cit., págs. 32 y 33.

obsesiva manía persecutoria tan inherente, parece, al cargo del parlamentario, sean éstas provenientes del ejecutivo, de los particulares o de los mismos jueces, pero en tales casos no debiera posibilitarse vía legal distinta de la que puede emplear cualquier ciudadano.

Y así parece entenderlo también el Tribunal Constitucional cuando afirma, en su reciente S. de 13 de enero de 1989 que "la inmunidad parlamentaria se manifiesta inapropiada para impedir el curso de una demanda civil interpuesta contra un parlamentario, pues el sentido propio de las palabras empleadas por el art. 71 de la Constitución, los antecedentes históricos y legislativos de esa prerrogativa... y la razón misma de la institución excluyen, con absoluta claridad, que su protección se extienda a procesos que no sean penales, es decir, que no entrañen la eventualidad de que sean utilizados con la intención de perturbar el funcionamiento de la Cámara o alterar su composición, mediante la posible privación de la libertad del parlamentario" (Aptdo. II, 3 B i.f.).

Nuevamente, con esta ampliación -o mejor, "desbordamiento", como con razón se le ha calificado (60)- del ámbito material protegido por la inmunidad, se asiste a una inequívoca comprensión de esa prerrogativa, como atributo de la alta *dignidad* de la función de parlamentario (61), y vienen a la memoria los comentarios que, a fines de siglo pasado, dedicara Silvela a nuestra primera Constitución política (1812), que ampliaba asimismo los efectos de la inmunidad a las demandas civiles: "Quedaba de esta suerte el representante del país sustraído a la acción del Poder Judicial en todas sus esferas: la querrela contra él había de ser producida lo mismo en lo civil que en lo criminal, ante sus Pa-

(60) Cfr. Morales Arroyo/Revenga Sánchez, "Prerrogativas...", cit., pág. 761.

(61) Vid. Garrido Falla, *Comentarios...*, cit., pág. 753. También, Morales Arroyo/Revenga Sánchez, "Prerrogativas...", cit., pág. 761.

res, ellos delegaban sus facultades de juzgar en una especie de comisión, impropiamente llamada Tribunal, puesto que su sentencia era una mera propuesta que la Asamblea había de aprobar, ya fuera causa, pleito, delito o deuda lo que al diputado se reclamara. Privilegio en verdad extraordinario, concluía el autor, ... que es *expresión del entusiasmo que les poseía en pro de la alta investidura de la representación del pueblo*" (62).

Si bien, parece que la solución a estos excesos no debiera ser la que este mismo autor proponía entonces, cuando afirmaba en 1890 que "sólo puede y debe esperarse el remedio de los abusos que la opinión censura (pues)... sería desconocer la realidad de las cosas... imaginar que es posible conseguir... ninguna reforma de las leyes fundamentales que tocan a las inmunidades parlamentarias..." (63). Es preferible pensar, a cambio, que denunciar los abusos no es suficiente (64); que, a veces, la ostentación de una facultad inexplicable como ésta, "la mera ostentación de poder significa ya en sí misma un abuso en relación a aquellos respecto de los que es ejercido; por lo que resaltar la desmesura en el empleo del poder, el abuso de poder, el abuso de un abuso, no significa, al cabo, como con razón se ha señalado, sino resaltar una insatisfactoria situación de hecho, cuya raíz (el

(62) "La inmunidad parlamentaria", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 76, Madrid, 1890, págs. 41 t 42 (cursivas mías).

(63) "La inmunidad...", pág. 50.

(64) Por otra parte, "remitir a un casuismo que deje la puerta abierta para que, ante la denegación de suplicatorios, se convierta el Tribunal Constitucional en una especie de instancia universal de alzada... para juzgar acerca de la corrección de la respuesta de la Cámara... en la detección de algo tan evanescente como la *intencionalidad* con que se utiliza la acción procesal y la verificación también de los *propósitos* que mueven a la Cámara a conceder o denegar el suplicatorio" resulta asimismo insatisfactorio como, con razón, reconocen Morales Arroyo/Revenge Sánchez, "Prerrogativas...", cit., pág. 771. Tras los pronunciamientos de este Tribunal no han dejado de producirse, de otra parte, denegaciones inmotivadas de suplicatorios, como denuncia Fernández-Miranda, "Inviolabilidad...", cit., págs. 365 ss.

origen de la insatisfacción) no está en el abuso sino *en la ostentación del poder...* (65).

La supresión de la inmunidad parlamentaria es la propuesta de este trabajo.

(65) Octavio de Toledo, *La prevaricación...*, cit., pág. 223 (cursivas mías).