

LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA EN LA ACTUALIDAD

La pregunta a que pretende dar respuesta este trabajo es la siguiente: ¿En qué medida son válidos los planteamientos tradicionales de la inmunidad, fruto del Derecho parlamentario clásico gestado en el siglo XIX, para los nuevos supuestos históricos? ¿En qué medida los cambios estructurales que ha sufrido desde entonces el Estado constitucional, y que han afectado a numerosas instituciones, inciden sobre esta prerrogativa?

Para dar respuesta a tal pregunta partiremos del análisis de la concepción tradicional de la institución, trataremos de fijar su fundamento y caracteres clásicos, para someterlo a crítica finalmente a la luz de aquellos cambios. Y todo ello relativizado, fundamentalmente, al marco del régimen parlamentario, abrumadoramente dominante en la historia constitucional tanto europea como española.

1. LA CONCEPCION TRADICIONAL DE LA PRERROGATIVA

A) *Terminología y concepto*

No es uniforme la nomenclatura utilizada por autores y textos legales para denominar las garantías destinadas a proteger a los miembros de las asambleas legislativas de las eventuales persecuciones arbitrarias de que sean objeto. El conjunto de ambas garantías es llamado, por unos, privilegios, por otros, inmunidades, y en España predomina ligeramente el nombre de prerrogativas parlamentarias. Bajo cualquiera de estas denominaciones se regulan en numerosos países dos específicas garantías, dos disposiciones que suponen una derogación del Derecho común y que tampoco encuentran individualmente nomenclatura uniforme.

Los autores que hacen derivar las instituciones del Derecho inglés utilizan con frecuencia los nombres de «libertad de expresión» y «prohibición de arresto» como traducciones de la «freedom of speech» y la «freedom from arrest». En Francia las denominaciones, totalmente generalizadas, son las de «irresponsabilité» e «inviolabilité»; en Italia se habla generalmente de «insindacabilità» e «immunità», y en España se ha impuesto claramente la terminología de «inviolabilidad» e «inmunidad», que ha pasado al Derecho hispanoamericano.

Esta terminología española arranca sin duda de la francesa, lo que ha sido con frecuencia fuente de confusiones. La declaración de la Asamblea francesa de que sus miembros serían *inviolables* por sus votos y opiniones, recogida por los constituyentes del Doce, dará el nombre de inviolabilidad a lo que en Francia se llamará irresponsabilidad, mientras la inviolabilidad francesa recibirá en España el nombre de inmunidad.

No hay consagración legal de los denominaciones, pero sí una inequívoca aceptación por la práctica parlamentaria y por la doctrina. Pese a ello, no es infrecuente la confusión derivada de transcribir la terminología francesa (1).

Fijada la terminología, anticipemos un concepto de ambas garantías: la inviolabilidad es la prerrogativa de que gozan los representantes parlamentarios de no ser sometidos a procedimiento alguno por las opiniones y votos que emitan en el ejercicio de sus funciones. Y la inmunidad, objeto de este estudio, la prerrogativa por la que dichos representantes no podrán ser privados de libertad ni sometidos a procedimientos que puedan culminar en dicha privación, sin el previo consentimiento de la Cámara a que pertenezcan.

B) *Fundamento*

Ante todo, y pese a su generalizada identificación en la doctrina, es preciso establecer una clara diferencia entre la *freedom from arrest or molestation* proveniente del Derecho británico y la inmunidad parlamentaria de origen francés. Ambas instituciones, de contornos claramente distintos, tienen un fundamento diferente y responden a circunstancias y problemas históricos diversos. Las diferencias giran fundamentalmente en torno a un punto: la inmunidad parlamentaria otorga a las asambleas legislativas un control ab-

(1) Así, por ejemplo, SANTAMARÍA DE PAREDES llama inviolabilidad a la inmunidad en *Curso de Derecho político*, Madrid, 1873, pág. 537, y ZAFRA habla de «irresponsabilidad gestorial» e «inviolabilidad» en *Régimen político de España*, Universidad de Navarra, 1973, pág. 284.

soluto sobre la libertad personal de sus miembros durante todo el período de sesiones: la *freedom from arrest*, por el contrario, es fundamentalmente ajena a las materias de naturaleza criminal (2).

El fundamento de la inmunidad se encuentra, al igual que el de la inviolabilidad, en la necesidad de garantizar la independencia del Parlamento frente al resto de los poderes. Responde a un postulado racionalista de organización del poder y es instrumento de soberanía para un órgano, el Parlamento, que se siente representante exclusivo de la nación soberana. Pero no bastan a explicar la inmunidad ni la división de poderes ni la supremacía del Parlamento, sino que es preciso encuadrarla en la concreta forma histórica en que se van a realizar estos postulados: el conflicto ideológico, político y jurídico entre los representantes revolucionarios y los poderes constituidos del antiguo régimen aún en funciones. De la confluencia de las doctrinas de la división de poderes con la forma concreta de enfrentamiento radical con que se desarrolla en la Francia revolucionaria, surge esta institución que es a la par instrumento de soberanía y expresión del recelo del Parlamento frente a un ejecutivo y un aparato judicial en abierto conflicto con él. Esta es la situación política en la Francia de finales del siglo XVIII, y ésta es la situación en la España de 1812 que será el país que recoja por primera vez en su Constitución la institución francesa.

(2) Razones de espacio impiden desarrollar el tema del origen histórico de las prerrogativas, que será objeto de un próximo trabajo. Parece conveniente, no obstante, anticipar dos conclusiones fundamentales:

1.^a Pensamos que no existe posibilidad de trazar una línea directa entre los precedentes medievales citados por los autores españoles del siglo XIX, principalmente por MARTÍNEZ MARINA, y la inmunidad de los modernos Parlamentos. La inmunidad de los Parlamentos liberales supone una garantía *erga omnes* que establece un control absoluto del Parlamento sobre la libertad física de sus miembros y que cumple la función de salvaguardar la independencia del órgano legislativo frente a todos los demás poderes del Estado.

Los precedentes medievales, tanto castellanos como aragoneses, catalanes o navarros, son instituciones que responden a supuestos inasimilables a la inmunidad moderna: son concedidos graciosamente por el rey; tienen por objeto la seguridad personal y patrimonial de los representantes en un viaje difícil y peligroso y no la autonomía funcional del Parlamento. Como consecuencia de ello tienen un alcance puramente civil y nunca pueden ser esgrimidos frente a los intereses del Rey.

2.^a Los precedentes medievales ingleses, que darán lugar a la *freedom from arrest or molestation*, son a nuestro juicio tan irrelevantes como los españoles. Su identidad, incluso terminológica, con éstos es más que notable y ambos responden a la misma idea de protección de los asistentes a la Curia Regia de los peligros de un viaje largo e incómodo. Creemos que el origen de la inmunidad parlamentaria moderna, desconocida en el Derecho inglés y en el norteamericano, se encuentra en Francia.

La inmunidad se desarrollará posteriormente en la Europa doctrinaria en cuyas instituciones permanece, en alguna medida, el conflicto de legitimidades.

En este contexto, la inmunidad se presenta como un complemento de la inviolabilidad (3). Si ésta pretende proteger directamente la libre formación de la voluntad del Parlamento, aquélla intenta que la pretensión no se frustre por detenciones arbitrarias de alguno de sus miembros. Como decía Felipe Sánchez Román, «la inmunidad parlamentaria es un corolario de la inviolabilidad, un complemento necesario y una manera de hacerla efectiva. Son ideas estrechamente relacionadas, pero no idénticas: la primera es un principio; la segunda una consecuencia; aquélla es un atributo del representante en Cortes por razón de su función, y ésta un derivado necesario para mantener aquélla» (4).

En definitiva, la inmunidad se justifica históricamente como instrumento apto para impedir que se atente indirectamente contra la libertad parlamentaria mediante privación de libertad de sus miembros políticamente motivada. Las circunstancias históricas hicieron que los tratadistas centraran esas persecuciones en los enfrentamientos Parlamento-Gobierno, partiendo de la base del ascendiente decisivo de éste sobre el aparato judicial. Así, decía Pierre que «en los grandes conflictos políticos, un gobierno amenazado puede llegar a servirse de la justicia en beneficio de sus defensas o de sus odios. Importa que el ejercicio del mandato conferido por el país no pueda ser suspendido sin una decisión formal de los representantes del país» (5). Habrá que ver posteriormente de qué modo afecta a la prerrogativa la independencia del Poder judicial.

C) *Naturaleza jurídica*

La naturaleza de la inmunidad nos enfrenta con el problema, muchas veces vaciado de contenido, de las denominaciones de privilegio y prerrogativa que indistintamente se han utilizado. Hay un sector de la doctrina que habla

(3) V. ESMEIN: *Droit Constitutionnel français et comparé* (7.^a ed.), París, 1921, página 382.

(4) *La inmunidad parlamentaria*, dictamen del fiscal del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1898.

(5) *Traité de Droit Politique, électoral et parlementaire*, París, 1893, pág. 1054. En el mismo sentido, FÁBREGAS: *Derecho político*, Reus, Madrid, 1922, pág. 135, y PÉREZ SERRANO: *La Constitución española de 1931*, Madrid, 1932, pág. 227.

de privilegio (6), pero con independencia del contenido jurídico tradicional de esta figura y tan solo por derivación de la terminología inglesa que denominó privilegios al haz de competencias del Parlamento, frente al de la Corona llamado prerrogativa (7).

Ya nuestros diputados del siglo XIX se preocuparon de establecer la diferencia entre el privilegio y la prerrogativa señalando que aquél se otorgaba en beneficio de la persona y ésta en beneficio de la función. En la misma idea abunda algún sector de nuestra doctrina; así, Fábregas definió el privilegio como una excepción graciosa y gratuita de las disposiciones de una ley, y la prerrogativa como una situación o atribución especial reconocida como necesaria para el ejercicio de una función (8).

El concepto de prerrogativa se utiliza en dos sentidos, para indicar determinadas exenciones de obligaciones o determinada situación personal o corporativa derivada de un *status* constitucional, o para indicar los poderes y actos propios, particulares y exclusivos, de determinados sujetos constitucionales (9). El sentido que aquí nos interesa es el primero, como conjunto de derogaciones del derecho común en beneficio de la institución parlamentaria o de ésta a través de sus miembros. Desde este punto de vista, la esencia de las prerrogativas radica en ser un elemento de garantía de una función constitucional que sirve un interés del Ordenamiento jurídico. Los privilegios, sin embargo, «se refieren a esferas jurídicas particulares, no al fin de un interés constitucional general, sino para determinadas posiciones de ventaja de los

(6) En España hablan de privilegio: FRAGA: *El Reglamento de las Cortes españolas*, Madrid, 1959; FRAILE: *Comentario al Reglamento de las Cortes*, I. E. P., Madrid, 1973, pág. 147; CARRO: *Derecho político* (3.ª ed.), Madrid, 1952, pág. 301; PÉREZ SERRANO, *op. cit.*, pág. 224; SEVILLA: *Historia política de España*, E. N., Madrid, 1968, página 571. También en Francia es frecuente el término privilegio; así, BURDEAU: *Droit Constitutionnel et Institutions politiques*, L. G. D. J., París, 1974, pág. 544; DUVERGER: *La V République*, P. U. F., París, 1968, pág. 118; FABRE: *Principes républicains de Droit constitutionnel* (2.ª ed.), París, 1970, pág. 196. Por el contrario, las doctrinas italiana y alemana se han ocupado de esta distinción y hablan generalmente de prerrogativas.

(7) En este sentido, decían MANCINI y GALEOTTI que algunos, «siguiendo la práctica inglesa de llamar privilegios a los derechos de las dos Cámaras o de sus miembros y prerrogativas a los derechos de la Corona, se obstinan en llamarlas privilegios cuando son verdaderas y propias prerrogativas» (*Diritto e procedura parlamentare*, Roma, 1887, pág. 135).

(8) FÁBREGAS, *op. cit.*, pág. 135. También BUGALLAL: *Inviolabilidad parlamentaria*, Madrid, 1921, pág. 9.

(9) Cfr. ZANGARA: *Prerogative costituzionali*, Giuffré, Milán, 1970.

particulares, fuera de toda exigencia del sistema constitucional» (10). La distinción tiene su raíz en la funcionalidad: las prerrogativas cumplen una función derivada de las exigencias del orden constitucional, y en este sentido tienen una naturaleza puramente instrumental, careciendo de fin en sí mismas (11).

De lo dicho hasta aquí se deriva una idea básica: las prerrogativas se justifican desde el conjunto de la organización constitucional. No cabe una valoración de singularidad, sino que están insertas en un «proceso de regulación unitaria, en una estructura de conexión de mecanismos institucionales» (12), con lo que las variaciones en esa estructura afectarán de modo determinante a su funcionalidad y, en última instancia, a su justificación.

Establecida la diferencia entre privilegios y prerrogativas, es evidente que los efectos tradicionalmente atribuidos a aquéllos no rigen para éstas. Así, si lo hecho contra un privilegio no es necesariamente nulo, sí lo es, en todo caso, lo hecho contra las prerrogativas; si con relación a aquéllos no rige el principio «iura novit curia», sí rige en relación a éstas, y si puede pedirse y decretarse la extinción de un privilegio por no uso continuado, el propio fundamento de las prerrogativas excluye semejante posibilidad. De igual manera carece de sentido la frecuentísima aplicación a las prerrogativas parlamentarias del principio jurídico según el cual los privilegios deben interpretarse restrictivamente. Esto es válido para una concesión gratuita, pero no para las prerrogativas cuya interpretación no tiene por qué ser ni restrictiva ni extensiva, sino simplemente ajustada a la estricta funcionalidad que constitucionalmente se persigue.

En resumen, la inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias constituyen dos prerrogativas de Derecho público establecidas en beneficio de la función parlamentaria y que indirectamente garantizan el *status* individual de los miembros del Parlamento. Parece necesario en este sentido unificar la confusa terminología vigente utilizando el término «prerrogativas» (13), que posee una honda tradición en nuestra práctica parlamentaria y que puede expresar con todo rigor esa suspensión del derecho común suscitada no por consideracio-

(10) *Ibid.*, pág. 34.

(11) *Ibid.*, pág. 115.

(12) *Ibid.*, pág. 13.

(13) Como se ha dicho, frente a la confusión de la doctrina francesa y española, la doctrina italiana se ha preocupado de precisar esta cuestión. Cfr. MORTATI: *Instituzioni di Diritto Pubblico* (8.ª ed.), tomo I, C. E. D. A. M., Padova, 1969, pág. 470; VIRGA: *Diritto Costituzionale* (7.ª ed.), Giuffrè, Milán, 1971, pág. 205; BISCARETTI: *Diritto Costituzionale* (9.ª ed.), Nápoles, 1972, pág. 376.

nes personales, sino por exigencia de la eficaz realización de una función pública (14).

Del problema de la naturaleza jurídica de estas instituciones se deriva el de la titularidad jurídica que atribuyen a los parlamentarios. Las principales posiciones a este respecto son las siguientes: para una primera tesis las prerrogativas dan nacimiento a auténticos derechos subjetivos (15). Una segunda considera que son normas de Derecho objetivo que no hacen surgir situaciones subjetivas (16). Una tercera habla de reglas objetivas de las que pueden derivarse situaciones objetivas (17). Y una última, de Derecho objetivo que origina situaciones indirectamente protegidas o intereses legítimos (18). En realidad, se pueden distinguir entre estas tesis fundamentalmente dos: la que habla de derechos subjetivos y todas las demás, aunque entre éstas existan divergencias que luego veremos.

Si se aceptan los presupuestos, con frecuencia bastante imprecisos, de la doctrina del derecho subjetivo, y se considera a éste como «una determinada situación de poder concreto concedida sobre cierta realidad social a una persona (como miembro activo de una comunidad jurídica) y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa» (18 bis), se deberá estimar que la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias no atribuyen derechos subjetivos a los miembros de las Cámaras; éstos, ni pueden afectar con sus actos a la sustancia del derecho atribuido transmitiéndolo o renunciándolo, ni se confía a su arbitrio su ejercicio y defensa.

(14) Véase FRANCISCO SILVELA: *La inmunidad parlamentaria*, Madrid, 1889, páginas 36 y 37.

(15) Véase BALLADORE PALLIERT: *Diritto Costituzionale*, Giuffré, Milán, 1972, página 242; FRAGA, *op. cit.*, pág. 58; MEYER: *Lehrb. d. Deutsch St. r.*, Leipzig, 1891, página 105. También HATSCHKE considera que dan lugar a derechos subjetivos, pero su titularidad corresponde al Parlamento, en *Deutsches und Preussisches staatsrecht* (2.ª ed.), Berlín, 1930, pág. 528.

(16) LOJACONO: *Le prerogative dei membri del Parlamento*, Milán, 1954, pág. 33; NAWIASKY: *Bayerisches Verfassungsrecht*, Munich, 1923, pág. 184; VIRGA, *op. cit.*, página 206; LABAND: *Le Droit Public de l'Empire allemand*, tomo I, cap. 5, sec. 3.ª, número 37, París, 1900; MOROF, voz «Camere» en *Novissimo Digesto* (también en *Trattato de Diritto e procedura parlamentare*, Roma, 1948, pág. 179); RACIOPPI y BRUNELLI: *Commento allo Statuto del Regno*, vol. II, Turín, 1909, pág. 355.

(17) DUGUIT: *Traité de Droit Constitutionnel*, 1924, pág. 213.

(18) BISCARETTI, *op. cit.*, pág. 366; ZANOBINI: *Corso di Diritto Amministrativo*, volumen I, Milán, 1958, pág. 184. En España, XIFRA: «Inmunidad parlamentaria», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo 12, pág. 719.

(18 bis) FEDERICO DE CASTRO: *Derecho civil de España* (3.ª ed.), parte general, I. E. P., Madrid, 1955, pág. 640.

Entre las diversas posturas que rechazan la tesis del derecho subjetivo, la diferencia radica en aceptar o no el nacimiento de una situación jurídica activa en favor de los parlamentarios singulares. La tesis de Duguit es en realidad perfectamente asimilable a la del interés legítimo, porque la calificación de Duguit de situación objetiva no responde, dentro de su sistema, a una exclusión de posiciones jurídicas activas o de reflejo a favor de quienes se encuentran en ellas. La distinción entre situación objetiva y subjetiva se basa en Duguit en que las primeras derivan de la ley y deben ser consideradas permanentes y generales y son oponibles «erga omnes», mientras que las segundas, nacidas fundamentalmente de los contratos, son especiales y momentáneas. Es decir, que la situación objetiva en Duguit no supone otra cosa que la situación que encuentra en el Derecho objetivo su derivación y legitimación como situación subjetiva.

La tesis de que las prerrogativas son normas de Derecho objetivo que no hacen surgir situaciones subjetivas la sustenta Virga: «Parece preferible —dice— la opinión según la cual las prerrogativas parlamentarias, estando encaminadas a asegurar el regular ejercicio de las funciones de la Cámara, no hacen surgir posiciones jurídicas activas, ni ocasionales ni de reflejo a favor de los miembros; las normas que las sancionan solo crean vínculos y obligaciones de Derecho objetivo a favor de los órganos, a fin de garantizar la independencia de la Cámara.» De aquí deduce Virga dos importantes consecuencias: «que las prerrogativas deben ser siempre advertidas de oficio por los órganos judiciales o por los demás órganos del Estado que sean destinatarios de las normas que la sancionan» y que «los parlamentarios no pueden renunciar a las prerrogativas, las cuales deben ser respetadas aun en contra de la voluntad del mismo parlamentario» (19).

Si bien nos parece evidente que las prerrogativas son normas de Derecho objetivo establecidas en función de las exigencias del orden constitucional, que por tanto no originan derecho subjetivo alguno siendo irrenunciables, no estimamos satisfactoria la tesis de Virga. La inviolabilidad y la inmunidad pretenden la garantía de la independencia y de la libertad del Parlamento, pero tal interés general se realiza a través de la protección individual de cada uno de los parlamentarios que gozan de un *status* jurídico personal especial, que no se puede estimar como derecho subjetivo, pero que sí habrá de reconocerse como una situación jurídica subjetiva que puede denominarse interés legítimo jurídicamente protegido. Partiendo de la distinción de Guicciardi entre normas de relación y normas de acción, dictadas las primeras para

(19) *Op cit.*, pág. 207; también LABAND, *op. cit.*, *loc. cit.*

garantizar situaciones jurídicas individuales y las segundas para garantizar una utilidad pública, pero pudiendo haber personas particularmente interesadas en el cumplimiento de esas normas cuyo interés venga protegido por el ordenamiento, se puede decir que las prerrogativas son disposiciones dictadas para asegurar el buen funcionamiento de las Cámaras legislativas y, en definitiva, el buen funcionamiento del Estado; ahora bien, la protección de la Cámara no puede realizarse de otra forma que a través de la protección de sus miembros, los cuales están directamente interesados en el cumplimiento de estas disposiciones por su condición de destinatarios inmediatos de los actos que las vulneren. Son por esto titulares de un interés legítimo jurídicamente protegido.

De lo hasta aquí expuesto se debe deducir la irrenunciabilidad de las prerrogativas parlamentarias. Es ésta una cuestión claramente fijada por nuestra doctrina tradicional (20) y por la doctrina extranjera (21) así como por la práctica parlamentaria.

D) *Extensión*

a) *Límites temporales*

Una primera cuestión importante que se plantea es la del momento a partir del cual deben quedar los parlamentarios protegidos por la prerrogativa de inmunidad. Son tres los momentos que a este respecto se han sugerido: el de la elección, el de la verificación de poderes y el de la toma de posesión.

La postura mantenida por la práctica —y posteriormente por la legislación—, ya desde la Constitución del Doce, fue la de estimar como momento a partir del cual la inmunidad ampara a los representantes el de su elección (22). La misma postura ha sido dominante en la doctrina (23).

La solución a este problema no podría ser de otra manera. Si la finalidad de esta prerrogativa es impedir las persecuciones inmotivadas que pretendan alejar de su función a determinado parlamentario, es obvio que no podría aguardarse al momento de la verificación de poderes ni al de la toma de po-

(20) En contra, CARRO: *Diario de Sesiones de las Comisiones*, núm. 248, pág. 39.

(21) En contra, BALLADORE PALLIERI, *op. cit.*, pág. 242.

(22) La Comisión de Legislación de las Cortes, a consulta del Supremo Tribunal de Justicia, promulgó un decreto en este sentido el 26 de marzo de 1822.

(23) Cfr. BASCHIERI D'ESPINOSA: *La Costituzione italiana*, 1949, pág. 82; LOJACONO: *Le prerogative dei membri del Parlamento*, Milán, 1954, pág. 42.

sesión, pues bastaría el espacio intermedio para que pudieran anularse todas las finalidades de la inmunidad (24).

Un supuesto interesante es el de la necesidad de autorización para continuar un proceso iniciado con anterioridad al nacimiento del mandato parlamentario, o para mantener el arresto, incluso por sentencia firme, del nuevo representante. Desde la estricta funcionalidad de la prerrogativa no habría otra solución que la afirmativa. En efecto, si el fundamento tradicional de la inmunidad es el control del Poder judicial para impedirle influir, por sí o por manipulación del Gobierno, en la composición del Parlamento destruyendo de esta forma su libertad e independencia, parece indudable que esta influencia podría hacerse tanto durante las sesiones parlamentarias como en la fase preelectoral. Bastaría iniciar procedimientos penales contra los candidatos más significados que se pretenda eliminar. Precisamente para evitar esto, el artículo 68 de la Constitución italiana exige la autorización para mantener el arresto, aun por sentencia firme, o continuar un proceso contra un representante electo (25).

Las disfuncionalidades de esta situación fueron perfectamente advertidas el siglo pasado por Aguirre Tejada: «Si los que se hallan en tal situación fuesen llamados a disfrutar del beneficio de que se trata por el hecho de recibir la investidura del representante de la nación, no serían raros los casos en que se aspirase a ella como un escudo contra la continuación del proceso» (26). Esta advertencia se ha hecho realidad en Italia, no siendo infrecuente que los partidos políticos incluyan en sus listas de candidatos a militantes procesados y arrestados en espera de juicio con el objeto de obtener su liberación mediante la inmunidad parlamentaria. Para ello es normal la búsqueda

(24) En contra, PERONACI: «La nuova Costituzione come fonte diretta di norme penali», en *Arch. penali*, II, 1949, pág. 95.

(25) La única discrepancia en la doctrina radica en si el representante debe ser liberado inmediatamente o si seguirá detenido hasta la resolución del suplicatorio correspondiente. La práctica ha establecido la liberación inmediata y en la doctrina sustentan esa opinión: BALLADORE, *op. cit.*, pág. 242; BISCARETTI, *op. cit.*, pág. 369; GUARINO: «Durata delle Camere e prerogative parlamentari», en *Foro it.*, II, c. 56, 1954; CAPALOZZA: «La liberazione del detenuto eletto», en *Pol. parl.*, 1953; MORTATI, *op. cit.*, página 499; SABATINI: «Autorizzazione al procedimento e autorizzazione alla detenzione per i membri del Parlamento», en *Giust. penale*, III, 1953, pág. 516; VIRGA, *op. cit.*, página 214. Parece, sin embargo, más razonable la postura en contra de TOSI: *Diritto parlamentare*, Giuffrè, Milán, 1974, pág. 76. En Francia, la liberación no es automática, sino que deberá ser solicitada por el Parlamento (véase BURDEAU, *op. cit.*, página 546).

(26) *Inmunidades parlamentarias*, Madrid, 1894, pág. 584.

de colegios electorales seguros. Este tipo de colegios también suele ser asignado a aquellos diputados que fueron objeto de un suplicatorio, en su día rechazado, y que de no ser reelegidos serían procesados al no haber prescrito las acciones (27).

Para comprender este problema en toda su magnitud hay que ver las causas profundas de este comportamiento y no limitarse a achacarlo al ámbito excesivo de la prerrogativa. Si la Cámara realizase una correcta utilización de la inmunidad, en el ámbito que su fundamento justifica, no levantaría el arresto ni se opondría al proceso del diputado electo sino cuando apreciase arbitrariedad en la persecución, con lo que los objetivos perseguidos quedarían satisfechos sin ninguna disfuncionalidad. La causa de que esto no ocurra así no deriva de que el ámbito de la prerrogativa sea excesivo o inadecuado, sino de la intrínseca incapacidad del Parlamento para utilizarla —y no sólo en este caso, sino en casi todos— conforme a su naturaleza y fundamento. Como veremos posteriormente, la crítica más importante a la institución de la inmunidad parlamentaria no será tanto de fondo, en lo relativo a la justificación, como de procedimiento, por la incapacidad radical de satisfacer, en su instrumentalización actual, los fines que la justifican.

Otro problema, que se planteó en nuestro Derecho histórico y se plantea en la actualidad en Francia, es el de la permanencia de la inmunidad a lo largo de toda la legislatura o tan sólo durante el periodo de sesiones. A este respecto sólo nos interesa poner de relieve que, una vez más desde la estricta funcionalidad de la prerrogativa, los fines que justifican la inmunidad quedarían satisfechos con que ésta operase exclusivamente durante el período de sesiones (28). Si lo que se pretende es que no se pueda impedir la libre formación de la voluntad de la Cámara mediante persecuciones políticas contra alguno de sus miembros, esto solo tendrá sentido en los períodos de sesiones; y bastaría el poder del Parlamento para levantar un arresto o suspender un procedimiento para garantizar la plena independencia al comienzo de cada sesión (29).

Otra cuestión que se ha suscitado en Italia es la de la necesidad de reno-

(27) Cfr. TOSI, *op. cit.*, pág. 82; GUARINO, *op. cit.*, *loc. cit.*; SABATINI, *loc. cit.*

(28) Esta es la situación en Francia en la V República, que modifica las disposiciones de la III y la IV.

(29) BURDEAU estima que la extensión del alcance de la inmunidad a toda la legislatura era abusiva «porque, suponiendo una constante reelección del Parlamentario, éste podría beneficiarse de una total impunidad», *op. cit.*, pág. 545. Cfr. DRAGO: «L'évolution recente de la notion d'inviolabilité parlementaire», *R. Droit Public*, 1950.

En contra, MORTATI, *op. cit.*, pág. 475.

var la autorización en el caso del diputado reelegido. El solo planteamiento de este tema revela todos los vicios funcionales de la inmunidad: si la instrumentalización práctica de la prerrogativa fuera tal que impusiese una correcta utilización estrictamente encaminada a impedir las persecuciones arbitrarias, no tendría sentido la necesidad de renovar la autorización en cada nuevo Parlamento; bastaría con el reconocimiento de la capacidad de la Cámara para revocar su acuerdo ante nuevas pruebas o la aparición de nuevos hechos. Pero convertida la decisión de los suplicatorios en una decisión política, sin garantías de ser al tiempo constitucional, pendiente del juego de las mayorías susceptibles de cambios en su composición a cada nuevo proceso electoral, resulta lógico que cada Parlamento de composición política nueva, al margen del tema de su continuidad jurídica, recabe la competencia de poder modificar los acuerdos de su antecesor (30).

b) *Ambito material*

La intervención de la Cámara legislativa se exige en dos supuestos que estudiaremos separadamente: el arresto y los procedimientos que puedan culminar en privación de libertad.

I. ARRESTO

Ningún representante puede ser detenido sin la previa autorización de la Cámara a que pertenece. Este supuesto está contemplando todo tipo de detenciones de carácter gubernativo anteriores a la iniciación de un procedimiento criminal, porque el arresto derivado de una sentencia o de la iniciación de un procedimiento vienen controlados por la Cámara a través de la autorización para proceder. Pero las exigencias de la inmunidad no quedarían satisfechas con la autorización para proceder dada la posibilidad de detenciones anteriores a la intervención judicial o que no den lugar a la puesta a disposición judicial del detenido, y que serían suficientes para impedir la asistencia de un representante a alguna votación trascendental o cualquier otro acto parlamentario. Los demás supuestos de privación de libertad quedan suficiente-

(30) Véase CIACCIO: «L'autorizzazione a procedere contra il Parlamentare rieletto», *Giur. ital.*, II, 1954, pág. 81; ELIA: «Parlamentari rieletti ed autorizzazione a procedere concesse nella prima legislazione», *Foro ital.*, II, 1954, pág. 210; GUALTIERI: «Autorizzazione a procedere e Deputato rieletto», *Foro ital.*, II, 1953, págs. 333 y sigs.; GRASSO: «Se l'autorizzazione a procedere sia efficace nei confronti del Deputato rieletto», *Mon. Tribun.*, 1953, pág. 321; MORTATI, *op. cit.*, pág. 475; TOSI, *op. cit.*, pág. 76.

mente cubiertos con la autorización para proceder, pues, lógicamente, en caso de presunta comisión de un delito por un parlamentario, no se procederá al arresto hasta la concesión de la autorización para proceder salvo en el caso de flagrante delito; ya que no tendría sentido, no habiendo flagrante delito, solicitar primero una autorización para arrestar y posteriormente otra para proceder.

La imposibilidad de que un representante sea detenido sin autorización parlamentaria sufre la excepción del caso de flagrante delito. «El carácter esencial del flagrante delito es que permite la determinación evidente del autor del acto reprobable, lo que elimina todo riesgo de error o de interpretación tendenciosa de los hechos» (31). La flagrancia del delito excluye en gran medida la posibilidad de arbitrariedad en la detención, haciendo aconsejable la evitación de la fuga del delincuente y la conservación de las pruebas. Ello no significa que el parlamentario quede abandonado a las autoridades gubernativas y judiciales, sino simplemente que las circunstancias de evidencia aconsejan invertir el orden de la protección, con lo que la autorización para arrestar será sustituida por la autorización para continuar el arresto.

En efecto, la presunta flagrancia y la presunta delincuencia pueden ser también fruto de una persecución política; por ello las autoridades están obligadas a poner en inmediato conocimiento del Parlamento la detención, y éste podrá ordenar la libertad cuando estime que no existe tal flagrancia o que, pese a ella, el delito no es tal o es fruto de una manipulación política. Todo ello sin perjuicio de las eventuales responsabilidades penales de las autoridades correspondientes.

Frente a la tesis de que la flagrancia debe ser calificada judicialmente imposibilitando la acción espontánea de los funcionarios policiales (32), estimamos que tal requisito haría ociosa la excepción a la inmunidad del supuesto de flagrante delito cuya finalidad no es otra que evitar la fuga del delincuente o la destrucción de las pruebas y, en su caso, impedir, aun por la coacción física, la realización o la consumación de un delito (33). De tener que aguar-

(31) Véase *Parlements* (10.^a ed.), P. U. F., París, 1966, pág. 69.

(32) Véase FRAILE, *op. cit.*, pág. 152.

(33) En el mismo sentido PERGOLESI: *Diritto Costituzionale*, C. E. D. A. M., Padova, 1972, pág. 502; VIRGA, *op. cit.*, pág. 211; MATARESE: «Le prerogative parlamentari sancite nell'art. 68 della Costituzione», *Riv. di Pol.*, 1951, pág. 103; STELACCI: «Problemi nuovi sulle immunità dei membri del Parlamento», *Giust. penale*, I, 1951, página 68; ZANTI: *Le immunità parlamentari e la legislazione penale vigente*, Cremona, 1950; PANNAIN E GULLO: «Limiti delle immunità parlamentari», *Arch. penale*, II, 1954, pág. 556. En contra, COLACE: «L'arresto dei membri del Parlamento nella

dar a la calificación judicial de los hechos no habría motivo para no aguardar también a la concesión del suplicatorio por el Parlamento. El parlamentario queda suficientemente protegido con las normas penales que tipifican como delictiva la conducta contraria a la inmunidad de las autoridades y por la obligación de comunicar la detención al Parlamento de inmediato, para que éste, en su caso, ordene la puesta en libertad.

Por último, hay que señalar que la autorización del Parlamento para continuar el arresto, o su silencio, no implican la autorización para proceder, como tampoco la orden de libertad implica su denegación. Los acuerdos deben ser estimados autónomos por razones que expondremos al hablar de la conexión entre la autorización para proceder y los arrestos posteriores, bien preventivo bien en ejecución de sentencia.

II. PROCESAMIENTO

Se ha hecho alusión anteriormente a las diferencias que separan a la inmunidad parlamentaria de la *freedom from arrest or molestation* británica, y al alcance estrictamente criminal de aquélla. En la medida en que la prerrogativa está orientada a evitar la arbitraria privación de libertad de los representantes siempre ha sido instrumentalizada de cara a los procesos penales. El problema radica en que hay otros procedimientos, no estrictamente criminales y no correspondientes a la jurisdicción penal, que pueden provocar la privación de libertad. Generalmente, tanto la doctrina como la práctica parlamentaria, e incluso a veces la misma legislación (34), han incluido en el ámbito de la inmunidad todos estos procedimientos. Parece evidente que ésta es la solución correcta desde el fundamento de la prerrogativa y la única que permite garantizar el control absoluto del Parlamento sobre la libertad de sus miembros. Así, pues, todos los procedimientos administrativos, fiscales, militares, etc., que puedan conducir a la detención del diputado precisarán la autorización para proceder, y no solamente los que produzcan propiamente un encarcelamiento, sino cualquier tipo de limitación de la libertad personal que

flagranza di un delitto», *Giust. penale*, III, 1950, pág. 503; CAPALOZZA: «Contra un tentativo di limitazione delle prerogative funzionali del Parlamento», *Montecitorio*, número 4, 1951, pág. 7.

(34) Caso de España en el último Reglamento de las Cortes de 1971 y del Reglamento de la Cámara de Diputados italiana.

impida la asistencia al Parlamento (35). Así, el confinamiento (36), el arresto domiciliario, e incluso el internamiento en manicomios (37). La práctica italiana ha exigido la autorización incluso para un procedimiento de quiebra en 1966, opinando Tosi que también la quiebra puede ser instrumentalizada para apartar a un diputado de su escaño, por lo que la solución está de acuerdo con la ratio del artículo 68 de la Constitución (38).

Lo que la mayoría de la doctrina italiana rechaza es la extensión, defendida por Orlando y Crosa (39), a los procedimientos restrictivos de la capacidad y, en concreto, al juicio de interdicción (40). Al margen de la concreta polémica italiana, pues al fin y al cabo están interpretando una norma de Derecho positivo, nos inclinamos por la posición minoritaria de Orlando y Crosa en la medida en que tales procedimientos también pueden ser manipulados y también pueden dar lugar a la imposibilidad del ejercicio del mandato parlamentario. Una vez más hay que advertir que la tendencia generalizada de la doctrina a restringir al máximo la prerrogativa como si fuese un privilegio, deriva de un mal planteamiento del problema. En efecto, como se verá posteriormente, es cierto que la inmunidad ha dado lugar en todos los países a incontables abusos que la han desnaturalizado y, con frecuencia, convertido en un privilegio injustificado y sin sentido. Pero ello no deriva de una excesiva extensión de su ámbito sino de la mala utilización que de ella hace el Parlamento. En la medida en que la inmunidad es una prerrogativa y no un privilegio, su ámbito viene marcado por la función que cumple, y no parece coherente tratar de restringirlo para disminuir el número de abusos. Desde una perspectiva doctrinal, el problema de fondo será la posibilidad

(35) No podemos compartir la opinión de CAPALOZZA («Immunità parlamentare ed autorizzazione a procedere», *Pol. Parl.*, 1954, pág. 7), que pretende incluir en la exigencia de autorización la retirada de pasaporte, dado que esto no supone obstáculo alguno para la asistencia al Parlamento.

(36) Véase MORTATI, *op. cit.*, pág. 471.

(37) Véase TOSI, *op. cit.*, pág. 75.

(38) *Op. cit.*, *loc. cit.* En contra, tanto de estos últimos supuestos como de los procesos fiscales, administrativos y civiles de cualquier naturaleza, PERGOLESI, *op. cit.*, página 496. Sobre este caso de quiebra de 6 de diciembre de 1966, véase AMATUCCI: «L'imprenditore Deputato e la legge fallimentare», *Riv. Dir. civile*, II, 1967, pág. 284.

(39) ORLANDO: «Immunità parlamentari ed organi sovrani», en *Diritto Pubblico generale*, 1954, pág. 474; CROSA: «La immunità parlamentari ed il giudizio de interdizione», *Riv. Dir. priv.*, 1934, pág. 34.

(40) En contra, VIRGA, *op. cit.*, pág. 210. BARILE, para el que no se puede admitir «que una norma excepcional sea extendida por analogía», en *Corso di Diritto Costituzionale* (2.ª ed.), Padova, 1964, pág. 108. BURDAU, *op. cit.*, pág. 545.

de imponer al Parlamento una recta utilización de la inmunidad; y de reconocerse la imposibilidad de que la prerrogativa funcione como tal y no como privilegio, la solución no es restringirla, sino suprimirla.

E) *La autorización para proceder*

La autorización para proceder puede ser contemplada desde dos puntos de vista: referido a la institución jurídica objetivamente considerada, o referido al acto concreto en que el Parlamento se pronuncia sobre determinado suplicatorio. Nos ocuparemos primero de la consideración objetiva de la institución y posteriormente del acto de autorización.

I. NATURALEZA JURIDICA DE LA AUTORIZACION PARA PROCEDER

Hay dos teorías principales sobre la naturaleza jurídica de la autorización para proceder: una primera la considera como una institución de Derecho penal sustantivo y, concretamente, como una condición objetiva de punibilidad. La segunda, le confiere una naturaleza estrictamente procesal.

La construcción de la autorización como condición objetiva de punibilidad (41), se encuentra con todas las dificultades inherentes a esta polémica figura jurídico-penal. Desde luego, no es éste el lugar adecuado para profundizar en el tema; pero sí debemos hacer unas consideraciones elementales.

Las condiciones objetivas de punibilidad se pueden considerar, bien como una condición de cuya verificación depende la existencia del delito, bien como una circunstancia que no integra el delito sino que condiciona su punibilidad. Dentro de esta segunda concepción se podría integrar perfectamente la autorización para proceder, pero, como dice Tranchina, esta formulación de la condición objetiva de punibilidad es científicamente inoperante por su propia equivocidad, ya que dentro de ellas podrían ser igualmente incluidas figuras tan sustancialmente distintas como, por ejemplo, la ausencia de una causa de extinción del delito, el inicio de la acción penal o incluso el mismo desenvolvimiento del proceso (42).

La polémica actual sobre las condiciones objetivas de punibilidad, que arranca de Binding y de las monografías de Blume (43) y Sommer (44), pue-

(41) CARNELUTTI: *Teoría generale del reato*, 1933, pág. 52.

(42) *L'autorizzazione a procedere*, Milán, 1967, págs. 23 y 24.

(43) *Tatbestands Komplemente*, 1906.

(44) *Das bendigte Verbrechen*, 1908.

de reducirse a los términos siguientes: o son elementos del tipo concreto de delito, abarcados o no por el dolo de su autor (por ejemplo aborto con resultado muerte como delito calificado por el resultado), o se limitan a ser meras condiciones procesales. Ahora bien, si se las separa del tipo, el peligro de infringir el principio de culpabilidad es evidente; se amplía el radio de acción de la punibilidad a base de quebrantar el principio «nulla poena sine culpa» en favor de la responsabilidad objetiva, ya que al autor se le imputan actos no realizados por él ni abarcados por su culpabilidad.

De ahí que tanto Bockelmann (45) como Bemman (46) nieguen su razón de ser dogmáticamente hablando, por ser peligrosas para un Derecho penal clásico liberal, anclado en el principio de culpabilidad, en el que debe operarse con la mirada puesta en consideraciones político-criminales. De ahí también que, refiriéndose ya concretamente a la autorización para proceder, diga Tranchina que «sería un absurdo considerar como influyentes en el ilícito penal acontecimientos completamente extrínsecos al hecho y dependientes de terceras personas» (47).

En todo caso, y sea cual sea la posición que se adopte con respecto a las condiciones objetivas de punibilidad, considerar entre ellas a la autorización para proceder sería totalmente incongruente con la posibilidad de arresto en caso de flagrancia, e incluso con la posibilidad, que si bien no existe en España sí existe en otras legislaciones, de dictar el auto de procesamiento con anterioridad a la obtención de la correspondiente autorización para proceder (48).

Descartada esta tesis, y partiendo de la consideración de la existencia de un hecho delictivo perfectamente punible y un presunto delincuente para cuyo procesamiento no hay ningún obstáculo de carácter sustantivo, sino procesal, las divergencias derivan de su concepción como condición de procedibilidad o de prosecución. La condición de prosecución es requisito indispensable para el ejercicio de la acción penal ya iniciada, en tanto que la condición de procedibilidad condiciona el mismo inicio de la acción penal. La solución a este problema, más que teórica, es de Derecho positivo; así, en Italia se trata de una condición de prosecución de tal modo que antes de su

(45) *Niederschriften der Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, vol. V, Bonn, 1958.

(46) *Zur Frage der Objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*, Göttingen, 1957.

(47) *Op. cit.*, pág. 25.

(48) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, P. general (3.ª ed.), Madrid, 1973, págs. 541 y 542; PUIG PEÑA: *Derecho penal*, P. general, R. D. Privado, Madrid, 1969, pág. 109.

concesión puede iniciarse la instrucción y pueden realizarse actos de carácter probatorio y conservador, salvo aquellos coercitivos con respecto al imputado (49); mientras que en España se considera como una condición de procedibilidad que impide el inicio del proceso y dictar el auto de procesamiento (50).

II. EL ACTO DE AUTORIZACION PARA PROCEDER

a) Mayor importancia tiene, desde nuestro punto de vista, la naturaleza jurídica del acto de autorización para proceder. La primera toma de postura en este problema se hace sobre si el acto del Parlamento tiene o no carácter judicial. A este respecto ha habido un sector de opinión que sostenía que la Cámara debe actuar como un auténtico tribunal de justicia y, por tanto, entrar en el fondo del asunto emitiendo un verdadero dictamen de culpabilidad o inocencia. Frente a ésta, una segunda postura estima que el Parlamento no puede invadir atribuciones que corresponden a los órganos judiciales y debe limitarse a examinar si existen persecuciones arbitrarias, motivaciones injustas, que pretendan alejar al parlamentario del ejercicio de su función, sin entrar en el fondo del asunto y sin pronunciarse en ningún caso en términos de culpabilidad o inocencia.

En la doctrina extranjera se ha impuesto tradicionalmente la segunda postura (51), aunque la práctica no haya dejado de ser una permanente contradicción. Ya cuando nace la inmunidad en la Francia revolucionaria fija Robespierre el alcance de la prerrogativa, y Petion lo puntualiza con las siguientes palabras: «No se puede suponer la intención de hacer juzgar el delito por los representantes de la nación; la conclusión del señor Robespierre ha descartado esta idea. La Asamblea, que tiene el derecho a decidir si hay lugar a la acusación, no juzga» (52).

(49) Cfr. BISCARETTI, *op. cit.*, pág. 368; PERGOLESI, *op. cit.*, pág. 497; VIRGA, *op. cit.*, página 212.

(50) Cfr. FRAGA, *op. cit.*, pág. 368.

(51) Véase ESMEIN, *op. cit.*, pág. 391; BARTHELEMY: *Précis de Droit Constitutionnel*, Dalloz, París, 1933, pág. 288; PRÉLOT: *Institutions politiques et Droit Constitutionnel* (5.ª ed.), Dalloz, París, 1972, pág. 734; A. HAURIU: *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Ariel, 1971, pág. 534; HAMON y COTTERET: *Statut des membres des Assemblées parlementaires*, R. D. Public, 1960, pág. 989; BURDEAU, *op. cit.*, pág. 546; MEYER: *Bundestag und Immunität*, Tubinga, 1953, pág. 34; CERETTI: *Diritto Costituzionale italiano* (5.ª ed.), Turín, 1959, pág. 437; BISCARETTI, *op. cit.*, pág. 370; MORTATI, *op. cit.*, pág. 472; VIRGA, *op. cit.*, pág. 212; RANELETTI, *op. cit.*, pág. 392; LOJACONO, *op. cit.*, págs. 94 y sigs.

(52) *Archives parlementaires* (1781-1860), tomo XVI, París, 1883, pág. 463.

Pese a todo lo expuesto, en España fue frecuente, tanto a nivel doctrinal como en la práctica, la consideración del acto de autorización como un acto de carácter judicial. Esto venía facilitado por dos hechos: por una parte el que la inmunidad fuera concebida en la primera época, durante la vigencia de la Constitución de Cádiz y del Estatuto Real, como una absoluta sustracción de los representantes a los tribunales de justicia con la creación del Tribunal de Cortes, que, obviamente, ejercía una función estrictamente judicial; y por otra, por la consagración del principio del sobreseimiento libre sin ulterior progreso para el caso de denegación del suplicatorio, con lo que la denegación se convertía automáticamente en una auténtica sentencia judicial de carácter absolutorio.

Esta posición fue defendida a nivel teórico por Aguirre Tejada, que la apoya en lo que estima ineludible necesidad de que las Cámaras sustraigan a sus miembros de toda vejación o venganza política, para lo que considera necesaria la entrada en el fondo del asunto, porque la existencia del móvil político no es algo que se perciba a primera vista, «antes al contrario, se oscurece y oculta, no siendo por lo común los perseguidores de esta especie suficientemente inhábiles para no esconder la mano, o, como suele decirse, no escurrir el bulto». «Por eso el Parlamento, en la aplicación de la inmunidad, es forzosamente un jurado excepcional, tribunal de honor y de verdad; y jueces de esta clase no tienen otro norte que la justicia, otra limitación que la conciencia, otra pauta que la imparcialidad unida a la prudencia» (53).

Los argumentos de Aguirre son de escasa consistencia y no tienen muy en cuenta la verdadera finalidad de la prerrogativa. Una vez más ha de ponerse de relieve que el fundamento de la inmunidad es la defensa del mandato y no de las personas de los parlamentarios, y que, por tanto, la actuación del Parlamento debe limitarse a impedir cuantas acciones arbitrarias pretendan perturbar dicho mandato, pero en modo alguno a impartir justicia entre sus miembros. El hecho de que el móvil político pueda no aparecer a primera vista, sino oculto y disimulado, lo único que exige es una adecuada información e investigación. Lo que no se puede confundir es el concepto procesal de «entrar en el fondo del asunto» con su mero sentido gramatical. Lo que resulta incorrecto es que la Cámara entre en el fondo del asunto procesalmente, que decida acerca de la culpabilidad o inocencia del inculpado, no que entre «a fondo» en el asunto informándose cuanto estime necesario para no dejarse guiar por falsas apariencias.

Con todo, paulatinamente fue abandonándose en nuestra práctica parla-

(53) *Op. cit.*, págs. 542 y 546.

mentaria esta concepción judicial, aunque siguiesen comportándose frecuentemente conforme a ella. Frente al Tribunal de Cortes se arguyó el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley. Frente a la optimista e irreal estimación de la honestidad judicial del Parlamento de Aguirre, se arguyó la exigencia de la división de poderes y de la diversificación de funciones. Se puso de relieve la condición de juez y parte del Parlamento y su incapacidad para administrar justicia (54).

En definitiva, el acto de autorización es un acto político de naturaleza no judicial. En consecuencia, como decía Fábregas, «en buena doctrina procesal y política, el Parlamento, al recibir un suplicatorio, debía limitarse a examinar si puede racionalmente temerse que aquel procedimiento se ha instruido con la finalidad de privar de su libertad de acción a un senador o un diputado. De no concurrir este supuesto, debía concederse inmediatamente (55).

b) Descartada la naturaleza judicial del acto de autorización para proceder, aún existe una divergencia doctrinal entre quienes lo consideran un acto político y quienes lo consideran como un acto administrativo.

Tradicionalmente ha sido concebido, tanto por la doctrina como por la práctica parlamentaria, como un acto de naturaleza política, y esa continúa siendo hoy día la tesis más extendida, sobre todo entre los autores de Derecho constitucional (56). Sin embargo, una corriente italiana, fundamentalmente compuesta de procesalistas, pretende constituirlo como acto administrativo (57).

No vamos a entrar aquí en la compleja delimitación de los actos políticos (58). Nos basta con comprobar que la autorización para proceder contra

(54) «Los tribunales —decía CANOVAS— representan la justicia; por degenerados que estén los tribunales, representan mucho mejor la justicia, aunque no sea más que por su desinterés ordinario, que puedan representarlo ninguna mayoría ni ninguna minoría. No, estas agrupaciones políticas no están hechas para la justicia. Tienen pasiones, tienen entusiasmos, tienen interés político que consideran legítimo...» (*Inviolabilidad e inmunidad*, recopilación del Congreso, tomo I, Madrid, 1912, pág. 632).

(55) *Op. cit.*, pág. 137. Cfr. FRAILE, *op. cit.*, pág. 164.

(56) Véase, fundamentalmente, CASSETTA, voz «Autorizzazione a procedere», *Enciclop. di Diritto*, 1959, vol. 4, págs. 520 y 521; BALLADORE, *op. cit.*, pág. 224; LOIACONO, *op. cit.*, pág. 108.

(57) Cfr. LEONE: *Trattato di Diritto Procesale penale*, 1961, vol. I, pág. 170; MANZINI: *Trattato di Diritto Procesale penale italiano*, vol. 4, pág. 126; MASA: «Natura giuridica dell'autorizzazione a procedere», *Arch. penale*, I, 1950, pág. 21; PANNAIN y GULLO, *op. cit.*, pág. 596; PIETRONI: «Divisibilità e indivisibilità dell'autorizzazione a procedere», *Arch. penale*, I, 1951, pág. 297; TRANCHINA, *op. cit.*, págs. 88 y sigs.

(58) Cfr. SÁNCHEZ AGESTA: «Concepto jurídico del acto político», en el libro *Homage to Pérez Serrano*, tomo II, Madrid, 1959, págs. 183 y sigs.

parlamentarios encaja, cualquiera que sea el criterio que se sustente, entre los actos de naturaleza política: en efecto, si utilizamos la vieja teoría del Consejo de Estado francés del móvil político, no parece dudoso que éste deba ser atribuido a la autorización para proceder. Lo mismo sucedería de aplicar el criterio del fundamento jurídico de la función, dado el reconocimiento constitucional, tanto en sentido formal como material, de la inmunidad. Si aplicamos el criterio de la discrecionalidad (criterio en este caso no insuficiente, sino inútil, por incurrir en el error lógico de calificar la naturaleza por los efectos), habremos de constatar la concepción permanente del acto de autorización, tanto a nivel teórico como práctico, como acto incontrolable por la justicia administrativa. Si utilizamos la concepción de Smend o de Mortati (59) llegaríamos a la misma conclusión, pues un acto en el que se realiza la pretensión de independencia del legislativo con respecto al judicial, es sin duda un acto en el que *se realiza y determina la esencia del Estado*, como exige Smend, o cuyo objeto es la coordinación y dirección unitaria de los actos autónomos de los diversos organismos o poderes soberanos del Estado, como exige Mortati. Por último, y dentro de las deducciones de Sánchez Agesta a partir de su concepción de la actividad política cuyo objeto es «constituir, desenvolver, modificar, defender o destruir el orden jurídico fundamental en que reposa la vida del grupo», el acto de autorización es un acto político «porque tiende a defender el orden», la estructura de poder de un Estado basada en la independencia de sus órganos superiores, y porque es un acto que ha de ser «enjuiciado desde los principios del orden constitucional», principios que enmarcan su fundamento y funcionalidad (60).

Y si en vez de acudir a los criterios que han pretendido fijar la naturaleza del acto político, acudimos a la casuística judicial, nos encontraremos con un criterio casuístico permanentemente aceptado como válido —aunque desde luego insuficiente— para calificar a un acto como político, que es el de que se trate de actos de relación entre los poderes constitucionales; y no cabe duda de que el acto de autorización para proceder, que es en definitiva un control del Poder judicial por el Parlamento como garantía de una estructura de poder, ha de considerarse como tal.

Se comprenderá entonces que no puede aceptarse la tesis de Tranchina, que partiendo de la consideración de que los actos políticos «son los de mayor relieve y de importancia vital para el interés de la comunidad», excluye de entre ellos la autorización para proceder, pues «un acto en el que se auto-

(59) Véase SÁNCHEZ AGESTA, *op. cit.*, *loc. cit.*

(60) *Op. cit.*, *loc. cit.*

riza un procedimiento penal tiene funciones bastante más modestas que las del acto político» (61). Aparte de la estéril ambigüedad del criterio general utilizado, hay que advertir de nuevo que el acto de autorización para proceder tiene un alcance mucho más profundo del que se deriva de sus meros efectos procesales, en la medida en que se concibe como instrumento de independencia del poder legislativo y que supone un auténtico control sobre los órganos judiciales.

En el fondo del intento de construir la autorización para proceder como un acto administrativo late la pretensión, a nuestro juicio mal enfocada, de acabar con el carácter arbitrario del acto someténdolo a control. De aquí también el intento de considerarlo como acto administrativo externo y no interno (62), ya que sólo los externos son impugnables (63). A partir de ahí se podrían sacar las conclusiones perseguidas al cobrar relieve temas como el del silencio administrativo y la revisión contencioso-administrativa (64).

Decíamos que esta pretensión de control del acto de autorización para proceder estaba mal enfocada, porque parte de un error sumamente extendido que es la consideración de los actos políticos como actos incontrolables, error que en el fondo está atentando contra la condición jurídica del Derecho constitucional y por tanto contra su posibilidad como tal Derecho. De aquí que, ante los abusos de todo tipo a que ha dado lugar una competencia del Parlamento incontrolada que ha convertido una prerrogativa funcional en un privilegio injustificado, se haya querido buscar el control de dicha competencia; y ante las dificultades insalvables derivadas de la consideración de plena discrecionalidad del acto político, se haya buscado la justiciabilidad en su construcción como acto administrativo.

Para centrar el tema, partiendo de la naturaleza indudablemente política del acto de autorización, es preciso poner en relación el concepto de *acto político* con el de *acto constitucional*. El acto político en sí se define por su

(61) *Op. cit.*, pág. 91. Más adelante, pág. 93, concluye: «Parece claro cómo para nosotros la autorización para proceder se ha de hacer entrar en la categoría genérica de los actos administrativos, conclusión que parece válida para cualquier tipo de autorización, aun para la concedida por la Cámara o por la Corte Constitucional.» En el mismo sentido, CAPPELLETI, que da respuesta a la objeción de que el acto no emana de la Administración, aplicando un criterio material frente al criterio subjetivo; en «Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato», *Riv. Dir. Procesale*, 1960, pág. 405.

(62) Hay que decir que si se aceptase la condición de acto administrativo, su relevancia externa sería difícilmente negable. Véase CASSETTA, *op. cit.*, *loc. cit.*

(63) Cfr. ZANOBINI, *op. cit.*, vol. II, pág. 194.

(64) TRANCHINA, *op. cit.*, págs. 112 y sigs.

naturaleza política y no por los efectos de controlabilidad o incontrolabilidad que se mueven en la esfera de lo jurídico. Pues bien, un acto constitucional es siempre un acto político cualificado por estar encuadrado jurídicamente; pero un acto político no es necesariamente constitucional, es decir, no siempre está jurídicamente encuadrado. El problema de la controlabilidad del acto de autorización para proceder no es otro que el problema del Derecho constitucional, es decir, la transformación de un acto puramente político en un acto constitucional de carácter jurídico, y por tanto, la instrumentalización de una eficaz acción jurídica que garantice su vigencia inexorable como un acto reglado y no arbitrario.

Pero la esencial dificultad del Derecho constitucional radica en que sean los propios sujetos del poder los que deban someterse a derecho. De aquí la frecuente inadecuación de los sistemas tradicionales para garantizar la vigencia de la norma y la necesidad de arbitrar instrumentos nuevos. Como dice Torcuato Fernández-Miranda, «la naturaleza jurídica de un derecho no está en que su obligatoriedad esté asegurada por una acción judicial...» «si aparte de la acción judicial hay otros medios que sirvan para asegurar la obligatoriedad de la regla y son capaces de operar con eficacia para someter a los actores a la regla de Derecho, esos medios otorgan también naturaleza jurídica al derecho de que se trate. Esto es lo que sucede con el Derecho constitucional: sus medios para asegurar la obligatoriedad no están, por regla general, en la acción judicial, sino en el control del poder. La existencia de tales controles asegura la obligatoriedad de la regla, la sumisión a ella de los actores políticos y le otorga naturaleza jurídica» (65).

En la pretensión que supone la organización constitucional, la inmunidad se concibe como una prerrogativa funcional que deroga el derecho común, pero cuya derogación sólo se tolera en el ámbito que su fundamento justifica. Así, pues, el acto de autorización para proceder se pretende como un acto constitucional, es decir, un acto político jurídicamente reglado, discrecional, pero en modo alguno arbitrario. Si la pretensión constitucional ha fracasado con frecuencia y el acto político ha sido un acto arbitrario se debe, como veremos más adelante, a la falta de adecuados instrumentos de control que garanticen la vigencia inexorable de la norma.

(65) *Estado y Constitución*, cap. I, Espasa-Calpe, Madrid, 1975.

F) *Efectos de la concesión del suplicatorio*

El efecto inmediato y común de la concesión de un suplicatorio por el Parlamento, es la apertura de las vías para aplicar al parlamentario la legislación ordinaria sin restricción alguna. Cumplida la condición objetiva de procedibilidad, nada se opone a la actuación de los tribunales.

Ha de entenderse que la autorización de la Cámara se refiere exclusivamente a las materias y solicitudes contenidas en el suplicatorio. Como dice Jiménez de Asúa, la autorización «opera como una condición de perseguibilidad, pues los tribunales sólo pueden actuar contra el diputado por el delito concreto que las Cortes reconocieron como causa para conceder el suplicatorio enviado por el juez» (66). Ahora bien, cabe preguntarse si la necesidad de una nueva autorización se deriva no solo de la aparición de nuevos hechos punibles, sino también de la modificación judicial de la calificación jurídico-penal de los mismos hechos para los que se concedió la primera. Frente a la postura que exige un nuevo suplicatorio para la modificación de la calificación penal (67), otra estima que versando la autorización sobre los hechos y no sobre la calificación jurídica, no hay ninguna dificultad para que se pueda modificar ésta en el curso del procedimiento (68).

La solución al problema no es sencilla. Por una parte, es claro que al no suponer la iniciación del procedimiento más que una presunción de culpabilidad, las pruebas efectuadas en su desarrollo o incluso la mera toma en consideración de circunstancias jurídicamente relevantes (alevosía, premeditación o la misma existencia del dolo que transforma un delito de imprudencia en otro más grave o viceversa), podrán hacer variar con frecuencia dicha calificación. Por otra, no se puede desconocer la posibilidad de manipular la calificación agravando considerablemente las sanciones penales. En todo caso, parece claro que si la modificación es en el sentido de disminuir la gravedad de las penas resulta innecesario el nuevo suplicatorio. Si, por el contrario, la modificación supone una agravación de las sanciones, no resultaría injustificada la exigencia de un nuevo suplicatorio; aunque pensamos que si reconocemos al Parlamento la capacidad para modificar su decisión ante la aparición de nuevos testimonios o circunstancias que saquen a la luz irregularidades

(66) *Tratado de Derecho penal*, tomo II, Buenos Aires, 1964, pág. 1321. En el mismo sentido, en Francia, una ley de 3 de julio de 1953 estableció que la autorización sólo vale para los hechos imputados.

(67) LOJACONO, *op. cit.*, págs. 138 y sigs.

(68) DRAGO, *op. cit.*, pág. 350.

antes ocultas, con ello quedaría sobradamente protegido el representante frente a toda ulterior manipulación del proceso.

Lo que sí parece evidente es que la autorización sólo es válida con referencia a aquel representante concreto para quien se concedió, no pudiendo extenderse a otros, aunque estén involucrados en el mismo proceso. Para ello sería preciso una nueva autorización.

En otro orden de cosas, decíamos antes que la autorización para el arresto no suponía la autorización para proceder, ni la orden de libertad en caso de arresto en flagrante delito implica la denegación. Ello es lógico, porque la autorización para el arresto puede producirse sin un examen tan a fondo de todas las circunstancias como el que se producirá al estudiar el suplicatorio: normalmente, por no decir siempre, las autoridades judiciales, salvo en el caso de flagrante delito, solicitarán autorización para proceder antes de pretender arrestar, pues las causas que justificarían adelantar la solicitud de arresto a la de procesamiento (evitar la fuga del delincuente o proceder a su inmediato interrogatorio) quedarían totalmente desvirtuadas con la capacidad de maniobra que le otorga al presunto delincuente el conocimiento de la solicitud de arresto y el tiempo de tramitación del acuerdo. Partiendo de esto, la solicitud para arrestar anterior a la de proceder sólo se producirá, y así sucedió siempre en nuestro Derecho, en los casos de flagrante delito, en los que, lógicamente, no se trata de autorización para arrestar, sino para mantener el arresto, pues eso es lo que supone la notificación inmediata al Parlamento de la detención (69). Así, pues, la notificación del arresto se producirá, como exigen todas las legislaciones, de manera inmediata, con lo que la decisión del Parlamento de autorizarlo o exigir la libertad se basará en un primer análisis insuficiente que no puede sustituir a la tramitación, estudio y decisión formal de suplicatorio.

Otro caso distinto es el de si esta autorización para proceder lleva o no implícita la autorización para arrestar. La solución negativa es claramente mayoritaria en la doctrina italiana, que exige una autorización expresa y distinta para proceder al arresto preventivo e incluso para la privación de libertad derivada de una sentencia firme condenatoria (70). Esta es también, en lo referente a la prisión preventiva, la solución del último reglamento de las Cortes españolas, en la medida en que la posibilidad de que el procurador

(69) Aunque en esta ocasión el silencio del Parlamento opere en sentido inverso y la libertad del diputado exija un acuerdo expreso.

(70) Cfr. BALLADORE, *op. cit.*, pág. 241; BISCARETTI, *op. cit.*, pág. 378; VIRGA, *op. cit.*, página 213; TRANCHINA, *op. cit.*, págs. 178 y sigs. En contra, PIETRONI: «Sull'arresto di imputati membri del Parlamento», *Foro Pad.*, IV, 1951, pág. 1.

siguiere en el ejercicio de sus funciones no hacía sino separar el hecho del procesamiento del de la privación de libertad. Pero al margen de la concreta interpretación de normas positivas, pensamos que lo que persigue la inmunidad es garantizar la independencia del Parlamento evitando que sus miembros sean separados arbitrariamente del ejercicio de sus funciones, y que esta exigencia queda parcialmente satisfecha con el control ejercido en el examen del suplicatorio, pero no impide que la ingerencia injustificada en el mandato parlamentario se realice en un momento posterior, bien privando al procesado de los beneficios de la libertad provisional o incluso deteniéndolo sin motivo, bien con una sentencia desproporcionada a los hechos imputados. Ante esta posibilidad, que puede atentar decisivamente contra la presencia del Parlamentario en el ejercicio de sus funciones, pensamos que resulta más adecuado el mantenimiento del control del Parlamento sobre todas las incidencias del proceso. Por todo ello, nos parece correcta la separación de los efectos de las autorizaciones para proceder y para arrestar.

Intimamente conectado con lo anterior está el tema de los efectos de la concesión del suplicatorio en el mandato del Parlamentario. Prescindiendo de las variadas soluciones positivas, estimamos que lo más idóneo es permitir la aplicación de la ley ordinaria. Por una parte, hay que resaltar el carácter no judicial del acto de autorización: la concesión del suplicatorio no prejuzga en absoluto la culpabilidad del procesado, como tampoco la prejuzga su procesamiento en tanto no sea dictada sentencia firme. Esto supuesto, desde un punto de vista jurídico, no hay motivo para tomar medidas contra el Parlamentario hasta que no recaiga sentencia firme condenatoria. Si el procesamiento entraña prisión preventiva, que será en los casos de mayor gravedad, se producirá *de facto* la suspensión del parlamentario, a no ser que la Cámara no autorice su detención (quedando claro que, en buena teoría, la decisión de la Cámara es constitucional, esto es, jurídicamente reglada, por lo que la denegación del permiso de arresto no podría hacerse por consideraciones políticas, sino tan sólo en el caso en que la privación de libertad supusiera una arbitrariedad judicial). Si el procesamiento no entrañase pérdida provisional de libertad, el procesado seguiría en el ejercicio de sus funciones.

Por último, quedan por analizar los efectos de la sentencia firme en el mandato. Si la sentencia es absolutoria no se plantea problema alguno. Si es condenatoria pensamos que la postura más adecuada es sentar el principio de la separación del cargo con las excepciones pertinentes para los casos en que esto se considere excesivo, dada la naturaleza de los hechos y siempre por decisión de la propia Cámara.

G) *Efectos de la denegación del suplicatorio*

El común efecto de la denegación de un suplicatorio es el mantenimiento del óbice procesal que impide el procesamiento del representante. Ahora bien, el problema que se suscita es el del carácter perpetuo o temporal de dichos efectos.

La doctrina que se ha consagrado en la mayoría de las legislaciones otorga a la inmunidad efectos temporales que en algunos países, como Francia, se limita al tiempo de duración de las sesiones, por lo que al finalizar aquéllas retornan los parlamentarios a la sujeción del Derecho común. «La única formalidad impuesta a las autoridades es la de tener al Parlamento informado (en los intervalos) de las persecuciones intentadas o de los arrestos producidos» (71), para que las asambleas puedan, en su caso, suspender los procesos o levantar los arrestos al reintegrarse a las sesiones, con lo que queda garantizada su asistencia al Parlamento. Como máxima extensión, la inmunidad protege toda la duración del mandato (72), pero, en cualquier caso, «se entiende que la acción penal, si no ha prescrito entre tanto, reactiva su curso apenas cese en su oficio el parlamentario» (73).

Sin embargo, en España se ha impuesto tradicionalmente el criterio del sobreseimiento libre sin ulterior progreso, que confiere carácter de cosa juzgada a los hechos que motivaron el suplicatorio, no pudiéndose, en ningún caso, volver sobre ellos. Este criterio del sobreseimiento libre se ha mantenido sin interrupción tanto en la práctica de nuestras Cámaras como en todos los textos legales hasta llegar al último reglamento de las Cortes. Veamos algunos argumentos utilizados para defender esta postura.

Algunas argumenaciones fueron pronunciadas de forma esporádica en las Cámaras, pero las más sistemáticas son fruto de obras doctrinales que tratan el problema en su conjunto, principalmente la de Aguirre Tejada. El primer argumento del autor no es sino la lógica consecuencia de su postura en el tema de la naturaleza jurídica de la autorización para proceder, concibiéndola como acto de carácter judicial; nada más lógico, entonces, que estime que la denegación «equivale a un fallo de que no ha lugar, pues examina los elementos del proceso, y al declarar que no está fundado en motivos suficientes, resuelve que no procede su progreso» (74).

(71) *Parlements*, cit., pág. 69.

(72) Así, por ejemplo, en la República Federal Alemana, Austria, Dinamarca, Irán, Israel, Italia, Turquía, etc.

(73) *Parlements*, cit., pág. 382.

(74) *Op. cit.*, pág. 565.

En contra de esta tesis no se precisa más argumento que el expresado anteriormente al hablar de la función de las Cámaras en el examen de los suplicatorios: la competencia del Parlamento radica estrictamente en el análisis de las eventuales instigaciones políticas que pretendan alejar al parlamentario de su función, y dado que el Parlamento no es un tribunal de justicia y que el bien jurídico protegido por la inmunidad es la libertad e independencia de la Asamblea, garantizada a través de la presencia de sus miembros, nada debe oponerse a que, una vez finalizado el mandato, cuando ya no hay función que proteger, la conducta de aquéllos sea enjuiciable por los tribunales.

Hay un segundo argumento de Aguirre de carácter histórico: «Hay naciones —dice— en las que, una vez disuelto el Parlamento, quedan sus miembros a merced de que se restablezca el curso de la acción criminal, suspendida tan sólo durante el período reglamentario. Si este régimen puede prevalecer en algunos países sin peligro para los intereses que la inmunidad satisface, lo considero rodeado de riesgos en otros, sobre todo allí donde a la disolución de las Cámaras suele preceder un cambio radical de situación política y sigue a ella un trastorno general de elementos, de influencias y de predominio, que convierte a los poderosos del día antes en débiles y a los débiles en poderosos, poniendo en manos de éstos una fuerza que brinda a tentar de nuevo fortuna contra el adversario, privado como está de la garantía que antes le escudó» (75). Aunque puedan ser muy ciertas las circunstancias políticas expuestas por Aguirre en el siglo XIX y tratase de buscar defensa frente a una magistratura corrompida y contra la práctica política de la venganza, se comprenderá que no es la inmunidad el instrumento idóneo a remediar la situación, y que si sustraer al parlamentario de la venganza mientras está en el ejercicio de su función es defender al Parlamento, defensa que justifica las excepciones al Derecho común, sustraerlo cuando ha finalizado el mandato no es sino privilegiar su persona con respecto a la de otros altos funcionarios y, en general, respecto a todos los ciudadanos sometidos a esa misma magistratura corrupta y a las arbitrariedades de la lucha política.

Pese a esta situación, claramente abusiva y sin precedentes en el Derecho comparado, no han sido muy frecuentes las posturas claras contra esta injustificada extensión de la prerrogativa (76).

(75) *Op. cit., loc. cit.*

(76) Cabe destacar un duro discurso en el Congreso de ALVAREZ DE BUGALLAL pronunciado el 13 de mayo de 1882. Las opiniones de BUGALLAL, *op. cit.*, pág. 15, y de FÁBREGAS, *op. cit.*, pág. 138, y en épocas más recientes, una tímida crítica de FRAGA, *op. cit.*, pág. 66, y la decidida impugnación de FRAILE, *op. cit.*, pág. 170.

H) *Consideración especial de los abusos*

La utilización de la prerrogativa por los Parlamentos, la generosidad y la arbitrariedad con que han denegado sistemáticamente la mayoría de los suplicatorios, la han convertido en un auténtico privilegio personal que además es incapaz de cumplir ni siquiera las funciones constitucionales que le servían de fundamento. Pero la institución, pese a las constantes denuncias de parlamentarios y escritores (77), permanece en gran parte de las Constituciones del mundo con las mismas desviaciones. Sistematizamos seguidamente los principales abusos que han contribuido a desnaturalizar la prerrogativa (78).

I. *El criterio del tipo de delito*

Ha sido constante la práctica, totalmente inadecuada al fundamento de la inmunidad, de conceder o denegar suplicatorios en base al criterio apriorista del tipo de delito y, en concreto, a la distinción entre delitos políticos y comunes, denegando los primeros y concediendo los segundos (79). El fundamento de la inmunidad descarta todo criterio apriorista basado en la naturaleza del delito. El único criterio ajustado a dicho fundamento es el de la eventual manipulación, el de la arbitrariedad en la persecución que suponga un atentado a la autonomía parlamentaria y una ingerencia inmotivada en la composición de ese órgano constitucional, y ello puede hacerse tanto manipulando o inventando un delito político como uno común. De no haber indicios de tal manipulación, el suplicatorio debe concederse al margen de la naturaleza política o común de los hechos imputados.

La introducción de esta corruptela ha dado lugar, tanto en España como en el extranjero (80), a una esfera de impunidad para los parlamentarios que ha gozado de tanta certeza, fruto de una práctica ininterrumpida, que no solamente se ha creado «una categoría de ciudadanos con libre circulación por el Código penal», sino que se ha llegado a ceder el privilegio convirtiéndolo

(77) Véase BUGALLAL, *op. cit.*, pág. 13, y FÁBREGAS, *op. cit.*, pág. 137.

(78) Véase sobre esto nuestro trabajo «La inmunidad parlamentaria en la práctica de la II República y de las Cortes orgánicas», *Revista Opinión Pública*, número 49. La coherencia de este artículo nos obliga a recoger aquí, sucintamente, los puntos desarrollados en aquél.

(79) Incluso no ha sido infrecuente la defensa teórica de este criterio. Véase BARILE, *op. cit.*, pág. 108.

(80) Cfr. TOSI, *op. cit.*, pág. 80.

en algo «endosable a los amigos», al responsabilizarse los diputados, seguros de su impunidad, de escritos y editoriales periodísticos de sus amigos y correligionarios (81).

II. *La denegación por delitos leves*

Ha sido usual, en nuestro Derecho y en el comparado, la denegación sistemática de suplicatorios en base a la levedad de los cargos imputados. La razón de tal negativa se fundó siempre en estimar inadecuado perturbar el mandato parlamentario por hechos leves (82).

La inadecuación de este criterio al fundamento de la inmunidad es también evidente: en primer lugar, el procesamiento de un diputado no tiene por que llevar aparejado necesariamente, como se ha dicho antes, la perturbación de su mandato; en segundo lugar, el criterio arranca de una sacralización de la figura de los representantes que desconoce las más elementales exigencias del principio de igualdad ante la ley; en tercer lugar, y en cualquier caso, la inmunidad no es una protección contra cargos menores, sino contra procesos fabricados, con independencia de la gravedad de los hechos.

La gravedad de esta práctica se agudiza en España como consecuencia del efecto de sobreesimiento libre. En estas circunstancias, el criterio de la levedad se convierte en impunidad absoluta para determinados delitos, con lo que los parlamentarios son eximidos de un nuevo sector del Código penal a añadir a los anteriores.

III. *La desnaturalización del acto de autorización para proceder*

Una de las características constantes en la administración de la inmunidad parlamentaria fue la manipulación de la naturaleza del acto de autorización para proceder. Siempre que se pretendía la denegación de su suplicatorio se convertía su examen en un auténtico juicio, se valoraba la culpabilidad con sus circunstancias modificativas y se acababa por emitir una verdadera sentencia. Por el contrario, cuando se deseaba otorgar la concesión, con frecuencia por motivos políticos derivados de la lucha de partidos, la inhibición llegaba al extremo de no recabar la suficiente información que garantizase la inexistencia del móvil político en la persecución.

(81) Véase BUGALLAL, *op. cit.*, pág. 12.

(82) Véase PIERRE, *op. cit.*, pág. 1086. En España, hasta el Reglamento de 1971, se justificaban estas denegaciones en función de la pérdida del mandato que entrañaba el procesamiento. Sin embargo, el cambio de los efectos en el Reglamento citado no hizo variar el criterio.

IV. *Otras corruptelas fuentes de impunidad*

Sin ánimo exahustivo, procedemos a enumerar otros vicios habituales en la práctica parlamentaria:

- Utilización de las elecciones por los partidos políticos para sacar de la cárcel o evitar el procesamiento, gracias a la inmunidad, de uno de sus miembros.
- El voluminoso número de suplicatorios no contestados, bien por su excesiva abundancia, bien por una voluntaria inhibición basada en los efectos negativos del silencio (83).
- La denegación de suplicatorios cuando el interés político o la amistad lo requerían, pese a haber finalizado el mandato del inculpado.

Todos estos abusos han dado lugar a una amplísima irresponsabilidad penal de los parlamentarios, eximidos de una gran parte del Código penal y con facilidades para eludir el resto (84). Un ligero examen de nuestra historia parlamentaria pone de relieve la enorme supremacía de los suplicatorios denegados sobre los concedidos (85) y su sistemática denegación en determinados tipos de delito. Tratando de reducir a un principio el motor de esta generosidad en el comportamiento de los parlamentarios lo hemos denominado «principio de autoconservación» o «autodefensa».

V. *La inmunidad como instrumento de dominación de las mayorías*

Junto al principio de autodefensa, facilitado por la ausencia de control en el ejercicio de la competencia por el Parlamento, opera el principio de dominación de la mayoría, que interfiere en aquél rectificándolo en beneficio de los grupos políticos dominantes. Si en situaciones de relativa armonía en la dialéctica política el principio de autodefensa tiende a ser dominante en la administración de la inmunidad, convirtiéndola en impunidad, en momentos de agitación y enfrentamiento, de radicalización de posturas, cuando la disyunción amigo-enemigo cobra todo su vigor, el principio de dominación de la

(83) Cfr. MORTATI, *op. cit.*, pág. 473, y TOSI, *op. cit.*, pág. 81.

(84) MORTATI, *op. cit.*, *loc. cit.*

(85) Cfr. ASTRALDI: «Il Diritto Parlamentare nel Regolamento delle Assamblee legislative», en el vol. *Il centenario del Parlamento*, 1948, pág. 370; CHIEPA, *op. cit.*, *loc. cit.*; PERGOLES, *op. cit.*, pág. 499. Para Francia, véase SOULIER: *L'inviolabilité parlementaire en Droit Français*, París, 1966.

mayoría templa aquella impunidad en perjuicio exclusivo de las minorías. Entonces el criterio decisivo en la administración de la prerrogativa es el interés o la utilidad política de los grupos mayoritarios que son capaces de decidir por sí sin control alguno.

Si el principio de autoconservación arroja certidumbre sobre la práctica parlamentaria, certidumbre derivada del acotamiento hecho *a priori* de ámbitos de impunidad, el principio de dominación de la mayoría rompe esa coherencia en detrimento de los grupos minoritarios. Así, de los datos históricos se puede deducir que el primer principio establece la pauta de denegación para los delitos políticos y leves, mientras establece el criterio concesivo para los comunes no leves. La interferencia del segundo principio produce la concesión de suplicatorios de miembros de las minorías por esos mismos delitos políticos y leves y la denegación por delitos comunes, aun graves, en el caso de miembros de la mayoría.

Mientras opera exclusivamente el principio de autodefensa, la funcionalidad constitucional de la inmunidad se cumple plenamente en la medida en que los diputados son totalmente protegidos de las ingerencias arbitrarias del gobierno o de los tribunales, si bien las disfuncionalidades generadas por el abuso y la impunidad injustificada a que conducen convierten la prerrogativa en privilegio y destruyen el equilibrio entre el bien jurídico protegido, la independencia funcional del Parlamento, y el bien jurídico sacrificado, la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la justicia.

Cuando se interfiere el principio de dominación de la mayoría, a las disfuncionalidades anteriormente apuntadas se añade otra consecuencia fundamental: la inmunidad, ya privilegio de la mayoría y no prerrogativa, ni siquiera cumple la función constitucional que la justifica, pues de garantía del Parlamento se transforma en garantía, y aun medio de opresión, de uno o varios grupos políticos, mientras las minorías quedan totalmente desamparadas.

2. LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA EN LA ACTUALIDAD

Al estudiar la naturaleza jurídica de las prerrogativas decíamos que éstas sólo se pueden justificar desde el conjunto de la organización constitucional; que no cabía una valoración de singularidad, sino que estaban insertas en un proceso de regulación unitaria, en una estructura de conexión de mecanismos institucionales, con lo que las variaciones en esa estructura afectarán de modo

determinante a su funcionalidad y, en última instancia, a su justificación. Veamos ahora cuáles han sido esas variaciones y tratemos de dar respuesta a las preguntas con que iniciábamos el trabajo.

A) *Variaciones del régimen parlamentario relevantes para la inmunidad*

I. *La consolidación del Estado constitucional*

Como se ha visto, uno de los móviles fundamentales que da lugar al nacimiento de las prerrogativas es el enfrentamiento histórico concreto entre dos legitimidades, más exactamente, entre dos órganos que encarnan legitimidades antagónicas. Este ambiente de lucha histórica que se desarrolla primero en la Inglaterra del siglo XVII, y posteriormente en la Francia del siglo XVIII y en la España del XIX, ha desaparecido. Y no solamente ha desaparecido el concreto momento histórico de confrontación directa, sino que también han desaparecido todas las formas mixtas en las que, de alguna manera, junto a la legitimidad democrática pervivían derechos del Monarca no emanados de la voluntad popular. Ni la Monarquía limitada ni la del principio monárquico de la dogmática alemana son compatibles con el Estado constitucional, esto es, con el Estado en cuya raíz está la pretensión de exclusión de la arbitrariedad y de plena sumisión del poder al Derecho. Las Monarquías actuales de los regímenes parlamentarios europeos son completamente ajenas al conflicto histórico de legitimidades, tienen como fundamento una base popular democrática, «lo que significa que no existe un derecho propio a gobernar, que el derecho a gobernar es adventicio y que la titularidad dinástica otorga una función, pero no un derecho a gobernar basado en el mero derecho dinástico» (86).

En conclusión, en los actuales Estados constitucionales de gobierno parlamentario, tanto Repúblicas como Monarquías, ha desaparecido ese conflicto de legitimidades a cuya sombra nacen y se desarrollan las prerrogativas parlamentarias. En la actualidad, todos los órganos del Estado responden a una única legitimidad de carácter democrático.

(86) TORCUATO FERNÁNDEZ-MIRANDA: *Apuntes de clase en la Escuela Diplomática*, Madrid, 1974.

II. *De la dialéctica Parlamento-Corona a la dialéctica mayoría-minoría*

La inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias surgen históricamente como instrumentos de independencia del Parlamento frente a la Corona (87), se insertan en la dialéctica de poder entre el Parlamento y un gobierno de prerrogativa directamente emanado de aquélla. Pero, como dice Leibholz: «En Europa, la democratización ha tenido por efecto en el dominio legislativo, ante todo, la supresión del antiguo dualismo constitucional del Parlamento-Corona, al privar a ésta de su poder allí donde todavía existe la institución, y donde ha sido sustituida por un presidente republicano, al despojarle de toda suerte de autoridad política propia» (88). Los medios de control de que disponía el Parlamento, sustancialmente pensados frente al gobierno del Rey, hubieron de dirigirse hacia un gobierno que emanaba de la mayoría del mismo Parlamento. «En este sentido —continúa Leibholz— se ha hablado con razón de una unión de poderes entre el gobierno y el parlamento, de una unión de poderes dentro de un monismo parlamentario (R. Thoma) para hacer resaltar la íntima conexión entre el gobierno y la mayoría parlamentaria» (89). «En resumen —decía Carre de Malberg— el régimen parlamentario llegado a su entero desarrollo no es ya un sistema de dualismo de poderes» (90).

Al margen de las matizaciones que habría que hacer a esta identificación mayoría-gobierno, matizaciones derivadas, entre otras cosas, del hecho de la distinción jurídica de los órganos, de la incidencia del sistema de partidos en el grado de identificación y de la consideración de que el gobierno tiende a ser, más que un comité ejecutivo del Parlamento, un comité directivo (91), lo que importa a nuestro objetivo es simplemente poner de relieve la superación de la dialéctica Parlamento-Corona, y si no la identificación, sí la evidente conexión mayoría-gobierno. La incidencia de la nueva situación sobre la inmunidad parlamentaria es obvia: nacida en la lucha contra el gobierno y administrada por la mayoría, la nueva estructura hace tambalearse su funda-

(87) Hay que colocarlas, como dice CARL SCHMITT, entre las técnicas de separación de poderes («Teoría de la Constitución», *R. D. Privado*, Madrid, pág. 219).

(88) *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, I. E. P., 1971, pág. 23.

(89) *Op. cit.*, págs. 62 y 63.

(90) *Contribution à la Theorie Generale de l'Etat*, tomo II, Recueil Sirey, 1922, página 104.

(91) Es ésta una idea muy elaborada en la doctrina italiana. Véase MARTINES: *Governo parlamentare e ordinamento democratico*, Milán, 1966.

mento y su eficacia. Su fundamento, porque la conexión mayoría-gobierno hace, si no impensable, sí extraordinariamente improbable la persecución de éste contra los miembros de aquélla. Y su eficacia, porque concebidas como protección de las minorías dentro de un nuevo sistema de controles de poder en el que la minoría cumple un papel fundamental, sufre la paradoja de ser administrada por la mayoría.

III. *El Parlamento como órgano del Estado*

La concepción del Parlamento como órgano soberano, que responde, por una parte, a la circunstancia histórica de ser el único órgano representativo de la nueva legitimidad frente a los órganos del Antiguo Régimen y, por otra, a su consideración de trasunto de la nación fruto de la doctrina liberal burguesa de la representación, ha quedado también superada en gran medida. El Parlamento no puede concebirse hoy sino como un órgano de Estado; quizá el más representativo de la voluntad popular y aquél en torno al cual gira la vida del Estado, pero ya no el único que encarna la legitimidad democrática.

Las instituciones de democracia directa que tratan de compensar las insuficiencias de la hipostatización representantes-representados, las facultades del gobierno o del jefe del Estado de acudir al cuerpo electoral, como suprema voluntad para dilucidar sus conflictos con el Parlamento e incluso el diálogo directo entre el gobierno y los partidos políticos, no permiten sostener que sea el Parlamento el único órgano que encarna y hace operativa la soberanía del pueblo.

La incidencia de esta variación en las prerrogativas responde a que otra de las circunstancias que les dan nacimiento es la consideración del Parlamento como órgano soberano, como trasunto de la nación cuya voluntad forma y desarrolla en exclusiva. De aquí la argumentación de Robespierre, justificando la inmunidad, de derivarla «del principio de que ningún poder debe elevarse por encima del cuerpo representativo de la nación» (92). Y de aquí aquellas palabras de Olózaga en nuestras Cortes defendiendo la inviolabilidad: «Y la nación hablando, la nación pidiendo lo que le conviene y la nación diciendo lo que necesita, ¿puede estar sujeta al fallo, a la censura y mucho menos al castigo de ningún tribunal? ¿Quién será el juez de la nación?» (93).

(92) *Archives parlementaires*, cit., pág. 463.

(93) *Diario de sesiones, 1851-1852*, núm. 59, págs. 1637 y sigs.

IV. *La independencia del poder judicial*

Otro de los factores históricos que contribuyen claramente al nacimiento de la inmunidad es la falta de independencia de la administración de justicia. Así, cuando se decreta la inmunidad en la Asamblea Revolucionaria francesa, estableciéndose un control parlamentario sobre la justicia, no se deja de advertir el hecho de la vigencia de los tribunales del Antiguo Régimen.

Cualquier reflexión sobre la inmunidad conduce a estimar que el control parlamentario que establece está dirigido de inmediato hacia los órganos encargados de la administración de justicia, y, sin embargo, se constata fácilmente que la auténtica preocupación de parlamentarios y escritores radicaba en las eventuales persecuciones provenientes del gobierno. Recordemos, en este sentido, las palabras de Romero Robledo: «La inmunidad nació por temor, por suspicacia, por recelo de que el Poder Ejecutivo abusara» (94). Y aun hoy día la actitud más corriente es justificar la prerrogativa como instrumento de defensa frente al gobierno (95).

La consolidación del Estado constitucional ha llevado implícita la pretensión de independizar la función judicial. Conseguida esta independencia; en mayor o menor medida, lo que parece indudable es que ello incide de forma decisiva sobre la concepción de la inmunidad parlamentaria.

B) *La inmunidad parlamentaria a la luz de estas variaciones*

Parece claro que la inmunidad parlamentaria no puede ser justificada hoy día ni en base al conflicto de legitimidades, ni en base a la consideración de los tribunales de justicia como un puro instrumento del Ejecutivo, ni en base a la consideración del Parlamento como órgano de soberanía y única instancia de formación de la voluntad popular.

La inmunidad sólo puede ser justificada en el Estado constitucional, en donde todos los órganos responden a una única legitimidad, como instrumento de independencia funcional de órganos de cuya autonomía depende la posi-

(94) *Inviolabilidad...*, recopilación del Congreso, cit., tomo I, pág. 617.

(95) Véase BUGALLAL, *op. cit.*, pág. 34; FÁBREGAS, *op. cit.*, pág. 135; PIERRE, *op. cit.*, página 1054. Y en la doctrina más reciente, DUVERGER, *op. cit.*, pág. 118; BURDEAU, *op. cit.*, pág. 544; A. HAURIOU, *op. cit.*, pág. 532.

bilidad de control del poder y, en definitiva, la posibilidad del Derecho constitucional (96). Hay que situarla entre las técnicas de control interórganos como, en cierta manera, hace Loewenstein (97). Ahora bien, todo instrumento jurídico no es sino un medio para hacer operativa en determinado sentido la realidad. Por tanto, no basta con que la institución esté teóricamente fundada, sino que es preciso que la instrumentalización práctica sea eficaz, es decir, que cumpla la función para la que está prevista sin generar en su cumplimiento mayores disfuncionalidades de las que su fundamento justifica. Desde este punto de vista vamos a analizar la prerrogativa.

1. La inmunidad parlamentaria ha sufrido severas críticas e incluso se ha abogado por su supresión. Dentro de esta corriente contraria a la inmunidad, que se desarrolla fundamentalmente en la doctrina italiana y alemana y en el Parlamento italiano de la segunda posguerra (98), hay que distinguir entre quienes la impugnan por los abusos que ha suscitado y quienes, desde una visión sistemática, la impugnan por estimar que los cambios históricos la han hecho innecesaria. Esta última es la que más nos interesa.

El primer ataque sistemático contra la inmunidad es obra de Kelsen, que la impugna en base a algunos de los cambios estructurales antes apuntados: la institución nace como fruto del conflicto de legitimidades Gobierno-Parlamento, y el fin de este conflicto, que en el parlamentarismo va a suponer la identificación gobierno-mayoría, unido a la independencia del Poder judicial, hacen innecesaria la prerrogativa que se transforma en privilegio. Su único posible fundamento, como protección de las minorías, queda frustrado por su instrumentalización práctica en manos de la mayoría. Y concluye: «Si el parlamentarismo durante el largo período de su existencia no ha sabido merecer las simpatías de las grandes masas, y todavía menos de los intelectuales, no ha sido ello ajeno al abuso del anacrónico privilegio de la inmunidad» (99). Posteriormente, numerosos autores italianos se suman a esta apreciación (100).

(96) Cfr. BISCARETTI, *op. cit.*, pág. 366.

(97) Decimos en cierto modo porque la contempla solamente como control frente al Gobierno (*Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1964, pág. 256).

(98) En España no se ha planteado seriamente la posibilidad de su supresión y tan sólo algunas voces aisladas han abogado por su limitación. Véase SEVILLA, *op. cit.*, página 571.

(99) *Esencia y valor de la democracia*, Labor, págs. 67 y 68. Nótese que KELSEN, al igual que la mayoría de los autores, no ve ninguna amenaza en la independencia del Poder Judicial, al que contempla exclusivamente como posible instrumento de las maquinaciones del Gobierno.

(100) Cfr. VIRGA, *op. cit.*, pág. 209; PERGOLESÍ, *op. cit.*, pág. 498; ASTRALDI: *Il*

2. Pese a todas estas consideraciones, la mayoría de la doctrina sigue estimando necesaria la prerrogativa de inmunidad (101), aunque hay que reconocer que las más de las veces se hace en base a argumentos totalmente superados hoy día y no a su auténtica necesidad en la actual estructura de poder. Creemos que la posible defensa de la inmunidad hoy día debe hacerse en base a los siguientes argumentos:

a) Frente al hecho de la consolidación del Estado constitucional y la general sumisión del poder al Derecho, se ha de constatar que esta sumisión no es fruto sin más de la superación del conflicto de legitimidades y de la consolidación de la legitimidad democrática como único soporte del ejercicio del poder; esto sería insuficiente si no se hubiesen instrumentalizado una serie de mecanismos que garanticen el control del poder dotando a la relación jurídico-política de la inexorabilidad que la actualiza como Derecho. Entre los instrumentos de control interórganos quizá pueda aún considerarse útil a la inmunidad parlamentaria (102).

b) Frente a la estimación de que la independencia del Poder judicial imposibilita o dificulta las maquinaciones del gobierno, hay que considerar al Poder judicial en sí mismo como posible fuente autónoma de abusos de poder (103).

Diritto parlamentare nel Regolamento delle Assamblee legislative, cit., pág. 370; LUCIFREDI, en *Esperienze*, marzo de 1956, 4; CONTINI: «Quelche osservazione sul privilegio parlamentari», *Giur. Cost.*, 1968, pág. 442; MORTATI, *op. cit.*, pág. 274.

(101) Véase, por ejemplo, DUVERGER, *op. cit.*, pág. 218.

(102) «La realista valoración del intérprete del Derecho —dice Tosi— que no contemple el ordenamiento constitucional como un perfecto edificio armonioso de resucitos teoremas geométricos, sino como una lenta, continua y a veces áspera batalla contra las arbitrariedades del poder, no puede llevarle a juzgar del todo desaparecidas las razones históricas que presidieron en el continente la afirmación de la inmunidad. El poder político, en todas sus facetas, es empujado a propasarse en manifestaciones arbitrarias y usurpatorias, aunque en la organización jurídica de la moderna sociedad democrática va sujeto a la tendencia a aplacar, por vías modernas, las tentaciones de otro tiempo, y como nada en la reciente experiencia republicana autoriza a pensar que los magistrados sean, como tales, distintos a los demás hombres y por su naturaleza inmunes a los estímulos del temor y de la esperanza, manipulables por los detentadores del poder... bien está que la Asamblea Constituyente haya instituido como instituyó» (*op. cit.*, págs. 73 y 74).

(103) «La extrema lentitud del procedimiento judicial —continúa Tosi— que clamorosos episodios recientes han puesto en evidencia en sus efectos de sustancial denegación de justicia, hacen intuibiles las consecuencias que en hipótesis podrían derivarse de la eliminación de la inmunidad parlamentaria tanto para la libertad personal de los miembros singulares como para la salvaguardia de la institución parlamentaria. Si se

c) Frente a las evidentes conexiones entre el gobierno y la mayoría en el régimen parlamentario, hay que tener en cuenta, por una parte, la necesidad, más perentoria que nunca, de garantizar la libertad de los grupos minoritarios como condición inexcusable para el mantenimiento del pluralismo a nivel institucional y como instrumento importante en el sistema de control del poder político, y, por otra, que la condición del gobierno de comité directivo del Parlamento más que ejecutivo, si bien no desvirtúa el hecho de la estrecha relación mayoría-gobierno, hace surgir el peligro, mayor cuanto más se aproxima el sistema al bipartidismo, de que la voluntad de esa mayoría sea anulada por aquél, mientras que en los sistemas multipartidistas los gobiernos de coalición desdibujan sobremanera esas conexiones mayoría-gobierno.

d) Por último, frente al hecho de la superación del conflicto de legitimidades hay que insistir en la idea del profundo conflicto sociológico y socio-cultural que se desarrolla en las sociedades pluralistas, que, de alguna manera, aproxima la situación actual a aquella otra histórica en que nació la inmunidad. Quizá en este contexto la institución pueda cumplir un papel importante como garantía de la libertad de los diversos grupos políticos, garantía a su vez de la posibilidad del control político y, por tanto, de la posibilidad del Derecho constitucional como marco ordenador de la evolución socio-política.

3. Lo que resulta indudable, en el caso de que aún se considere necesaria la institución de la inmunidad, es la exigencia de una profunda reforma. Como se ha dicho al hablar de los abusos, la actual instrumentalización de la inmunidad no sólo hace degenerar la prerrogativa en privilegio por los abusos a que conduce el principio de autodefensa, sino que ni siquiera cumple su función constitucional como consecuencia del principio de dominación de las mayorías, que, en sus efectos extremos, convierte la institución en instrumento al servicio del gobierno.

De las muchas propuestas de modificación que se han hecho en el Parlamento italiano, la mayoría no abordan el problema de fondo y se limitan a rectificaciones parciales que serían siempre insuficientes a solucionar el problema (104).

añade a esto, más en general, la considerable politización del orden judicial, fenómeno relativamente reciente, pero que no parece destinado a desaparecer rápidamente», *op. cit.*, pág. 74.

(104) En la Cámara de Diputados, el diputado ALESSI presentó el 26 de octubre de 1968 una propuesta tendente a que la autorización para proceder fuera innecesaria

Una propuesta de mayor interés, esta vez a nivel doctrinal, es la de Chia-pa (105). Propone el autor que la intervención de la Cámara no sea preventiva, sino posterior a que la autoridad judicial haya completado los actos normales de persecución de los delitos, con obligación de informar a la asamblea interesada y con la facultad de esta última de intervenir determinando, en votación pública y con mayoría cualificada, la suspensión o revocación de los procedimientos judiciales, cuando se encontrasen elementos de injusta agresión (106).

A la luz de las funciones que debe cumplir hoy la inmunidad parlamentaria, protección frente al Poder judicial y protección de las minorías frente al gobierno, esta propuesta nos parece totalmente insuficiente. Por una parte, el mantenimiento de la necesidad de la autorización para el arresto deja sin solución todos los graves abusos que viene suscitando (por ejemplo, la liberación de los presos mediante la elección parlamentaria). En segundo lugar, la propuesta de que la intervención de la Cámara sea *a posteriori* y permita el procedimiento, si bien sería un importante instrumento de limitación, resultaría, sin embargo, insuficiente: sería un importante instrumento de limitación porque la posibilidad de instruir el proceso permitiría un conocimiento mucho más profundo del problema, con lo que se le quitaría al Parlamento la coartada para denegar de las situaciones ambiguas. Asimismo, el desarrollo completo del proceso, a través del cual podrían verse las eventuales arbitrariedades, permitiría un mayor control de la decisión parlamentaria por la opinión pública. Pero sería insuficiente, porque la experiencia enseña la falta de respeto hacia la opinión pública con la que los parlamentarios han denegado multitud de suplicatorios. Este control político de carácter informal no puede sustituir con eficacia a un control formalizado. En tercer lugar, la exigencia de mayoría cualificada para impedir el cumplimiento de la decisión judicial desampararía más aún a las minorías, e incluso, desprotegiendo a la misma mayoría, podría hacer completamente inútil la prerrogativa.

en el caso de los delitos comunes. Es obvia la completa inadecuación de esta propuesta al fundamento de la prerrogativa.

En el Senado, el 1 de julio de 1968, el senador BERGAMESCO propuso invertir el mecanismo de la institución de tal modo que la autorización se convirtiera en automática salvo opinión expresamente contraria de la Cámara en un plazo determinado. Cfr. VIRGA, *op. cit.*, pág. 210.

(105) *Op. cit.*, *loc. cit.*

(106) En base a la tesis de CHIEPA, el grupo liberal presentó una proposición de ley a la Cámara de Diputados (doc. núm. 120, 1 de julio de 1968) en el sentido de mantener la autorización para el arresto y aplicar dicha tesis en los procesos.

Por último, la aplicación de este criterio crearía un problema quizá más grave que el que se trata de resolver: haría extraordinariamente tensas las relaciones Parlamento-Poder judicial como consecuencia de una revisión de la conducta judicial tras haberles permitido llegar hasta los umbrales de la sentencia.

4. El auténtico problema de fondo de la desnaturalización del acto de autorización para proceder, y por donde ha de venir su remedio, es el de su fracaso como acto constitucional. La prerrogativa de inmunidad es una institución de Derecho constitucional, una prerrogativa funcional llamada a servir un interés del ordenamiento jurídico. En este sentido, el Parlamento sólo debería ser competente para levantar un arresto o impedir un proceso cuando haya indicios racionales de falseamiento y manipulación de los hechos. Así, pues, el acto de autorización, que desde luego es un acto de naturaleza política, es también un acto constitucional, es decir, un acto político jurídicamente encuadrado, en definitiva, un acto reglado y no arbitrario.

El porqué el acto de autorización ha fracasado como acto constitucional convirtiéndose en arbitrario nos enfrenta con el problema clave del Derecho constitucional: el control del poder. Tal fracaso, expresión de un abuso de poder, tiene su raíz en la ausencia de instrumentos eficaces de control de la decisión parlamentaria.

5. En este orden de cosas plantea Tosi la posibilidad de que la Magistratura controlase al Parlamento en sus posibles abusos de la prerrogativa. Pero no le parece viable porque el acto de las Cámaras es político y no puede ser sometido a revisión jurisdiccional (107).

El error de la argumentación de Tosi es patente: la inadecuado de esta solución no deriva de que los actos políticos, en cuanto actos constitucionales, no sean controlables, sino de que sería absurdo que fueran los propios tribunales de justicia, a quienes se pretende controlar con la institución de la inmunidad, los que, a su vez, controlasen la administración de la prerrogativa por el Parlamento. El hecho de que los controles del Derecho constitucional no sean con frecuencia de carácter judicial —por la necesidad de controles recíprocos ante el peligro de trasladar el problema haciendo soberanos a los jueces a fuerza de hacerlos independientes— no significa que no puedan serlo y que no lo sean a veces; baste pensar en la revisión por los tribunales de justicia, en los sistemas judiciales de control de la constitucionalidad de las leyes, de un acto netamente político como es la elaboración de la ley.

Sin perjuicio de un próximo y necesario desarrollo de la idea, concluimos apuntado una solución: la revisión del acto parlamentario, en cuanto acto constitucional, por el Tribunal de Garantías Constitucionales, en el caso, naturalmente, de que se opte por este sistema de control de la constitucionalidad y se garantice la independencia orgánica entre aquél y los tribunales ordinarios.

ALFONSO FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR

R É S U M É

L'étude juridique de l'immunité parlementaire, qui constitue le thème de cet essai, part d'une perspective non formaliste et d'une conception tridimensionnelle intrasystématique du Droit, formulée par Miguel Reale, où l'élément normatif est appréhendé sur la base des valeurs et fonctions qui en constituent le fondement et sur la structure de pouvoir que détermine la relation juridique existentielle.

Ce travail comprend donc deux parties qui correspondent à deux moments de l'évolution des structures politiques:

1) La première partie, que nous pouvons qualifier d'étude classique, part de l'estimation de la structure politique dans laquelle naît l'immunité et du bien juridique dont elle se protège. C'est une analyse fonctionnelle qui appréhende et systématise l'élément normatif et s'appuie sur la réalisation existentielle des fins qui la justifient: Fondement, nature juridique, cadre, effets... pour conclure par une étude des disfonctionnalités de l'institution dans laquelle, en plus des abus dérivés d'une conception défectueuse ou d'une mauvaise articulation pratique, commencent à apparaître des disfonctionnalités dérivées de changements historiques dans la structure politique.

2) La deuxième partie est un essai de systématisation des principaux changements structurels, relativisés par rapport au Régime parlementaire et en relation directe avec l'immunité. Il s'agit également d'apporter une réponse à son possible fondement et fonctionnalité dans le nouveau cadre structurel.

S U M M A R Y

The present work is an attempt, from an informal perspective, to judicially study the parliamentary immunity in which, from the tridimensional

intrasystematic conception of the Law formed by Miguel Reale, the normal element is understood on the basis of fundamental values and functions and the power structure that determines the existing judicial relation.

In these conditions the work comprises two parts that correspond to two moments in the evolution of political structures:

1) The first part, that we consider classical study, pulls out of the estimation of the political structure in which is born the immunity, and the good legality is founded. It is a functional analysis in which the normal element is understood and systemized on the basis of the existential of the ends that they justify: foundation, judicial nature, limit, effects. . . in order to conclude in a study of the malfunctioning of the institution in which, together with abuses derived from a defective conception or of a bad practical articulation, commence to appear malfunctions deriving from historical changes in the political structure.

2) In the second part the principal structural changes are systemized, relative to the parliamentary administration, relevant for the immunity, and deals with giving a reply to its possible foundation and functionality in the new structural frame.

