

Alexandre H. Català i Bas
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

LA INVIOLABILIDAD PARLAMENTARIA A LA LUZ DE LA SENTENCIA DEL TSJ DEL PAÍS VASCO DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2003 (CASO DEL DIPUTADO DE H.B. JON SALABERRÍA)

SUMARIO

- 1 CONSIDERACIONES PREVIAS: LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS EN LOS PARLAMENTOS ACTUALES.
- 2 LA INVIOLABILIDAD PARLAMENTARIA: 2.1. Concepto y objeto. 2.2. Naturaleza jurídica.
- 3 LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO (SALA DE LO CIVIL Y PENAL), DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2003: 3.1. Hechos. 3.2. La extensión funcional de la inviolabilidad parlamentaria. 3.3. La libertad de expresión de los parlamentarios.
- 4 EL ABUSO DE LA INVIOLABILIDAD PARLAMENTARIA..
- 5 EL FUTURO DE LA INVIOLABILIDAD PARLAMENTARIA.

1 CONSIDERACIONES PREVIAS: LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS EN LOS PARLAMENTOS ACTUALES

La Ley de Partidos Políticos diseña un nuevo panorama político o, al menos, ayuda a clarificar cuales son las reglas de juego que han de regir la actuación de los partidos políticos y, como no, la de sus dirigentes. El objetivo último, alcanzado con mayor o menor fortuna, de la Ley es impedir que los que hacen bandera del terrorismo, del racismo, de la xenofobia o de cualquier otro tipo de intolerancia, los que, en definitiva, no respetan la dignidad humana y los derechos fundamentales de las personas, puedan aprovecharse de una serie de instrumentos tales como el derecho de asociación o la libertad de expresión, que hacen posible la democracia, para intentar acabar con ella.

El espíritu que mueve esta Ley no puede detenerse en las puertas del Parlamento. Ello no obstante, no se ha de caer en el error de judicializar la vida parlamentaria pues la

voluntad parlamentaria ha de formarse sin ningún tipo de presión. Asistimos en los últimos tiempos a una relación difícil entre parlamentos y Poder Judicial. Sin ir más lejos, allí está la polémica relativa a la disolución del grupo parlamentario Sozialista Abertzaleak en el Parlamento vasco. Esta es una buena ocasión para reabrir el debate sobre determinadas instituciones parlamentarias, especialmente sobre la extensión y límites de prerrogativas, derechos y deberes de los parlamentarios. Si embargo la incógnita gira en torno a la predisposición de los afectados a abordar tal debate. En este contexto se sitúa el presente trabajo que pretende esbozar una serie de ideas en torno a la inviolabilidad parlamentaria guiadas por la idea de que la institución no puede servir a los intolerantes de patente de corso

El Parlamento sigue siendo el eje vertebrador de la vida política de una democracia. Es en sede parlamentaria donde entran en contacto los partidos políticos más importantes, los que han obtenido representación y donde, en gran medida, mayoría y minoría hacen realidad la *concordia discors* propia de la democracia de tal suerte que lo que emana del Parlamento no es únicamente la voluntad del grupo parlamentario mayoritario sino el resultado de un tira y afloja, de un consenso a base de mutuas renunciaciones entre las principales fuerzas políticas parlamentarias. El parlamentarismo significa, en palabras de KELSEN, «formación de la voluntad decisiva mediante un órgano colegiado elegido por el pueblo en virtud de sufragio general e igual, o sea democrático, obrando a base del principio de la mayoría»¹. Señalaba SCHMITT, que la *ratio* del Parlamento radica en un proceso de controversias entre contradicciones y opiniones, de lo que resultaría la auténtica voluntad estatal. Así pues, lo esencial del Parlamento es «la deliberación pública de argumento y contraargumento, el debate público y la discusión pública»², En definitiva el Parlamento como órgano deliberante y el parlamentarismo como *government by discussion*.

Por lo tanto, la formación de la voluntad en el órgano colegiado se ha de producir mediante el debate y la discusión pública en condiciones de equilibrio interno. Que la voluntad del Parlamento se genere sin obstáculos ni presiones externas, sin prácticas que la desvirtúen es una de las cuestiones centrales a la hora de estudiar este órgano pues su voluntad crea y deroga normas, da y quita la confianza al Ejecutivo y provee cargos tan esenciales en nuestro país como el Defensor del Pueblo o los miembros del

1 KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia*, Labor, 1934, p. 50.

2 SCHMITT, C., *Sobre el parlamentarismo*, Tecnos, 1990, p. 43

Tribunal Constitucional. De su voluntad depende también proceder o no a reformar la Constitución, celebrar o no un tratado internacional e, incluso, declarar la guerra a una potencia enemiga. De ahí que surjan una serie de instituciones cuyo objetivo es velar para que esta voluntad se genere libremente. De esta manera, por ejemplo, el artículo 66.2 CE otorga a las Cortes autonomía presupuestaria y el artículo 72 CE autonomía reglamentaria; el artículo 66.3 CE, por su parte, advierte que las Cortes son inviolables y el artículo 67.2 CE pone de manifiesto que Diputados y Senadores no están ligados por mandato imperativo. Como señala el profesor Pedro DE VEGA, «la mecánica de la discusión y el descubrimiento de la verdad contrastando opiniones ajenas, exige la libertad de quien discute. De ahí la justificación del mandato representativo en el parlamentarismo moderno. Si la esencia de la política parlamentaria es la deliberación, y habida cuenta que la deliberación no es posible bajo la forma del mandato imperativo, el mandato representativo constituye una exigencia ineludible del sistema»³. De entre las instituciones que persiguen dicho objetivo, merecen ser destacadas las prerrogativas parlamentarias. Como advierte el Tribunal Constitucional en su sentencia 22/1997, de 11 de febrero, las prerrogativas aparecen unidas al derecho a ocupar cargos públicos reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución española. Este precepto garantiza, no sólo el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también que los que hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos sin perturbaciones ilegítimas y los desempeñen de conformidad con lo que la ley disponga ya que en otro caso la norma constitucional perdería toda eficacia si, respetado el acceso a la función o cargo público en condiciones de igualdad, su ejercicio pudiera resultar mediatizado o impedido sin remedio jurídico. Para garantizar lo anterior es por lo que se rodea la función parlamentaria de una serie de derechos y prerrogativas. Advertirá SCHMITT que «todos los órganos y normas específicamente parlamentarios cobran sentido sólo por la discusión y la publicidad... [Esto] es válido para la reglamentación de la libertad de expresión y las inmunidades de los parlamentarios [que] devienen incomprensibles si no se cree en el principio de la discusión pública»⁴.

El Derecho evoluciona con la propia sociedad en su afán por regular las situaciones que se producen en la realidad, de tal suerte que se crean nuevas figuras o instituciones para dar respuesta a nuevas situaciones y desaparecen instituciones existentes cuando desaparecen las situaciones que hicieron necesaria su instauración. De igual

³ DE VEGA GARCÍA, P., «La función legitimadora del Parlamento», en PAU VALL, F., *Parlamento y opinión pública*, Tecnos, 1995, p. 233.

⁴ SCHMITT, C., *Sobre el parlamentarismo...*, op. cit. pp. 5 y 6.

manera, hay instituciones que si bien nacen para dar respuesta a una determinada realidad, evolucionan a medida que dicha realidad lo hace adaptándose a los cambios. Como bien señala el profesor DE VEGA, «el Parlamento es el órgano representativo por excelencia, donde se encarna auténticamente la legitimidad democrática. La cuestión no estriba, por lo tanto, en decretar su crisis, o en señalar sus disfuncionalidades, con relación al modelo ideal de Parlamento que se forjó en la pasada centuria, sino en plantear con corrección los problemas que, conforme a la estructura de la sociedad actual, se presentan ahora a la institución parlamentaria»⁵. Es desde esta perspectiva desde la que tenemos que analizar, especialmente, las figuras de la inmunidad y de la inviolabilidad. Estas respondían en un primer momento a la necesidad de colocar a los miembros del Parlamento fuera del alcance del monarca. Como recuerda ÁNGEL MANUEL ABELLÁN, el origen moderno de las garantías parlamentarias tuvo lugar en el Estado liberal y constitucional que emergió de la Francia revolucionaria de 1789 por lo que la comprensión cabal de las garantías parlamentarias requiere situarlas en el conflicto ideológico, político y jurídico entre los representantes revolucionarios y los poderes constituidos del Antiguo Régimen. El parlamento revolucionario, como órgano de soberanía que era, en trance de crear una nueva legalidad y enfrentado a los viejos poderes ejecutivo y judicial que emanaban directamente del Rey, debía mantener su independencia respecto a esos históricos poderes por lo que, en definitiva, la inviolabilidad e inmunidad se justificaban en el antagonismo histórico entre el Estado Liberal y el Antiguo Régimen⁶. Ahora bien, como advierte el propio autor, en los contemporáneos Estados constitucionales y democráticos ha desaparecido el antiguo conflicto de legitimidades entre Corona y Parlamento. Éstos no son ya órganos antagónicos que luchen por el poder por lo que estas instituciones no pueden hoy día fundamentarse doctrinalmente en proteger a los parlamentarios de persecuciones arbitrarias del ejecutivo o de los tribunales⁷. Hay que, por lo tanto, en esa dinámica evolutiva y de adaptación, indagar si, desaparecida la primigenia situación que justificaba su nacimiento, existen hoy causas que exijan su perduración en cuyo caso será necesario analizar si el régimen jurídico que regula estas figuras es el adecuado o ha de sufrir modificaciones al objeto de adecuarse a las nuevas exigencias a fin de que no se utilicen dichas garantías de forma fraudulenta, *fraus omnia vitiatur*.

5 DE VEGA GARCIA, P., «La función legitimadora...», op. cit. p. 238.

6 MANUEL ABELLÁN, A., *El Estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales*, Tecnos, 1992, p. 17.

7 MANUEL ABELLÁN, A., *El Estatuto de los parlamentarios...*, op. cit. pp. 26 y 27.

El parlamentario no ha de olvidar en ningún momento que es un ciudadano como cualquier otro (*respice post te, hominem te esse memento*) y que sólo por la especial función que desempeña puede gozar de aquellas prerrogativas sobre las que, sin ningún género de dudas, quede demostrado que sirven de forma eficaz a su normal ejercicio de tal suerte que quede probada que su ausencia sería causa de grave quebranto en el desempeño regular de sus funciones.

El mantenimiento, supresión o reforma de estas figuras ha suscitado y suscita una importante controversia doctrinal, especialmente la figura de la inmunidad. Las posturas van desde las que defienden su supresión, consecuencia de la desaparición de las circunstancias históricas que alumbraron su nacimiento y de su nula necesidad actual⁸ y en este sentido cabe citar a SILVELA para quien estas figuras entraban «en aparente contradicción con los principios generales y fines del Estado»⁹, a las que defienden su vigencia pero a la par de una reforma de su regulación¹⁰. Lo cierto es que, como señalan SOLÉ TURA y APARICIO PÉREZ, «nos hallamos ante unas categorías que, al menos en materia de inmunidades, responden más a criterios exacerbados de autodefensa corporativa que a necesidades reales de prevención de la independencia de los parlamentarios»¹¹.

Desgraciadamente estamos asistiendo en Europa a un rebrote de intolerancia, de racismo y xenofobia. Vuelven a surgir los fantasmas que se creyeron superados tras la II Guerra Mundial. Las pasadas elecciones presidenciales francesas, disputadas por el líder ultraderechista Le Pen, o las elecciones legislativas holandesas donde la Lista Pim Fortuyn ha sido la segunda más votada son dos claros ejemplos. Similares fenómenos acontecen en Dinamarca, Austria, Bélgica, Italia, Suiza y nos encontramos con parlamentos en los que algunos de sus miembros tienen escasas convicciones democráticas y abusan de las instituciones parlamentarias para lanzar sus mensajes intolerantes. Advierte COHEN-JONATHAN que «hay límites a la intolerancia, (...) la sociedad democrática, ha de ser absolutamente salvaguardada pues es la condición *sine qua non*

8 Vide en este sentido KELSEN, H., con relación a la inmunidad, en *Esencia...* op. cit. p. 67, MORTATI, C., especialmente con relación a la inmunidad, en *Instituzioni di Diritto Pubblico*, Tomo I, Padova-Cedam, 1975, p. 494. En nuestra doctrina puede verse, también con relación a la inmunidad, CARRO MARTÍNEZ, A., «La inmunidad parlamentaria», *Revista de Derecho político*, núm. 9, 1981, p. 108. FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *El juez natural de los parlamentarios*, Civitas, 2000, p. 17 y ss.

9 SILVELA, F., *La Inmunidad Parlamentaria*, en RGIJ, nº 76, Madrid, 1890, p. 36.

10 FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A., «La inmunidad parlamentaria en la actualidad», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 215, 1977, pp. 207 y ss., y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «Las garantías de los miembros del Parlamento Vasco», *Revista de Estudios Políticos*, núms. 46-47, 1981, pp. 247-248.

11 SOLÉ TURA, J., y APARICIO PÉREZ, M. A., *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Tecnos, 1984, p. 67.

del respeto de los derechos humanos, sin exclusión ni discriminación»¹². Este nuevo panorama ha de ser tenido muy en cuenta a la hora de abordar el estudio de las prerrogativas y su funcionalidad actual. Si estas nacieron para alcanzar la libertad sería un contrasentido que ahora se utilizaran en su contra.

Las prerrogativas implican, como advierte BISCARETTI, excepciones al derecho en relación con las funciones públicas que el parlamentario ha de desarrollar¹³. Solo será legítima su existencia si existe una verdadera causa que las justifique y además, en el caso concreto, dicha causa ha de quedar probada de manera convincente pues como límite a una serie de derechos fundamentales tales como el derecho a la tutela judicial efectiva y, de acuerdo con la doctrina del TEDH con relación a los límites asumida por nuestro Tribunal Constitucional, estas instituciones han de responder a una necesidad social imperiosa y demostrarse esta necesidad de forma convincente¹⁴. Así lo ha puesto de manifiesto FERNÁNDEZ SEGADO con relación a las prerrogativas recordando que «la concurrencia entre las «normas de libertad» y las «normas limitadoras» entraña que unas y otras operen con el mismo grado de vinculariedad y actúen recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas que establecen límites al ejercicio de un derecho»¹⁵. Matiza esta afirmación FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR que parte del hecho de que las prerrogativas no son privilegios al servicio de intereses privados sino que trascienden los intereses particulares de sus beneficiarios para servir a un interés superior del ordenamiento jurídico. «Por tanto, no se trata de que su interpretación deba ser restrictiva, sino estrictamente ajustada a su fundamento constitucional»¹⁶. De ello cabe deducir que, de no existir una verdadera causa que justifique su existencia, no tienen cabida en el estado actual, se convierten en anacronismos y en privilegios, en el sentido peyorativo de la palabra.

Es en este contexto en el que cabe situar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia

12 COHEN-JONATHAN, G., «Observations a la STEDH Lihiedeux e Isorni de 23 de septiembre de 1998. L'apologie de Pétain devant la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue Trimestrielle des Droits de l'homme*, nº. 38, 1999, p. 370. vide CATALA i BAS, A.H., *La (In)tolerancia en el Estado de Derecho*, Ediciones Revista General de Derecho, 2002.

13 BISCARETTI, P., *Derecho Constitucional*, Tecnos, 1965, p. 379. En el mismo sentido PUNSET, R., «Inviolabilidad e inmunidad de los parlamentarios de las Comunidades Autónomas», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 3, 1984, p.123

14 Vide, por todas, SsTEDH Handyside, de 7 de diciembre de 1976, y Silver de 25 de marzo de 1983, y SsTC 62/1982, de 15 de octubre 171/1990, de 12 de noviembre, 136/1999, de 20 de julio.

15 FERNÁNDEZ SEGADO, F., «Las prerrogativas parlamentarias en la jurisprudencia constitucional», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 38, 1996, p. 13.

16 FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A., «El ámbito material de la inmunidad parlamentaria», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 12, 1984, p. 19.

del País Vasco de 5 de septiembre de 2003 que debe ayudar a reabrir un debate sobre la conveniencia de reformar esta prerrogativa. El estudio que aquí se lleva a cabo de la sentencia no se detiene en el análisis de la extensión que este Tribunal da a la inviolabilidad parlamentaria sino que analiza también otra cuestión: la extensión de la libertad de expresión del parlamentario y ello con abundante utilización de la jurisprudencia del TEDH. En el hipotético caso de que este asunto llegara al Tribunal Constitucional sería una clara oportunidad para fijar el alcance de la inviolabilidad parlamentaria. Si el asunto llegara al Tribunal de Estrasburgo, éste, casi con toda probabilidad, no entraría a analizar el significado y alcance de la inviolabilidad parlamentaria en el ordenamiento jurídico español pues respetaría el margen de apreciación de las autoridades nacionales para fijarlo pero si entraría a analizar si la sanción impuesta al diputado era necesaria en una sociedad democrática, de acuerdo con el artículo 10 CEDH que garantiza la libertad de expresión, lo que llevaría también a analizar la proporcionalidad de la medida. Estas cuestiones son también abordadas en el presente trabajo.

2 LA INVIOLABILIDAD PARLAMENTARIA

2.1. CONCEPTO Y OBJETO

De acuerdo con el Tribunal Constitucional, la inviolabilidad, de naturaleza sustantiva, garantiza la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, entendiendo por tales aquéllas que realicen en actos parlamentarios y en el seno de cualquiera de las articulaciones de las Cortes o, por excepción, en actos exteriores a la vida de las Cámaras que sean reproducción literal de un acto parlamentario, siendo finalidad específica del privilegio asegurar a través de la libertad de expresión de los parlamentarios, la libre formación de la voluntad del órgano legislativo al que pertenezcan¹⁷ (STC 36/1981).

Esta prerrogativa supone la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por los votos emitidos y opiniones vertidas en el ejercicio de sus funciones. Aparece recogida

¹⁷ Vide STC 36/1981, de doce de noviembre y 243/1988, de 19 de diciembre.

en el artículo 71.1 de la Constitución a cuyo tenor «los diputados y senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones» y en los artículos 10 del Reglamento del Congreso y 21 del Reglamento del Senado. A pesar de que la Constitución guarda silencio al respecto, los diferentes Estatutos de Autonomía recogen esta institución. De esta manera el Estatuto de Autonomía del País Vasco señala en su artículo 26.6. «los miembros del Parlamento Vasco serán inviolables por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo»¹⁸.

A pesar de las diferencias entre inmunidad e inviolabilidad, ambas persiguen un mismo objetivo: la protección de la libre formación de la voluntad de las Cámaras. Estas dos prerrogativas, junto al aforamiento, las incompatibilidades, y la retribución constituyen un particular *status* parlamentario¹⁹. Con el término *status* se hace referencia a la condición que tiene atribuida el parlamentario en cuanto integrante de una asamblea parlamentaria con la finalidad de asegurar su independencia individual y la del órgano del que forma parte. De entrada, hay que descartar, por lo tanto, que las prerrogativas parlamentarias sean derechos subjetivos de los parlamentarios. Las prerrogativas se otorgan no al individuo como tal sino por la función que desempeña. De ahí deriva su carácter irrenunciable. Es decir, las prerrogativas no son disponibles por los parlamentarios pues su objetivo no es el de primar o favorecer a una persona²⁰ sino introducir una serie de diferenciaciones legales susceptibles de generar ventajas en la medida que ello sea necesario para poder ejercer libremente su función. Como pone de manifiesto BISCARETTI, estas excepciones al derecho común son concedidas a los parlamentarios no ya en su interés personal (puesto que tendríamos entonces meros privilegios como los reconocidos a los componentes de algunas clases del *Ancien Régime*), sino en relación con las funciones públicas que deben desarrollar, y tal carácter específico se comprueba también por el hecho de que no son renunciables y atribuyen a sus beneficiarios no *derechos públicos subjetivos*, sino simples *intereses legítimos*²¹. De consentir que las prerrogativas se convirtieran en meros privilegios estaríamos contribuyendo a crear el riesgo en palabras del profesor DE VEGA, de «conver-

18 Por su parte, el artículo 13 del Reglamento del Parlamento Vasco señala que: «Los Parlamentarios gozarán, aun después de haber cesado en su mandato, de inviolabilidad por las opiniones, actuaciones y votos emitidos en el ejercicio de su cargo».

19 Un magnífico estudio de la cuestión en relación con los diputados autonómico lo encontramos en SORIANO HERNÁNDEZ, E., *El estatuto de los parlamentarios de las comunidades autónomas*, Temas del Senado, 2001.

20 Circunstancia que sería inconcebible pues como advierte MARTINEZ SOSPEDRA, las diferenciaciones legales que se introducen no pueden caracterizarse «de acción positiva», es decir, de tratamiento privilegiado compensatorio», MARTINEZ SOSPEDRA, M., *La inmunidad parlamentaria en Derecho español*, CEU San Pablo, 1996, p. 14.

21 BISCARETTI, P., *Derecho Constitucional*, op. cit. p. 379.

tir a los representantes del pueblo soberano en los soberanos representantes del pueblo»²².

De acuerdo con la STC 51/1985, de 10 de abril, el objeto concreto de la inviolabilidad parlamentaria es la preservación de un ámbito cualificado de libertad en la crítica y en la decisión sin el cual el ejercicio de las funciones parlamentarias podría resultar mediatizado y frustrado, por ello el proceso de libre formación de voluntad del órgano.

2.2. Naturaleza jurídica

Esta cuestión ha suscitado enormes debates en la doctrina²³. Advierte GÓMEZ BENÍTEZ que «el planteamiento de fondo gira sobre la necesidad de construir la inviolabilidad manteniendo la antijuridicidad del hecho, de forma que se posibilite fundamentalmente la legítima defensa y la participación punible de terceros —no afectados por la prerrogativa— en el hecho criminal. Frente a ello se defiende aquella otra construcción jurídica que parte de la inexistencia de hecho antijurídico, es decir, de su calificación como causa de justificación, y no faltan quienes lo hacen introduciéndose en el terreno de la inimputabilidad. Además de estas opiniones, que le atribuyen carácter material, existe otra tendencia que le atribuye carácter exclusivamente procesal»²⁴.

En nuestra doctrina QUINTANO, RIPOLLÉS y ONECA se inclinan por considerar que nos encontramos con una causa personal de exclusión de la pena, de lo que se deriva que la acción es antijurídica pero se excluye su punibilidad. En opinión de GÓMEZ BENÍTEZ²⁵, ésta es la postura mayoritaria en la doctrina²⁶. Como advierte este autor, toda «causa personal de exclusión de la pena supone —a diferencia de lo que ocurre con las causas de justificación— una afectación exclusiva del elemento «punibilidad» que queda excluido manteniéndose la acción por tanto, como típica, antijurídica y

22 DE VEGA GARCÍA, P., «La función legitimadora...», op. cit. p. 238.

23 Un resumen exhaustivo e las distintas posturas doctrinales lo encontramos en GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «La inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 64, 1982, pp. 51 y ss.

24 GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «La inviolabilidad...», op. cit. pp. 52 y 53. Vide, asimismo, PIZZORUSSO, A., «Las inmunidades parlamentarias. Un enfoque comparatista», *Revista de las Cortes Generales*, nº. 2, 1984, pp. 40 y ss.

25 GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «La inviolabilidad...», op. cit. p. 52.

26 Coincidiendo con la doctrina mayoritaria alemana. Así por ejemplo V. LITZ se inclina por considera la inviolabilidad como causa personal de exclusión de la pena, postura que «viene condicionada por la naturaleza de los actos que de ello quiere extraer. «... sin afectar a la antijuridicidad del acto. Las terceras personas pueden ser responsables como coautores o cómplices del acto ejecutado por los representantes del pueblo, es admisible la legítima defensa». GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «La inviolabilidad...», op. cit., p. 52.

culpable. A sensu contrario, puede decirse que de no existir dicha excusa o causa personal de exclusión de pena, el hecho sería punible²⁷.

El delito es siempre entendido como conducta punible pero no, en absoluto, como conducta penada de tal suerte que existen una serie de supuestos en que la consecuencia jurídica del delito no es aplicable, es decir queda excluida. En esos supuestos estamos ante una causa de exención o exclusión de la pena. Causas que de acuerdo con el Código Penal, pueden ser genéricas (que afectan a todas las modalidades delictivas) y que están recogidas en el artículo 130 CP²⁸ y específicas (con relevancia solamente para determinados delitos). De considerar la inviolabilidad parlamentaria como causa de exclusión de la pena, habría que incardinarla entre las específicas. Ello no obstante, encontramos objeciones a esta postura. Como señala GÓMEZ BENÍTEZ, se trata de una excusa absolutoria (personal) de naturaleza funcional-personal que, en cualquier caso comprende todos los votos y manifestaciones que, en el ejercicio de la función parlamentaria, se hayan realizado. La exención debería afectar, por tanto, a cualquier voto o manifestación que se incluya dentro de la conducta descrita como merecedora de la exención de la pena, es decir, dentro de la actuación parlamentaria, pero la exclusión, por ejemplo, de las calumnias del ámbito protector de la inviolabilidad, tal como hace la Ley Fundamental de Bonn, viene a quebrar la genérica pretensión de las excusas absolutorias o causas (personales) de exclusión de la pena. Su exclusión, en pura coherencia con la naturaleza jurídica que se atribuye a la inviolabilidad, está injustificada²⁹.

Otros autores como RODRÍGUEZ DEVESA, JIMÉNEZ DE ASÚA y GÓMEZ BENÍTEZ, la consideran una causa de justificación que supone la exclusión de lo injusto. La realización del tipo comporta la producción de un hecho, en principio, jurídicamente desvalorizado, este desvalor puede quedar excluido cuando concorra una causa de justificación. La conducta típica resulta, en última instancia, conforme a Derecho, es decir justificada³⁰. La justificación se distingue de la inculpabilidad ya que inculpable es el hecho que no puede reprocharse jurídicamente a su autor, aun cuando haya de conceptuarse como desvalorizado. Justificado está, por el contrario, solamente el hecho

27 GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «La inviolabilidad...», op. cit., p. 55.

28 Muerte del reo, el cumplimiento de la condena, el derecho de gracia, el perdón del ofendido, la prescripción.

29 GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «La inviolabilidad...», op. cit., p. 55.

30 COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 457, a quienes seguimos en estas cuestiones.

que, en una valoración global, ha de ser conceptuado como jurídicamente correcto., de tal suerte que el hecho antijurídico realizado inculpablemente puede representar una agresión ilegítima frente a la que cabe la legítima defensa, mientras que si el hecho está justificado, es decir, si no es antijurídico, bajo ningún concepto puede ser considerado agresión ilegítima. Además el que coopera en la realización de un hecho inculpable o induce a otro a que lo ejecute, puede resultar responsable del mismo, mientras que la cooperación o la inducción a la realización de un hecho justificado no puede, en ningún caso generar responsabilidad alguna.

Cuando alguien ejercita un derecho o actúa conforme a Derecho surge para los demás miembros de la comunidad una ineludible obligación de respeto. Que una determinada conducta —un hecho típico— se halle justificada, desde el momento en que implica que se tiene derecho a llevarla a cabo, ha de comportar a su vez, necesariamente, la obligación de soportarla. En definitiva, quien actúa amparado por una causa de justificación, actúa en un régimen de preeminencia: los afectados por su actuación justificada no se le pueden oponer.

Ello supone que el hecho típico, portador de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídicamente protegido, pasa a ser conforme a Derecho si se realiza al amparo de una causa de justificación. El único elemento que puede transmutar el hecho típico en un hecho justificado es la presencia de un bien o interés que a los ojos del ordenamiento, hay de prevalecer sobre el lesionado o puesto en peligro. En el caso de la inviolabilidad ese interés preponderante ante el que decaen, en principio, el honor, la intimidad, el orden público, etc. es, como sabemos, la libre formación de la voluntad del Parlamento que es el órgano que representa al pueblo soberano.

JIMÉNEZ DE ASÚA fundamenta dicha exclusión en el estado de necesidad, planteamiento que es criticado por GÓMEZ BENÍTEZ con razón pues, en todo caso, «existe un vago concepto de «necesidad» evidentemente existente, que no tiene por qué equipararse al «estado de necesidad», categoría jurídico penal sometida a una determinada tipicidad»³¹. Efectivamente si analizamos el artículo 8.7 del anterior Código Penal³², el

31 GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «La inviolabilidad...», op. cit. p. 64.

32 «Están exentos de responsabilidad criminal.

«El que impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse».

estado de necesidad supone una situación en la que existe, para un determinado bien, el peligro de un quebranto grave que solamente puede ser evitado mediante el sacrificio de bienes jurídicos ajenos. Esta causa de justificación exige la situación de necesidad, el interés preponderante, lo que supone que el mal causado ha de ser inferior al que se intenta causar, que la acción este justificada, es decir objetivamente idónea para salvar el bien mayor, que no esté provocada intencionadamente por el sujeto y que el perjudicado, de existir, no tenga por su oficio o cargo obligación de sacrificarse. Dificilmente, por lo tanto, podemos incardinar la inviolabilidad en esta causa de justificación.

Se inclina GÓMEZ BENÍTEZ³³, habida cuenta que la propia Constitución en su artículo 71.1. se refiere a la inviolabilidad parlamentaria siempre y cuando las opiniones manifestadas se produzcan «en el ejercicio de sus funciones», reconducir la prerrogativa a la causa recogida en el número 11 del artículo 8 del anterior Código Penal que señalaba que estarán exentos de responsabilidad penal «el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo». Esta es la posición del Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de mayo de 1981 que afirma que la inviolabilidad funciona «como principio eliminador de la antijuridicidad».

Ahora bien, la cosa dista de estar clara. El término «legítimo» significa que ha de discurrir por los cauces legales y que los medios utilizados han de ser jurídicamente idóneos pues, en caso contrario, estaríamos en una hipótesis de exceso y, por lo tanto, de un ejercicio ilegítimo³⁴. El desempeño de cargos públicos conlleva, en ocasiones, la realización de una serie de funciones en cuyo desarrollo pueden lesionarse derechos ajenos. Toda actividad que implique el ejercicio legítimo de un cargo ha de estimarse conforme a Derecho. En consecuencia, la realización de un tipo penal en el desarrollo del referido ejercicio legítimo queda justificada. Pero para que aquí suceda, el ejercicio del cargo ha de ser «legítimo». Ello exige, entre otras cosas, un examen conforme al deber, por lo que sólo podrá apreciarse ejercicio legítimo del cargo sin concurrir tal

³³ En el mismo sentido se expresa ABELLAN, J.M., *El estatuto...*, op. cit. pp. 39 y 40.

³⁴ Así por ejemplo con relación al cumplimiento del deber la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 19 de junio de 1989) viene exigiendo, entre otros requisitos: 1. Que el comportamiento sea necesario y racionalmente imprescindible para el cumplimiento de la misión que han de desempeñar. 2. En caso de exceso en el uso de la fuerza, cuando hay una total falta de necesidad para su utilización, la extralimitación manifiesta impide la aplicación de la exención en forma tanto completa como incompleta. Se viene exigiendo como requisitos esenciales para la vigencia de la eximente, que los agentes se hayan encontrado dentro o en el desempeño de las funciones propias de su cargo, que la fuerza o violencia empleada sea proporcional a la función a realizar, o en otros términos, que sea racionalmente imprescindible, que no exista extralimitación de los representantes del orden y, por último que concurra un determinado grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte de la víctima.

examen y la decisión se mueve en el marco legítimo de los límites concedidos al arbitrio de quien lo desempeña.

Por lo tanto, la causa de justificación desaparece cuando se lleva a cabo un uso ilegítimo, una extralimitación de la misma, cosa que no sucede en nuestro caso con la inviolabilidad cuyo carácter absoluto niega la posibilidad de una extralimitación, circunstancia que sí se da, por ejemplo en la Ley fundamental de Bonn, al no proteger las declaraciones calumniosas.

Para GÓMEZ BENÍTEZ «no se trata aquí de la existencia de una inminente producción de un mal que genera la colisión de bienes jurídicos. Muy al contrario, la necesidad en el cumplimiento del deber o en el ejercicio de un derecho o cargo adquiere una configuración abstracta, de forma que la inexistencia de necesidad del acto para el ejercicio de la función imposibilita la estimación de la eximente; a esta conclusión se llega sin entrar en el carácter absoluto o no de dicha necesidad e interesando, por tanto, sólo la constatación de «estarse moviendo en el ámbito de lo necesario»³⁵. La consideración de la inviolabilidad como causa de justificación permite castigar el abuso o exceso en el ejercicio del derecho o cargo, hace posible la legítima defensa (admitida en los ataques al honor) ante dicho exceso y castigar, también, la participación punible. De ahí deduce como consecuencia que «la inviolabilidad parlamentaria supone un «plus» con respecto a la libertad de expresión que debe reconocerse a los ciudadanos, plus que viene referido a determinados delitos de expresión que conculcan bienes jurídicos protegidos de los que son depositarios determinadas instituciones o personas. Pero dicho «plus» de libertad estará siempre sujeto a la «necesidad» de tales acciones para el cumplimiento de la función. Por ello resulta difícil comprender que las manifestaciones calumniosas, por ejemplo, pudieran ser «necesarias» en el sentido antes asumido, para dicho ejercicio de la función parlamentaria». En definitiva, ello supone que es posible «construir una prerrogativa parlamentaria que no excluya determinados delitos de expresión (recuérdese la normativa alemana sino que los enmarque en el contexto de una función o cargo, cuyas actuaciones llevan implícitas el ejercicio de un derecho»³⁶.

PORTERO GARCÍA y FERNÁNDEZ-VIAGAS encuentran serias objeciones a tal configuración. Advierte el segundo que si se admite que la causa de justificación es la seña-

³⁵ GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «La inviolabilidad...», op. cit. p. 66

³⁶ GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «La inviolabilidad...», op. cit. p. 67.

lada en el número 11 del artículo 8, ello exige aplicar a la inviolabilidad los requisitos que el Tribunal Supremo ha venido exigiendo para la apreciación de tal circunstancia y que no son otros, de acuerdo con la STS de 24 de febrero de 1983, que: 1. Necesidad del acto. 2. Proporción de los medios empleados 3. No favorecer las extralimitaciones o abusos provenientes del sujeto activo. Para estos autores dicha circunstancia exigente sólo es de aplicación cuando el ejercicio del derecho o cargo hubiere sido ejercitado dentro de sus límites legales.

El problema radica en que la prerrogativa sólo comienza a tener sentido precisamente en el momento en el que el parlamentario puede superar los límites de lo razonable en el ejercicio del derecho. Efectivamente, tal como sigue señalando este autor cuando las opiniones vertidas se encuentran dentro de lo que razonablemente puede considerarse como ejercicio de la función parlamentaria, es evidente que su conducta es perfectamente jurídica y justificada por el legítimo derecho a utilizar el mandato parlamentario. Por el contrario, en los casos de exceso en la función, en el que el derecho ha sido utilizado más allá de sus límites legales, sería imposible aplicar dicha causa de justificación, construida precisamente para eximir las conductas conforme al ordenamiento jurídico y no las que lo violan³⁷.

Ello no obstante, la solución aportada por FERNÁNDEZ-VIAGA tampoco parece satisfactoria. Afirma que lo que ha de analizarse es la índole del derecho que ejercita el parlamentario cuando expresa una opinión en la Cámara y así, «podría sostenerse, dados los términos del artículo 71, que la Constitución ha querido configurar un plus de libertad de expresión, prácticamente en términos absolutos, para los parlamentarios, cuando se refieren a materias relacionadas con intereses públicos. El parlamentario podría así «amenazar», «coaccionar» o hacer «apología delictiva» sin ir en contra del ordenamiento jurídico, en definitiva, sin hacer antijurídica su conducta, siempre que razones superiores de participación y expresión política exigiesen que la Cámara, a la hora de formar su voluntad, tuviese en cuenta manifestaciones guiadas por una voluntad de servicio a los intereses públicos. El parlamentario estaría ejercitando, así, su derecho a la libertad de expresión de una manera diversa a la del resto de los ciudadanos. Si éstos deben, en todas sus manifestaciones, respetar el derecho de los demás, y,

³⁷ PORTERO GARCÍA, L., *Inviolabilidad e inmunidad parlamentaria*, Universidad de Málaga, 1979, p. 59. FERNÁNDEZ-VIAGA BAR-TOLOME, P., *La inviolabilidad e inmunidad de los Diputados y Senadores. La crisis de los privilegios parlamentarios*, Cívitas, 1990, p. 32.

en particular, los límites que el texto constitucional establece; el parlamentario, en el ámbito estricto de la Cámara, ve cómo su cuota de libertad de expresión se amplía considerablemente hasta hacerse casi absoluta cuando su actuación se viere presidida por consideraciones de índole política»³⁸.

El propio autor reconoce que este planteamiento no puede aplicarse en nuestra sociedad pues sólo es aceptable «en sociedades en convulsión, en comunidades donde la Institución Parlamentaria debe reflejar los extremados matices de opinión que se reflejan en la vida social»³⁹. Efectivamente en una sociedad no radicalizada, democráticamente estable no puede fundamentarse esta prerrogativa en tales consideraciones. Por ello termina señalando que la configuración de la inviolabilidad como causa de justificación penal, aceptable sobre todo en los comienzos del parlamentarismo, se ve sucedida por otra posición que la considera exclusivamente como causa de exclusión de la punibilidad⁴⁰.

La solución pasa por abandonar el carácter absoluto de la prerrogativa tal como está configurada en nuestro ordenamiento y configurarla de forma semejante a como lo está, por ejemplo, en la Ley Fundamental de Bonn. De entrada, repugna que la inviolabilidad pueda ser considerada una causa de exclusión de la pena pues ello supone reconocer que el parlamentario es un delincuente, en palabras de ELOY GARCÍA «un fugitivo del Derecho»⁴¹ que puede actuar impunemente. Más acorde con la realidad es considerarla una causa de justificación que, de entrada, salva el escollo de considerar el hecho un delito. Ello supone que el hecho aunque cumpliera el tipo penal no sería injusto pues estaría justificado. Para que mereciera tal consideración tendría que ser realizado en el ejercicio del cargo, ser absolutamente necesario o, en otras palabras, racionalmente imprescindible, para el fin para el que se instituyó la inviolabilidad, que la lesión del derecho fundamental o al interés general fuese proporcionada al fin pretendido y que, éste, en definitiva, fuera objetivamente preponderante sobre el bien o derecho lesionado. En este sentido, insultar, vejar, hacer apología del genocidio, incitar a asesinar a alguien⁴², etc., no merecerían el amparo de la inviolabilidad pero si

38 FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *La inviolabilidad...*, op. cit. pp. 33 y 34.

39 FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *La inviolabilidad...*, op. cit. p. 33.

40 FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *La inviolabilidad...*, op. cit. p. 34.

41 GARCÍA, E., *Inmunidad...*, op. cit. p. 78.

42 Puede recordarse aquí la STS de 29 de enero de 1983 y la posterior STC 105/1983, de 23 de noviembre (Caso Vinader). En la primera de ellas el Tribunal Supremo declaró probado que entre los artículos periodísticos aparecidos en los medios de comunicación en los

otras actuaciones como, por ejemplo, revelar un secreto oficial en una Comisión de investigación con el objeto de exigir la oportuna responsabilidad política. En este caso, a pesar de cumplir con un tipo, visto el interés preponderante, la acción podría estar *justificada* y por lo tanto ser *legítima*.

3 LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO (SALA DE LO CIVIL Y PENAL), DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2003

3.1. HECHOS

Los hechos que dieron lugar a esta sentencia podemos sintetizarlos como sigue: durante el transcurso de un Pleno del Parlamento Vasco en el que se debatía una Proposición no de ley respecto a la supresión del delito de insumisión intervino Jon Salaberria, diputado del grupo Batasuna. En la primera de sus intervenciones señaló: «no tenemos ninguna duda de que el País Vasco es un país militarizado. Las fuerzas armadas españolas y francesas ocupan físicamente 40.000.000 m² en el País Vasco». «Durante los 20 últimos años, las fuerzas españolas y francesas han detenido a 16.000 personas. Han sido torturados más de 5.000 ciudadanos vascos. Han matado a 7 ciudadanos en las comisarías. Han sido encarcelados 4.000 ciudadanos. Han matado a 16 presos en las cárceles. «Hay 3.000 refugiados. Se llevaron a cabo más de 280 agresiones armadas directas contra ciudadanos vascos». «ha quedado de manifiesto que los Estados español y francés han hecho una apuesta de guerra, cada vez más clara, contra este pequeño país». «la solución a la militarización del País Vasco es el derecho a la autodeterminación. Sin duda alguna». En la segunda de sus intervenciones, señaló

que, sin cumplimiento del principio de veracidad, se atribuían una serie de conductas a determinadas personas y los posteriores atentados mortales de ETA contra las mismas podía establecerse un nexo de causalidad:

«el procesado al obrar como lo hizo, fue perfectamente consciente (...) de que ponía en grave riesgo un bien jurídico protegido, como era el de la vida de las personas aludidas en los artículos, cuyas consecuencias letales, real y posteriormente producidas, eran perfectamente previsibles habida cuenta de la realidad públicamente conocida de la situación en el País Vasco y de los procedimientos utilizados con ETA» (FJ 13)

Si en lugar de haber sido unos artículos se tratara de una intervención parlamentaria, entendemos que no podría estar cubierta por la inviolabilidad pues el interés preponderante en este caso es, sin duda, la vida, que es expuesta a un peligro real y grave.

que: «Vds. Han utilizado argumentos, yo creo que bastante poco válidos para no entrar en el debate, para volver a hacer política de cara a la galería, solidarizarse con los insumisos, hablar de sociedad desmilitarizada, etc., etc. Pero Vds. no quieren afrontar el problema, desvirtúan la realidad y, por lo tanto, así no hay manera de solucionar las cosas». «Bien, pero insisto, desvirtuando la naturaleza del conflicto no hay manera de buscar soluciones, y Vds. Saben perfectamente, perfectamente, que la lucha de ETA no responde a la voluntad de imponer ideas. Lo saben perfectamente, perfectamente». «La lucha armada de ETA responde a la defensa de derechos legítimos que tiene el pueblo vasco».

A raíz de estas declaraciones, recordemos que hechas en el Pleno, el Ministerio Fiscal interpuso una querrela al entender que los hechos constituían un delito de apoyo al terrorismo tipificado en el artículo 578 del Código Penal alegando que las declaraciones del Diputado quedaban fuera de la cobertura de la inviolabilidad parlamentaria, ya que entrañaron «una valoración positiva de las acciones de la banda terrorista» e implicaron «una identificación con sus fines y con sus actos», lo que excede, según el Ministerio Fiscal, de una mera opinión. Además, los métodos de la banda terrorista ETA son intrínsecamente antijurídicos «y en consecuencia, no opinables» por lo que no puede afirmarse que las declaraciones fueran opiniones realizadas en el ejercicio de su actividad parlamentaria.

La sentencia del TSJ País Vasco de 5 de septiembre de 2003 recoge prácticamente en su totalidad dichos argumentos y condena al acusado a una pena de un año de prisión fijada en el artículo 578 del Código penal y a la accesoria de inhabilitación absoluta por siete años.

3.2. LA EXTENSIÓN FUNCIONAL DE LA INVIOABILIDAD PARLAMENTARIA

Analiza el Tribunal, en primer lugar, si en este caso entra en juego la prerrogativa de la inviolabilidad llegando a una conclusión negativa en base a unos argumentos que no podemos compartir pues supone una redefinición de la prerrogativa en un sentido restrictivo que va más allá del espíritu y de la letra del artículo 71 de la Constitución y los correspondientes preceptos de los diferentes Estatutos de Autonomía que recogen esta institución. Para el TSJ La inviolabilidad «no da lugar a la exención –absoluta y au-

tomática- de las responsabilidades penales», ni su noción «tolera que cualesquiera de las manifestaciones de voluntad o de conocimiento, vertidas en episodios parlamentarios se sustraigan a control alguno». El Tribunal hace depender de dos condiciones, que a continuación analizamos, el hecho de que la prerrogativa despliegue sus efectos: primera, que la intervención parlamentaria ha de gozar de «causalidad eficiente bastante para cooperar a formar la voluntad de la Cámara, ante lo valioso e insustituible de su aportación al éxito del razonamiento que se desenvuelve». Segunda, «que las manifestaciones emanadas de quines la invocan, constituyan verdaderas opiniones, es decir, pareceres o juicios cuyo poder de convicción —sumado a su cualidad central de decidir—, procure una ilustración indispensable para formar óptimamente la voluntad del órgano. Cuando, en vez de emitirse una opinión se despliega un razonamiento comprometido con temas frágilmente conexos o extraños al eje del debate, y además, de anuncia el propósito de alentar su constitución, se está en presencia de declaraciones diferentes de lo que el concepto de opinión es y significa».

En cuanto a la primera condición, para el Tribunal solo gozan del beneficio de esta prerrogativa, las declaraciones que, a la luz de un equilibrado juicio de razón, constituyan «un componente indispensable para vigorizar la exteriorización de la voluntad de la Asamblea Legislativa que, gracias a su ayuda dialéctica gana en autoridad moral y fuerza persuasiva», de tal manera que la inviolabilidad parlamentaria «no cubre las afirmaciones de pasada que, con independencia de los esclarecimientos e informaciones que puedan contener, huelgan a la hora de perfeccionar aquella voluntad». El Tribunal encuadra las manifestaciones del diputado de Batasuna en este tipo de declaraciones advirtiéndole que «carecían de relieve y destaque precisos para que el proceso del debate y su objetivo se supeditaran a la calidad de un discurso que directa y decisivamente, condicionase el sentido de lo resuelto sobre el problema principal».

Este razonamiento es más que dudoso. En primer lugar, en nuestro ordenamiento la inviolabilidad parlamentaria parece configurarse con un carácter absoluto, así lo ha mantenido la gran mayoría de la doctrina⁴³; es decir, no podrá ser perseguida ninguna opinión de un parlamentario en el ejercicio de su cargo, o dicho de otro modo, ningun-

43 Vide por todos, PORTERO GARCÍA, L., *Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias*, Universidad de Málaga, 1979, p. 69, SOLÉ TURA, J., y APARICIO PÉREZ, M. A., *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Tecnos, 1984, p. 68, FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *La inviolabilidad e inmunidad de los Diputados y Senadores. La crisis de los «privilegios» parlamentarios*, Civitas, 1990, p. 34, MANUEL ABELLÁN, A., *El estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales*, Tecnos, 1992, p. 43, DE LA PEÑA RODRÍGUEZ, L., *Derecho parlamentario español y Tribunal Constitucional*, Comares, 1998, 146, MARTINEZ, ELIPE, L., «reflexiones sobre la inviolabilidad, inmunidad y aforamiento», *Revista de las Cortes Generales*, , núm. 55, 2002, p.32.

na opinión manifestada por el parlamentario en el ejercicio de sus funciones generará responsabilidad alguna por su parte. En países como Bélgica, Francia o Italia, la inviolabilidad se configura también con este carácter. En otros, por el contrario, es objeto de limitaciones: la Ley Fundamental de Bonn en su artículo 46.1. excluye las expresiones calumniosas y en sentido similar se manifiesta el artículo 61.1. de la Constitución griega. El carácter absoluto de la inviolabilidad hace imposible que pueda imponerse sanción alguna a las opiniones del parlamentario hechas en el ejercicio de sus funciones parlamentarias, lo que no impide la posibilidad de que las mismas le valgan al parlamentario en cuestión una sanción disciplinaria *interna*. Del artículo 72.3 de la Constitución española, a cuyo tenor:

«Los Presidentes de las Cámaras ejercen en nombre de las mismas todos los poderes administrativos y facultades de policía en el interior de sus respectivas sedes»,

se deriva la existencia de una disciplina parlamentaria, que, de acuerdo, en este caso, con los artículos 90 y siguientes del Reglamento del Parlamento Vasco⁴⁴, limita la libertad de expresión de los parlamentarios que pueden ser llamados al orden por el contenido de su intervención. De ello se desprende, como señala MANUEL ABELLÁN, que si bien «la inviolabilidad es absoluta hacia el exterior de las Cámaras, en cambio se encuentra limitada en razón de la potestad disciplinaria y sancionadora de los presidentes de las mismas»⁴⁵, lo que no deja de ser una contradicción, pues supone el reconocimiento de que determinadas expresiones merezcan una sanción disciplinaria y, en cambio, no sea posible exigir dicha responsabilidad ante los tribunales. Para KELSEN es claramente insuficiente que dichas declaraciones solo puedan ser objeto de sanciones disciplinarias: «hoy resulta completamente inadecuada la práctica de sancionar los actos delictivos cometidos por un diputado dentro del desempeño de sus funciones, en ocasión de un discurso parlamentario, con el solo empleo de los medios disciplinarios destinados al mantenimiento del orden de la Cámara, como son una llamada al orden o a la cuestión, etc.»⁴⁶.

El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre esta cuestión pues en el ATC de 22 de julio de 1982 cuando se le solicitó que fijara el alcance de la prerrogativa

⁴⁴ Vide en el mismo sentido artículos 103 y 104 del Reglamento del Congreso y 101 del Reglamento del Senado.

⁴⁵ MANUEL ABELLÁN, A., *El estatuto...*, op. cit. p.43.

⁴⁶ KELSEN, H. *Esencia...*, op. cit. p. 68.

contestó que no era ese el momento de analizar la cuestión. En la sentencia 51/1985 advirtió que «parece evidente que la garantía no ampara cualesquiera actuaciones de los parlamentarios y si sólo sus declaraciones de juicio o de voluntad («opiniones», según el art. 71.1 CE)», sin distinguir, como hace el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, entre manifestaciones que tengan una «causalidad eficiente bastante para cooperar a formar la voluntad de la Cámara» por lo «valioso e insustituible de su aportación» de otro tipo de manifestaciones.

El propio Tribunal Constitucional en la sentencia citada llevó a cabo una interpretación restrictiva de la institución a la hora de concretar funcionalmente el ámbito de la prerrogativa. Ante la duda de si la inviolabilidad cubre toda la actuación de «relevancia política» del parlamentario o si, más estrictamente, la protección dispensada por esta garantía no alcanza sino a la conducta de su titular en tanto que miembro del órgano colegiado, cesando, por lo tanto, cuando el sujeto desplegase ya su conducta -incluso con trascendencia «política»- al margen de las funciones parlamentarias, el Tribunal se inclinó por la segunda:

«El nexo entre inviolabilidad y ejercicio de funciones propias a la condición de parlamentario está claramente expuesto por el propio art. 71.1 CE. A no ser que la expresión «funciones» que recoge esta norma se entendiera en un sentido inespecífico (de corte sociológico y no jurídico), las mismas debieran identificarse en las que son propias del Diputado o Senador en tanto que sujetos portadores del órgano parlamentario, cuya autonomía, en definitiva, es la protegida a través de esta garantía individual. El Diputado o Senador ejercería, pues, sus funciones sólo en la medida en que participase en actos parlamentarios y en el seno de cualesquiera de las articulaciones orgánicas de las Cortes Generales. Que esto es así lo confirman los Reglamentos de las Cámaras, y específicamente el Reglamento del Senado (el del Congreso -art. 10- se limita a reiterar, por lo que aquí importa, la fórmula constitucional). Así, el art. 21 Rgto. del Senado señala ya que la inviolabilidad garantizará sólo «las opiniones manifestadas en actos parlamentarios» y los «votos emitidos en el ejercicio de su cargo». (FJ 6).

El Alto Tribunal afirma que solo las declaraciones que realiza el parlamentario en el ejercicio de sus funciones están amparadas por la inviolabilidad quedando el resto

fuera del paraguas de la prerrogativa pero no efectúa ninguna distinción dentro de las primeras entre «declaraciones valiosas e insustituibles» y declaraciones sin tales características para atribuir a las primeras y no a las segundas el beneficio de la prerrogativa. Esta interpretación que hace el TSJ del País Vasco nos parece excesivamente restrictiva de la prerrogativa amén de que introduce elementos abiertos e indeterminados ¿Cuándo y quién sería el encargado de señalar cuando unas declaraciones son valiosas e insustituibles para la formación de la voluntad de la Cámara?. Esta interpretación supondría, en la práctica que en cualquier intervención parlamentaria habría que distinguir entre las partes «valiosas e insustituibles» y las que no lo fueran, aplicando la prerrogativa a las primeras pero no a las segundas amén de que quedaría a interpretación de un órgano externo a la Cámara, tal interpretación.

La segunda condición impuesta por el TSJ del País Vasco para que la inviolabilidad despliegue sus efectos es que las declaraciones «constituyan verdaderas opiniones» y no un mero «razonamiento comprometido con temas frágilmente conexos o extraños al eje del debate». La diferenciación entre la primera condición y esta segunda se nos presenta confusa. La primera exige que la declaración sea «valiosa e insustituible al éxito del razonamiento que se desenvuelve», constituyendo «un componente indispensable para vigorizar la exteriorización de la voluntad de la Asamblea Legislativa» y la segunda que la declaración «procure una ilustración indispensable para formar óptimamente la voluntad del órgano». Parece que el Tribunal está haciendo referencia a la misma cosa: que la declaración sea indispensable para la formación de la voluntad parlamentaria, siendo, en todo caso, esta segunda condición mera matización de la primera; matización consistente en que la prerrogativa no entraría en juego si la declaración en cuestión no esté conectada o lo esté débilmente con el eje del debate (si no está conectada con el tema del debate no puede ser valiosa e indispensable para la formación de la voluntad de la Cámara). ¿Qué hubiese pasado si estas expresiones hubiesen sido proferidas en el transcurso de un debate sobre la propuesta de reforma del Estatuto presentado por el Gobierno Vasco y/o el derecho a la autodeterminación?. Indudablemente estarían conectadas con el debate, mostrarían la postura de un partido político sobre el problema vasco ¿hubiesen merecido, en este caso, la protección de la inviolabilidad? Sin duda estos argumentos pueden acarrear mucha confusión. Más sencillo, creemos, es remitir la cuestión del límite de la inviolabilidad a aquellas expresiones que constituyan delito.

A la luz de lo anterior podemos afirmar que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco redefine la extensión funcional de la prerrogativa de la inviolabilidad parlamentaria en unos términos que no hace el Tribunal Constitucional español aplicándola solo a las declaraciones realizadas por los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones que fueran opiniones valiosas e indispensables para la formación de la voluntad de la Cámara y conectadas con el tema del debate. Este planteamiento introduce incertidumbres y a buen seguro, se convertiría de prosperar en una auténtica mordaza para los parlamentarios y, por lo tanto, afectar muy negativamente, al debate parlamentario y, en definitiva, a la formación libre de la voluntad parlamentaria. Ello no obstante, cabe estar de acuerdo en el planteamiento *ab initio* que subyace en esta sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Las prerrogativas pueden dar lugar a auténticos cuando son utilizadas para finalidades extrañas a su objetivo que es la libre formación de la voluntad de la Cámara. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de ponerlo de relieve en más de una ocasión con relación a la inmunidad parlamentaria y la necesidad de contar con el suplicatorio de la Cámara para poder procesar a un parlamentario. Sin embargo, con relación al abuso de la prerrogativa de la inviolabilidad no ha tenido ocasión de pronunciarse expresamente pero, sin duda, se hace necesario ajustar esta prerrogativa a la realidad de los parlamentos democráticos actuales dentro de lo que es un Estado de derecho que cuenta con un Poder Judicial independiente e imparcial sometido al imperio de la ley. Ello lleva a desterrar la posibilidad de que se abuse de esta institución que es, como antes hemos señalado, una excepción al derecho y que, como tal, ha de ser objeto de una interpretación restrictiva. El debate sobre la pervivencia o supresión de cada una de las prerrogativas cabe realizarlo por separado. Con relación a la necesidad de solicitar el oportuno suplicatorio de la Cámara, gran parte de la doctrina se inclina por su supresión. Cabe recordar, en este sentido, que no disfrutaban de tal beneficio los miembros de los parlamentos autonómicos y, en derecho comparado, son muchos los países de nuestro entorno que tampoco lo recogen. Con relación a la inviolabilidad, la opinión mayoritaria es la de mantenerla siendo necesario, no obstante, llevar a cabo una redefinición de la misma eliminando su carácter absoluto con el fin de evitar que se abuse de la misma. A esta cuestión nos referiremos con posterioridad.

3.3. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS PARLAMENTARIOS

Sentado por el Tribunal Superior de Justicia que la inviolabilidad parlamentaria no entra en juego analiza a continuación si las manifestaciones realizadas por el parlamentario constituye un delito de apoyo al terrorismo tipificado en el artículo 578 CP., llegando a una conclusión afirmativa e imponiendo al diputado del grupo Batasuna la pena de 1 año de prisión y siete de inhabilitación absoluta.

Cabe advertir que tanto el TEDH como el Tribunal Constitucional han dejado claro que la libertad de expresión ampara tanto los juicios de valor o informaciones moderados, favorables o inocuos, como los que molestan, hieren o incomoden. En este sentido en la sentencia Handyside de 7 de diciembre de 1976, el Tribunal de Estrasburgo señaló que:

«Al amparo del artículo 10.2 son válidos no sólo las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una parte cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una «sociedad democrática» (Párf. 49)⁴⁷.

Ahora bien, lo anterior no supone que no puedan ser perseguidas y sancionadas aquellas manifestaciones hechas sin fundamento o con mala fe. Así se recoge el TEDH en la STEDH Castells de 23 de abril de 1992 en los siguientes términos:

«Pero no deja de resultar lícito para las autoridades competentes del Estado la adopción de medidas, incluso penales, destinadas a reaccionar de manera adecuada y no excesiva contra acusaciones difamatorias desprovistas de fundamento o formuladas con mala fe» (Párf. 47)

Dichos términos serán recogidos literalmente por el Tribunal Constitucional en la STC190/1992, de 16 de noviembre (caso representante de H.B. que llamó torturador al Presidente del Gobierno).

⁴⁷ En el mismo sentido, STC 62/1982, de 15 de noviembre.

Los partidos y representantes políticos gozan de unos amplios márgenes a la hora de hacer uso de la libertad de expresión. Si bien es cierto que han de soportar fuertes críticas en el ejercicio de su función, tal como puso de relieve el TEDH en su sentencia Lingens de 8 de julio de 1986 al afirmar que los límites de la crítica permitida son más amplios pues se exponen inevitablemente a una fiscalización atenta de sus actos y gestos tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos, no lo es menos, como advierte el propio TEDH en la sentencia Castells de 23 de abril de 1992, que la libertad de expresión adquiere una importancia particular cuando es ejercida por un representante político en la medida en que es necesario que la opinión pública conozca lo que piensan sus representantes, por lo que las injerencias en este derecho han de ser objeto de un control riguroso. Ahora bien, la amplitud en su reconocimiento no se extiende al extremo de amparar los mensajes intolerantes. En este sentido puede traerse a colación las SSTEDH Piermont de 27 de abril de 1995 y Abraham Aksoy de 10 de octubre de 2000. En la primera de ellas, la demandante, parlamentaria alemana, fue expulsada de la Polinesia francesa por participara en una serie de manifestaciones pacifistas en contra de las pruebas nucleares en la zona y por defender la independencia de dichos territorios de Francia. En la segunda, el demandante, político turco, fue sancionado por defender los derechos del pueblo kurdo y por abogar por una solución pacífica al conflicto que pasara por el reconocimiento del derecho a la autodeterminación de dicho pueblo. En ninguno de los dos casos se defendían tesis intolerantes tales como la utilización de la violencia como forma para solucionar el conflicto, por lo que ambos demandantes fueron amparados en su libertad de expresión por el TEDH. Ello no obstante, no puede ser amparado el mensaje que contiene una fuerte carga de intolerancia, como, por ejemplo, la defensa de la violencia para alcanzar objetivos políticos. En este sentido nos remitimos a varios casos llevados ante el TEDH: Así por ejemplo el caso Zana de 25 de noviembre de 1997 en el que el Tribunal de Estrasburgo no amparó al demandante por defender los métodos violentos del PKK, o la Decisión de inadmisibilidad Ruffi Osmani de 11 de octubre de 2001 en la que tampoco se amparó al demandante al haber apelado a la violencia para defender su proyecto político o, por último, la sentencia Partido de La Prosperidad de 13 de febrero de 2003 en la que el TEDH consideró que no vulneraba el Convenio la ilegalización de dicha formación política por defender, entre otras cosas, la *hijab* o guerra santa como método político, la instauración de un sistema multijurídico o Millet en el cual el individuo era juzgado por unas leyes según su religión y la reinstauración de la *Sharia* o ley musulmana. Obligado es referirse a la sentencia del Tribunal Constitucio-

nal 136/1999, de 20 de julio (caso Mesa Nacional de H.B.) en la que el Alto Tribunal deja claro que la defensa o justificación de las acciones terroristas de ETA no pueden encontrar el amparo de la libertad de expresión.

Por otra parte, el TEDH advierte que el hecho de que un proyecto político no sea compatible con la estructura de un Estado no lo convierte por este único motivo, en incompatible con la democracia pues pertenece a la propia esencia de ésta la proposición o discusión de proyectos políticos diversos, incluso los que cuestionan el modo de organización actual de un estado, siempre y cuando no supongan un ataque a la propia democracia⁴⁸. Indudablemente, señala también el TEDH, un partido o un dirigente político puede hacer campaña en pro de un cambio de la legislación o de las estructuras legales o constitucionales de un Estado, siempre y cuando, eso si, respete dos condiciones: primera, que los medios utilizados a este fin sean a todas luces legales y democráticos; segunda, que el cambio propuesto sea, asimismo, compatible con los valores democráticos fundamentales. El Tribunal de Estrasburgo matiza que los objetivos de un partido político no se derivan exclusivamente de lo que se señala en sus estatutos sino también de su actuación, especialmente de sus dirigentes. Incluso señala que el hecho de que un partido político mantenga proyectos similares a la de grupos terroristas no supone *per se* que dicha formación haya de ser ilegalizada. Si se considera que mantener proyectos similares a un grupo terrorista supone dar apoyo a los terroristas se disminuye la posibilidad de tratar dichas cuestiones en el ámbito del debate democrático y permite a los violentos monopolizar la defensa de ese proyecto lo que sería contrario a los principios democráticos. El buen funcionamiento de la democracia exige que las formaciones políticas puedan introducir en el debate todas aquellas cuestiones que conciernen a la vida pública aunque ello suponga críticas severas e, incluso, hostiles contra las autoridades públicas⁴⁹.

El papel esencial que desempeñan los partidos políticos en una democracia obliga a examinar con el máximo rigor estas cuestiones, observar, por tanto la gravedad de las declaraciones, sus autores, si se trata de declaraciones aisladas o esporádicas, o, en cambio, se trata de una toma de postura firme y sólo concluir la ilegalización de un partido cuando quede constatado, sin ningún género de dudas, que se mueve fuera de la legalidad. Los partidos y representantes políticos, por lo tanto, han de gozar de

⁴⁸ Vide SsTEDH Partido Socialista Turco de 25 de mayo de 1998 y Partido de la Libertad y la Democracia de 8 de diciembre de 1999.

⁴⁹ Vide STEDH Yazar, Baratas, Aksoy y el Partido del Trabajo del Pueblo (HEP) c. Turquía de 9 de abril de 2002.

un amplio margen en el ejercicio de su libertad de expresión pues de lo contrario se pone en peligro el pluralismo político, y, consecuentemente, la propia democracia y las injerencias en este derecho ha de ser objeto de una interpretación estricta quedando demostrado de manera convincente la necesidad de tal restricción.

En este contexto cabe enmarcar las declaraciones del diputado de Batasuna. Del conjunto de declaraciones inculminadas, a mi entender y teniendo en cuenta el gran número de casos resueltos por el TEDH⁵⁰, sólo dos podrían quedar fuera del ámbito de protección de la libertad de expresión. Las expresiones: «la lucha armada de ETA no responde a la voluntad de imponer ideas» y «la lucha armada de ETA responde a la defensa de derechos legítimos que tiene el pueblo vasco», pueden entenderse como un apoyo explícito a las acciones de la organización terrorista subsumibles en el tipo del artículo 578 del Código Penal. El resto de expresiones aunque duras, inquietantes, molestas o, incluso, ofensivas podrían muy bien ser amparadas por la libertad de expresión: se tratan de cuestiones que afectan a asuntos de interés público, dentro de un debate político existente en la sociedad y realizadas por un representante parlamentario. Este caso reviste cierta similitud con el caso Zana resuelto por el Tribunal de Estrasburgo y en el que el Tribunal concluyó que con relación a la defensa o justificación de las acciones terroristas, incluso unas frases que podían ser ambiguas o susceptibles de distintas interpretaciones pero pronunciadas en un contexto político y social suponen un ejercicio ilegítimo de la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 CEDH⁵¹.

50 Vide al respecto CATALÁ i BAS, ALEXANDRE H., *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional*. Ediciones Revista General de Derecho, 2001, especialmente pp. 337 y ss.

51 En la STEDH Zana de 25 de noviembre de 1997 se debatía si merecían ser amparadas las declaraciones del demandante, antiguo alcalde y relevante personalidad política del Sudeste de Turquía aparecidas en un medio de comunicación, en favor de los movimientos de liberación nacional, y en concreto en favor de Partido de los Trabajadores del Kurdistan (PKK), responsable de un gran número de atentados, y calificando de error las matanzas de mujeres y niños llevadas a cabo por dicho movimiento armado. Las frases tenidas en cuenta por el TEDH fueron dos: en la primera, el demandante expresaba su apoyo al «movimiento de liberación nacional del PKK» indicando seguidamente que «no está favor de las masacres», en la segunda añadía que «todo el mundo puede cometer errores y que es por error que el PKK mata mujeres y niños». El TEDH, todo y reconocer, en primer lugar, el carácter esencial de la libertad de expresión en un sistema democrático, en segundo lugar, el hecho de que se amparan tanto las opiniones inofensivas o favorables como las ofensivas o desfavorables y, en tercer y último lugar, que, los límites a tal derecho han de ser aplicados de forma estricta y convincente, concluye que la sanción no vulneraba el CEDH. Aunque dichas expresiones podían prestarse a diversas interpretaciones eran, en opinión del propio TEDH, en sí mismas contradictorias al respaldar el PKK pero condenar sus masacres, y ambiguas al calificar de errores las matanzas de mujeres y niños. Además, las declaraciones fueron hechas en un momento en el que se había producido una grave escalada de violencia, por lo que eran susceptibles de enrarecer aun más si cabe el ambiente tenso que en esos momentos se vivía. El Tribunal concluyó que las mismas no merecían ser amparadas por el CEDH. Al respecto puede verse el voto particular del magistrado JIMÉNEZ DE PARGA a la STC 136/1999, de 20 de julio: «No es ocioso recordar, con el T.E.D.H., que, si la libertad de expresión ni siquiera ampara la contradicción o la ambigüedad en el repudio del terrorismo hay dichas contradicción y ambigüedad, v.gr., cuando se avala a una organización terrorista, aun desaprobando sus asesinatos, y, pese a esa desaprobación, se los califica como simples «errores» (tal es el supuesto de hecho en el caso Zana, núm. 58), *a fortiori* ese derecho fundamental tampoco cobija manifestaciones como las aquí enjuiciadas».

Por último cabe dejar planteada una cuestión ¿las penas de un año de prisión y siete años de inhabilitación son proporcionales a la acción punible? Tanto el TEDH como el Tribunal Constitucional han otorgado el amparo a demandantes que habían hecho un uso ilegítimo de la libertad de expresión porque la sanción impuesta era desproporcionada. En este sentido cabe recordar la STEDH Incal de 10 de julio 1998 y la STC 136/1999, de 20 de julio. En la primera el demandante fue sancionado a una pena de prisión de seis meses y veinte días como sanción por su pretensión de difundir unas octavillas que presentó a las autoridades turcas para su autorización. Dichas autoridades acusaron al demandante de intento de incitación al odio y de hostilidad entre la población de origen kurdo y las autoridades turcas. El Tribunal de Seguridad Nacional confiscó los panfletos antes de su distribución y le impuso dicha sanción. El TEDH consideró que la sanción impuesta era desproporcionada al fin perseguido pues, en primer lugar, las autoridades pudieron indicar al demandante que introdujera modificaciones, en segundo lugar, los panfletos no llegaron a distribuirse, en tercer lugar, la sanción conllevaba la imposibilidad de acceder a funciones o cargos públicos y de ejercer diversas actividades políticas, asociativas y sindicales, y, por último, no existían elementos suficientes para considerar que la actitud del demandante contribuyera a agravar la situación en la zona de conflicto.

En la STC 136/1999, de 20 de julio, se amparó a los componentes de la Mesa Nacional de H.B pues si bien los mensajes que se pretendían difundir no merecían tal, la sanción impuesta era desproporcionada a la acción realizada⁵². El Alto Tribunal advierte que imponer una sanción de seis años y un día como mínimo por este tipo de acciones comportaba «un claro efecto disuasorio del ejercicio de las libertades de expresión, comunicación y participación en la actividad pública, aunque las conductas sancionadas no constituyan ejercicio legítimo de las mismas».

En definitiva, de no aplicar estrictamente el principio de proporcionalidad los propagadores de mensajes racistas, defensores del terrorismo, etc. pueden lograr ser amparados no porque lo dicho sea merecedor de protección sino porque la sanción no guarde proporción con el fin que se pretende salvaguardar.

52 En este caso el Tribunal Constitucional español aplica, el llamado test alemán de proporcionalidad. Señala el Alto Tribunal que tras el análisis de si la medida persigue la protección de un bien jurídico relevante «deberá indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena». Concluye el Tribunal que si bien la medida podía pasar por idónea y necesaria era, sin embargo desproporcionada.

4 EL ABUSO DE LA INVIOABILIDAD PARLAMENTARIA

En diversas ocasiones se han producido auténticos abusos de las prerrogativas parlamentarias, especialmente con relación a la inmunidad parlamentaria, que el Tribunal Constitucional ha tenido que corregir. En este sentido podemos citar la STC 90/1985, de 22 de julio en la que el Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo interpuesto contra el acuerdo del Pleno del Senado por el que se denegó el suplicatorio para procesar al senador Carlos Barral Agesta. En esta sentencia, advierte el Tribunal Constitucional que se dará un abuso de la figura de la institución de la inmunidad cuando ésta sea utilizada para fines que no le son propios. A la anterior podemos unir las SsTC 243/1988, de 19 de diciembre y 186/1989, de 13 de noviembre, que estiman los recursos de amparo interpuestos contra sendos acuerdos del Pleno del Congreso de los Diputados por los que no se concedió la autorización para continuar los correspondientes procesos civiles de protección al honor promovidos por los demandantes advirtiendo que la previa autorización que requiere el artículo 71 CE no puede exigirse para la admisión, tramitación y resolución de demandas civiles que en nada afectan a la libertad personal, y la STC 9/1990, de 18 de enero en la que el Tribunal Constitucional estima la cuestión de inconstitucionalidad y declara inconstitucional la adición al artículo 2.2. de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, realizada por la Ley Orgánica 3/1985, de 29 de mayo que ampliaba la necesidad de obtener el suplicatorio a los procesos civiles en aplicación de la ley 1/1982.

Por lo tanto, la figura del abuso del derecho aparece claramente dibujada con relación a las prerrogativas parlamentarias por vía jurisprudencial⁵³.

El abuso del derecho ha sido claramente recogido en diferentes instrumentos internacionales. El Convenio Europeo de Derechos Humanos impide en su artículo 17 utilizar las disposiciones del CEDH justamente para destruir los derechos y libertades reconocidos en el mismo⁵⁴.

53 La doctrina del abuso del derecho fue fijada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de febrero de 1944. En ella fijó los requisitos que dan lugar al abuso del derecho: 1. Uso de un derecho objetivo o externamente legal. 2. Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica. 3. Inmoralidad o antisociabilidad del daño, manifestada subjetivamente (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar, o sencillamente, sin un fin serio o legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho).

54 Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades re-

El Tribunal europeo en su sentencia *Lawless* de 1 de julio de 1961 ha interpretado dicho artículo en el siguiente sentido:

«Considerando que, en opinión del Tribunal, el propósito del artículo 17, en la medida en que se refiere a grupos o a individuos, impide que se reconozca en su favor un derecho a llevar a cabo actos destinados a la destrucción o que de cualquier otra manera perjudiquen los derechos y libertades recogidos en el Convenio; que, consiguientemente, nadie puede intentar beneficiarse de las disposiciones del Convenio en aras a llevar a cabo actos destinados a destruir aquellos» (Párf. 6).

De acuerdo con COHEN-JONATHAN, este precepto está encaminado a «preservar el libre funcionamiento de las instituciones democráticas, condición necesaria para la aplicación y el respeto de los derechos humanos»⁵⁵. De una lectura finalista del artículo 17 se desprende que los intolerantes, para difundir justamente sus mensajes de odio y violencia no puedan explotar en su favor las instituciones democráticas⁵⁶.

Ello supone, en definitiva, que no puede ampararse el mal uso de una institución, en este caso la inviolabilidad parlamentaria, especialmente cuando dicho mal uso es fuente de vulneraciones de derechos fundamentales o de quiebra de la paz social

5 EL FUTURO DE LA INVIOLABILIDAD PARLAMENTARIA

Si la mayoría de la doctrina aboga por la supresión de la necesidad de solicitar el suplicatorio también coinciden en que no es necesaria la supresión de la inviolabilidad pero si su redefinición eliminando el carácter absoluto del que ahora parece gozar.

conocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo. En sentido similar art. 30 Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 5.1. del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y más recientemente, art. 54 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁵⁵ COHEN-JONATHAN, G., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*. Económica, París, 1989, p. 553.

⁵⁶ Como bien advierte el TEDH en la propia sentencia este artículo no quiere decir que a los intolerantes no se les reconozcan, por ejemplo, los derechos recogidos en los artículos 5 y 6 CEDH. Es decir, los intolerantes tienen igual derecho que otra persona a un juez imparcial, a la presunción de inocencia o a un proceso público.

Esta prerrogativa en la actualidad supone configurar hacia el exterior la libertad de expresión del parlamentario en el ejercicio de su cargo como un derecho absoluto. La cuestión es si actualmente ello es necesario. En un sistema democrático como el nuestro cabe poner en tela de juicio la necesidad del carácter absoluto de la inviolabilidad, salvo, claro está, que se dude de la independencia e imparcialidad del Poder Judicial. En nuestro Código Penal los delitos de palabra merecen una mayor punibilidad si son realizados con publicidad. Qué mayor publicidad que una injuria o calumnia proferida por un parlamentario en el ejercicio de sus funciones, con todos los medios de comunicación presentes. Como señala PÉREZ SERRANO, «el parlamentario puede, cuando olvida las moderaciones éticas y de obligada corrección, ofender, ultrajar a personas e instituciones, denostar a autoridades y particulares, imputar delitos, utilizar falsedades, y sin embargo, el agraviado, que tendría expedito el camino de los Tribunales en otro caso, ha de resignarse pacientemente, sin que se le admita ni aun el derecho a rectificación justiciera y proporcionada. Todo ello con la inmensa agravante de la publicidad clamorosa que la imputación alcanza al ser difundida por el tornavoz insuperable de la tribuna parlamentaria y de los diarios»⁵⁷ ¿Merecen el amparo de la inviolabilidad el mensaje de defensores del genocidio o del terrorismo como método político? El carácter absoluto de la inviolabilidad impide que entre en juego, por ejemplo, el artículo 607.2 del Código Penal que castiga la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos o el artículo 578 del mismo cuerpo legal que hace lo propio con los que enaltecen o justifican delitos de terrorismo.

Mantener la postura del carácter absoluto de la inviolabilidad es, en la práctica, una válvula de escape para los mensajes insultantes, difamatorios, intolerantes, etc. es poner en bandeja de plata el mejor foro de los existentes, el Parlamento, para su difusión con total garantía de impunidad. La inviolabilidad parlamentaria no está pensada para este fin. Permitir que los intolerantes se escuden en esta prerrogativa es desvirtuar y corromper una institución que no estaba pensada para injuriar, calumniar, lanzar mensajes racistas o violentos, atacar a minorías étnicas, proclamar la superioridad de la raza blanca, defender el terrorismo, etc. Si el resto de ciudadanos han de responder de

57 PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de derecho político*, Cívitas, 1984, p.780.

tales actos con mayor motivo lo han de hacer los parlamentarios que están obligados a acatar la Constitución⁵⁸.

Sentado lo anterior son varias las cuestiones ha resolver. En primer lugar está la cuestión de a quién corresponde fijar la extensión funcional de la prerrogativa para evitar abusos. Parece indudable que a las propias Cámaras a través de la modificación de sus respectivos reglamentos parlamentarios. Así se desprende del Auto de Tribunal Constitucional 147/1982 de 22 de abril en la que el Alto Tribunal señala que «la adopción de las medidas necesarias para garantizar que el privilegio de inviolabilidad no es utilizado en daño de terceros corresponde en primer lugar a las propias Cámaras, a través de sus órganos de gobierno propios. Esta misma conclusión es la que se deriva del concepto mismo de inviolabilidad, que cubre tanto a los miembros de las Cortes Generales (art. 71.1 CE), como a las Cortes mismas (art. 66.3 CE), como condición necesaria que es para asegurar la plena independencia en la actuación de unos y otros». Sin que ello excluya, como de hecho ha sucedido con relación a la inmunidad parlamentaria, la intervención en última instancia del Tribunal Constitucional para evitar abusos. Así lo señala el Alto Tribunal en el anterior auto: «Ello no excluye la posibilidad de que el Tribunal Constitucional conozca, por la vía que proceda y con los efectos oportunos, de la eventual incidencia que sobre los derechos fundamentales y libertades públicas de las personas, pudieran tener actos de las Cámaras que no fuesen explicables por el ejercicio razonable de las funciones que les están atribuidas y en razón de las cuales se otorga el privilegio de inviolabilidad a las Cortes Generales y a

58 El Tribunal Constitucional se ha pronunciado de forma positiva con relación al deber de acatar la Constitución y a la obligación de prestar juramento o promesa de acatamiento Vide la STC 101/1983, de 18 de noviembre, con relación al primero:

«La sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de norma suprema, que se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos; mientras los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos (arts. 30 y 31, entre otros), los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución, es decir que el acceso al cargo implica un deber positivo de acatamiento entendido como respeto a la misma, lo que no supone necesariamente una adhesión ideológica ni una conformidad a su total contenido, dado que también se respeta la Constitución en el supuesto extremo de que se pretenda su modificación por el cauce establecido en los arts. 166 y ss. CE. Entendido así el acatamiento, (...), constituye un deber inherente al cargo público, una condición, en el sentido de requisito, con independencia de que se exteriorice o no en un acto formal» (FJ 3).

Con relación a la obligación de prestar juramento, introducida por el artículo 20.1.3 del Reglamento del Congreso, 12.1 Del Reglamento del Senado y artículo 108. 8 la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General vide la sentencia 119/1990, de 21 de junio. Como advierte ALVAREZ CONDE, esta obligación no pone fin al problema pues tras cumplir dichos requisitos, nada obliga al diputado a asistir a las sesiones, con lo cual puede beneficiarse de las prerrogativas sin mayor esfuerzo. ALVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional*, Vol. II, Tecnos, edición de 2000, p. 93. La razón de ser de esta medida parece clara: si el Diputado no acata la Constitución y no desempeña sus funciones parlamentarias tampoco ha de beneficiarse de las prerrogativas y derechos inherentes a dicho cargo

sus miembros», lo que deja abierta la posibilidad de que el Alto Tribunal por vía jurisprudencial fije el alcance y límites de este derecho.

¿En qué sentido debería redefinirse la extensión de la prerrogativa? Abandonando, obviamente, su carácter absoluto y fijando, por lo tanto, una serie de restricciones pero no en la forma en que lo hace el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco al no considerar opiniones amparadas por la prerrogativa las «no valiosas» para la formación de la voluntad de la Cámara pues este criterio es en extremo indeterminado y confuso como hemos señalado anteriormente y, en la práctica, se traduciría en una judicialización de la actividad parlamentaria dejando en manos de un órgano externo la capacidad para decidir qué es valioso y qué no lo es en la formación de la voluntad de la Cámara, hecho que, en definitiva, desembocaría, en una presión externa sobre los parlamentarios que podrían verse amordazados a la hora de expresar sus opiniones, justamente la situación que las prerrogativas tratan de impedir. No ha lugar, por tanto, a realizar dicha diferenciación. La cuestión es si hace falta cometer un delito (apoyar o justificar el terrorismo, el racismo o el genocidio, por ejemplo) para formar la voluntad de la Cámara? Creo que no. La cuestión no parece tan complicada. Simplemente se trata de establecer qué tipo de actuaciones de las tipificadas en el Código Penal como delito pueden dar lugar a levantar la inviolabilidad. De entrada las recogidas en los artículos 510, 578 ó 607.2 han de estar incluidas.

En definitiva, un estado de derecho como el nuestro, en el que el principio de legalidad está garantizado y la independencia e imparcialidad judicial asegurada, donde el parlamentario no sufre el acoso de ningún poder del Estado, ni el Poder Judicial la presión por parte de terceros, especialmente, del poder político y en la que esta excepción al derecho común puede utilizarse para vulnerar derechos fundamentales o para quebrar gravemente la paz social, la inviolabilidad debería perder ese carácter absoluto.