

La prerrogativa de inviolabilidad de los diputados

Álvaro Magaña¹

Art. 125. "Los diputados representan al pueblo entero y no están ligados por ningún mandato imperativo. Son inviolables, y no tendrán responsabilidad en tiempo alguno por las opiniones o votos que emitan".
Constitución de 1983.

Uno de vuestros decretos ha establecido la inviolabilidad de los miembros de la asamblea, pero me temo que no acabáis de comprender el alcance de este término: inviolabilidad. La inviolabilidad no puede ser concebida mas que como un instrumento de defensa frente a los encausamientos judiciales o de origen ministerial sin que quepa ninguna otra inviolabilidad. ¿Qué diferencia puede existir entre nosotros y un ciudadano cualquiera? Quereis impedir que se os injurie, pero yo tiemblo de miedo de pensar en que se pueda castigar a nadie por el simple hecho de llamarme necio.

Archives Parlementaires.
Mirabeau

Resumen

La inviolabilidad y la inmunidad incorporadas en las constituciones por la revolución francesa desde hace más de doscientos años, se han mantenido prácticamente igual en todos los ordenamientos constitucionales, y parece que se ignora o quizás se olvida que las circunstancias que en un tiempo explicaron su aparición, han cambiado significativamente desde entonces. En este artículo se hace referencia a la inviolabilidad parlamentaria de los miembros de la Asamblea Legislativa, normada por el Art. 125, que se complementa con la inmunidad establecida y regulada en los Artículos 236 y siguientes de la Constitución.

1. Profesor de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, 1956-1960 y 1965-1977; Subsecretario de Hacienda, 1959-1960; Director Ejecutivo del Programa Conjunto de Tributación

1. Introducción

El precepto constitucional se refiere, en su primera parte, a la representación política de los diputados electos por el pueblo para integrar la Asamblea Legislativa, “que representan al pueblo entero y no están ligados por ningún mandato imperativo”. Este problema se relaciona directamente con el mandato que los liga a sus electores, que es la justificación de la prerrogativa a la que se refiere la segunda parte de la disposición, es decir, a la inviolabilidad de los diputados, que está particularmente relacionada con la denominada inmunidad parlamentaria a que se refieren los Artículos 236 al 238 de la Constitución.

Como lo ha señalado Eloy García, en *Inmunidad parlamentaria y Estado de partidos*, lo primero que hay que aclarar es la terminología y los alcances de la expresión “inmunidad parlamentaria” que —según dice— se ha utilizado “sin demasiadas precisiones. En realidad, es una denominación genérica, convencionalmente empleada por la literatura jurídico-constitucional, para hacer referencia a dos instituciones por lo demás perfectamente diferenciadas y técnicamente conocidas en derecho español como inviolabilidad e inmunidad *stricto sensu*” (*op. cit.*, p. 63 y ss.). Ese mismo criterio es el que concreta Mortati en *Instituzioni* cuando dice: “La inmunidad es de dos clases: la primera protege la irresponsabilidad (*insindacabilità*) de las opiniones y votos emitidos por los miembros del parlamento, que inmuniza de toda clase de responsabilidad ya sea penal, civil o administrativa...”. “La segunda inmunidad se refiere a la detención y al sometimiento al procedimiento penal. Conforme al Art. 68, los miembros del parlamento no pueden estar sujetos al procedimiento penal por cualquier crimen (delito o contravención) sin autorización previa de la cámara de la que forman parte. Igual autorización es necesaria para su arresto o cualquier otra limitación de la libertad, con la única excepción del flagrante delito que debemos entender que es capturado cometiendo el delito...”

(*Instituzioni di Diritto Público*, CEDAM, Padova, Tomo I, 1969, pp. 470-471. La traducción fue hecha por el autor). En muy parecidos términos se refiere Biscaretti a las dos garantías, en su libro *Derecho constitucional*, como se señala más adelante.

Ambas prerrogativas tienen el objetivo coincidente de asegurar y garantizar la libertad y la independencia del Órgano Legislativo, de ahí que se considere que tienen una naturaleza complementaria, además de características propias a las que después haremos alusión.

Alessandro Pizzarruso destacaba que mientras en la inviolabilidad estamos en el ámbito del derecho penal sustantivo, la inviolabilidad tendrá como espacio natural el derecho procesal penal. Ahora bien, desde la vertiente del derecho constitucional se ha afirmado que la inviolabilidad supondría una ampliación de la libertad de expresión de los miembros del parlamento, mientras que la inmunidad se traduciría en una tutela más acentuada de la libertad personal de aquellos. Por lo tanto, no podíamos dejar de referirnos a la comparación de ambas prerrogativas por los aspectos comunes que las caracterizan.

Respecto al problema de la representación, también nos referimos a los cambios significativos ocurridos desde que los artículos constitucionales, en el más clásico enfoque liberal del siglo pasado, incorporaron a las constituciones decimonónicas la concepción tradicional de la representación política, muy alejada de la práctica de la democracia contemporánea, como bien lo señaló Francisco Rubio Llorente en el prólogo de la obra *El mandato parlamentario*, de Francisco Caamaño. Aunque no era el momento para extendernos en todos los aspectos que plantea la representación política y el sistema de partidos, que apropiadamente ha sido llamado el modelo de “la omnipotencia de los partidos”, nos referiremos a algunos de los problemas actuales que, por cierto, se reflejaron de manera evidente en las pasadas elecciones del 12 de marzo².

OEA-BID-CEPAL, 1961-1965; Presidente del Banco Hipotecario de El Salvador, 1965-1982; Director del Banco Central de Reserva de El Salvador, 1976-1982; Presidente de la República de El Salvador, 1982-1984.

2. Véase Álvaro Magaña, “La atribución de la soberanía al pueblo en las constituciones democráticas y la justicia constitucional”; Francisco Rubio Llorente, “El mandato parlamentario”, incluido en *La forma del poder* (Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1993, p. 281 y ss). Un excelente tratamiento de esta cuestión se encuentra en Ángel Garrorena Morales, *Representación política y contribución democrática*, Cuadernos Cívitas: Madrid, 1991; y Manuel García Pelayo, *El Estado de partidos*, Alianza Editorial, Madrid, 1986; Leibholz, *La esencia de la representación*, publicado en 1929 según referencia de Rubio Llorente, en “El parlamento y la representación política”, también incluido en *La forma del poder*, *op. cit.*, p. 229. También véase Eloy García, *Inmunidad parlamentaria y Estado de partidos*, Tecnos: Madrid, 1989.

Es preciso mencionar la crisis por la que atraviesa la inmunidad parlamentaria (entendida en sentido genérico, comprensiva de la inviolabilidad), debido a las transformaciones que han ocurrido en el Estado democrático, las cuales han incidido de manera importante en los supuestos que le sirvieron de base. Estos supuestos fueron, por una parte, la doctrina de la división de poderes y, por la otra, la versión liberal del principio representativo, que es necesario reexaminar para evaluar el grado y la medida en que han sido afectados por el impacto de la moderna democracia de partidos, lo cual Kelsen planteaba en *Esencia y valor de la democracia* (Cap. 4 "La reforma del parlamentarismo", 1934, p. 64 y ss), desde 1928.

En este artículo se hace referencia a la inviolabilidad parlamentaria de los miembros de la Asamblea Legislativa, normada por el Art. 125, que se complementa con la inmunidad establecida y regulada en los Artículos 236 y siguientes de la Constitución. Estas prerrogativas que establece nuestro ordenamiento constitucional y el de otros países tienen el propósito de garantizar la independencia de los diputados en sus actuaciones para, de esta manera, dar vigencia efectiva a la primera parte del precepto en donde se establece que los diputados representan al pueblo entero y no están ligados por ningún mandato imperativo. De igual modo complementa los propósitos del Art. 125 sobre la autonomía reglamentaria, concretada en los reglamentos independientes, como es el caso de la autorización del Art. 131, No. 1 constitucional, respecto al reglamento interior de la Asamblea Legislativa³.

El propósito de garantizar la independencia de los diputados lo concreta Eloy García así: "Como quiera que el status y las atribuciones que el Parlamento recibe de la Constitución pueden verse menoscabadas por encausamientos judiciales, formalmente dirigidos contra los parlamentarios, pero en realidad encaminados a impedir el correcto funcionamiento de la Cámara, se hace necesario, para garantizar la libertad e independencia de la Asamblea, proteger las situaciones individuales de sus miembros" (*op. cit.*, pp. 57-58). Así, tiene un valor y un significado instrumental respecto del fin primordial que persigue: salvaguardar la posición constitucional de la Asamblea Legislativa.



A su vez, el ordenamiento constitucional establece determinadas cargas referidas a los diputados individualmente, para garantizar su independencia como la inelegibilidad del Art. 127 constitucional, y la incompatibilidad a que se refieren los Artículos 128 y 129 constitucionales. La primera —como dice el profesor Javier Pérez Royo— afecta la capacidad de un ciudadano para competir como candidato a las elecciones para un determinado cargo público y, en este caso, a los representantes de la Asamblea Legislativa. Y el profesor ibero expresa que, por el contrario, la incompatibilidad "... alude a la incapacidad para simultanear el ejercicio de la función parlamentaria con otro cargo público o con determinadas actividades privadas"⁴.

No podemos dejar de mencionar que en el ordenamiento constitucional salvadoreño, el constituyente de 1983 esbozó en el Art. 85: "El sistema político es pluralista y se expresa por medio de los partidos políticos, *que son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del gobierno*" (las cursivas son del autor). Lo anterior constituye esencialmente una causal de inelegibilidad, como las del Art. 127 que citamos antes, pues si no es un partido el que propone a un

3. Véase Luis López Guerra, *Introducción al derecho constitucional*, Tirant lo blanch: Valencia, 1994, p. 76.

4. Javier Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1994, pp. 465-466.

candidato incluyéndolo en sus listas, no puede participar en el proceso eleccionario, lo cual fue planteado por los denominados candidatos independientes en las últimas elecciones, lo que a su vez ha creado otros problemas⁵.

La inviolabilidad del Art. 125 viene desde la Constitución del Estado de El Salvador de 1824, y el término se ha venido repitiendo regularmente en todas las constituciones siguientes, excepto en la de 1841, como puede verse en el Anexo 1 de este artículo. La fórmula usual desde 1871 hasta 1939 fue: "Los representantes de la Nación son inviolables"⁶. El mismo caso es el de España que, desde el Art. 128 de la Constitución de Cádiz de 1812, establece la inviolabilidad y la inmunidad parlamentaria que también recogen las Leyes Fundamentales siguientes de 1837 (Art. 41), de 1845 (Art. 40), de 1869 (Art. 57), de 1876 (Art. 46) y de igual modo la Constitución de la República Española de 1931, en su Art. 54. Después nos referimos, en particular, a la Constitución vigente de 1978. Las tres grandes constituciones de los primeros años de la segunda posguerra, la italiana de 1947, la alemana de 1949 y la francesa de 1958, concretan los principios objeto de nuestro análisis de los Artículos 68, 46 y 26, respectivamente⁷.

2. Prerrogativas de inviolabilidad

Por inmunidad parlamentaria en sentido amplio se entiende un derecho inherente a la condición parlamentaria en virtud del cual se confiere a los representantes una cierta indemnidad respecto a las acciones judiciales que en su contra

podieran promover el gobierno o los particulares. Derecho a la indemnidad, en suma, que se concreta en forma diversa según se trate de la inviolabilidad o de la inmunidad stricto sensu.

Inmunidad parlamentaria y Estado de partidos.
Eloy García

En este apartado trataremos de identificar ambas prerrogativas, posteriormente estudiaremos el significado y los alcances de la inviolabilidad, que debería completarse con el estudio similar sobre la inmuidad, pero por ahora sólo haremos breves referencias comparativas de ambas garantías.

Como se señaló anteriormente, ambas prerrogativas tienen el propósito de asegurar la independencia de las actuaciones de quienes "supuestamente" representan al pueblo entero y que constitucionalmente no están ligados por ningún mandato imperativo, que es lo que explica y justifica las "prerrogativas" que estudiamos —que no son "privilegios"—, como ha sido señalado en la Constitución italiana de 1947, al comentar el Art. 68 de ese ordenamiento, el cual establece las prerrogativas de *insindacabilità* (nuestra inviolabilidad del Art. 125) y de inmunidad. Ahí se precisa que es consecuencia de la representación de la nación, del Art. 67 de la Constitución italiana, que los parlamentarios ejercitan su función *senza vincolo de mandato*, cuando se señala: "La norma está estrechamente relacionada al Art. 67 en cuanto especifica algunos de los medios necesarios para asegurarse la independencia de los parlamentarios"⁸.

5. La "convicción" firme de los autores del Informe de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución de 1983 se refleja en las palabras siguientes: "... para la defensa del sistema democrático y, conforme a las realidades nacionales, la Comisión incluye un concepto adicional de limitación: circunscribe a los partidos políticos la expresión de ese pluralismo democrático representativo, de manera que no se permita que otra clase de instituciones con distintas finalidades, se arroguen la representación popular y la participación en el quehacer gubernamental". Véase *Constitución de El Salvador* de 1983, Ministerio de Justicia, San Salvador, marzo, 1992, p. 210.
6. Las cuatro constituciones federales de Centroamérica (citadas en el Anexo 1) también consagran el principio sin emplear el término "inviolable", sino estableciendo que los representantes no son responsables en ningún tiempo ni por motivo alguno, "por proposición, discurso o debate en el Congreso" como decían las constituciones de 1824 y 1835, que se convierte, en 1898 y 1921, en: "No ser responsables en ningún tiempo por sus opiniones manifestadas en la Cámara, de palabra o por escrito". Obsérvese que se especifica en el recinto parlamentario.
7. Para los precedentes en el derecho español y los preceptos en el derecho comparado, así como respecto a la elaboración del precepto vigente en España, véanse los comentarios sobre el Art. 71 de la Constitución española de Emilio Recoder de Casso en Fernando Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, Madrid: Civitas, 1985, pp. 70 y ss.
8. Véase Vezio Crisafulli y Livio Paladin, *Comentario breve alla Costituzione*, CEDAM: Padova, 1990, p. 409 (traducción hecha por el autor). Biscaretti emplea otra terminología, según la traducción de Pablo Lucas Verdú,

En los regímenes democráticos, las asambleas legislativas representan al pueblo, y para asegurar que la voluntad popular se exprese libremente, sin indebidas presiones y limitaciones, los ordenamientos constitucionales adoptan una serie de medidas que, cuando se refieren a los representantes individualmente, se concretan en determinadas indemnidades, llamadas prerrogativas.

Dice el profesor Luis López Guerra, con la claridad y precisión que caracteriza su *Introducción al derecho constitucional*, “como prerrogativas deben contarse la *inviolabilidad* (irresponsabilidad por las opiniones expresadas en el ejercicio de su función) y la *inmunidad* (exclusión de la detención gubernativa de los parlamentarios y la necesidad de la aprobación de la Asamblea para poder llevar a cabo persecuciones judiciales contra ellos)” (*op. cit.*, p. 76)⁹.

Las inmunidades destinadas a proteger a los miembros de las asambleas legislativas para garantizar su independencia funcional y la libertad en la formación de su voluntad, han sido denominadas “garantías”, “privilegios”, “inmunidades” o “prerrogativas”, cuestión a la que nos referiremos más adelante. En cuanto a las denominaciones específicas de estas prerrogativas, la Constitución de Cádiz de 1812 le dio el nombre de inviolabilidad a la *irresponsabilité* de Francia

La inviolabilidad del Art. 125 viene desde la Constitución del Estado de El Salvador de 1824, y el término se ha venido repitiendo regularmente en todas las constituciones siguientes, excepto en la de 1841,...

cuando tomó el término de la declaración que hizo la asamblea revolucionaria francesa, mientras que la *inviolabilité* francesa se convierte en España en inmunidad, según señala Fernández Miranda en su comentario citado en la nota 8 (p. 306)¹⁰.

Con su acostumbrada agudeza, el profesor Javier Pérez Royo caracteriza brevemente las prerrogativas de los parlamentarios cuando puntualiza que “no son privilegios personales, sino *garantías funcionales*, que protegen no al parlamentario en cuanto tal, sino a la *función parlamentaria* que él desempeña. Son, por tanto, reglas objetivas que tienen que ser aplicadas siempre, independientemente de cual sea la voluntad personal del parlamentario afectado. Son, pues, prerrogativas irrenunciables, sobre las que no puede disponer nadie (inviolabilidad), o sólo la Cámara (inmunidad), pero nunca el parla-

mentario”. Y a continuación agrega: “En nuestra Constitución tales prerrogativas son tres: la inviolabilidad, la inmunidad y el fuero jurisdiccional” (*Curso, cit.*, p. 467).

El ordenamiento constitucional salvadoreño recogió, desde el siglo pasado, las tres prerrogativas que menciona el profesor de la Universidad de Sevilla. Así, a la primera (inviolabilidad) se refiere el Art. 125 en estudio; y la segunda, o sea la inmunidad —comprendida en los Artículos 236, inciso 1° y 2°, y 238, inciso 1°, cons-

cuando dice: “En cuanto a las *garantías concernientes a los parlamentarios* se reducen sustancialmente a dos: (a) irresponsabilidad por las opiniones expresadas y los votos emitidos en las cámaras (*libertad de opinión*) y (b) una especial tutela en materia penal (*llamada inmunidad penal*)”. Paolo Biscaretti di Ruffia, *Derecho constitucional*, Madrid: Tecnos, 1982, p. 380.

9. En los *Comentarios* que citamos en la nota 6, Emilio Recoder de Casso dice sobre la inviolabilidad: “Con este nombre se conoce en nuestro derecho la irresponsabilidad por las opiniones expresadas y los votos emitidos en las cámaras”. A su vez, respecto a la inmunidad dice que “Con este nombre se entiende una especial tutela en materia penal que ampara al parlamentario por actos ajenos a su función, ejecutados por lo general fuera del recinto parlamentario y que cualquier ciudadano podría cometer” (*op. cit.*, pp. 71-72). Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, en sus excelentes comentarios al Art. 71 de la Constitución española de 1978, dice que “La inviolabilidad es la prerrogativa por la que los parlamentarios no están sujetos a ninguna clase de responsabilidad jurídica por las opiniones que emitan en el ejercicio de sus funciones. Y la inmunidad, la prerrogativa por la que dichos representantes no podrán ser privados de libertad ni sometidos a procedimientos que puedan conducir a dicha privación, sin el previo consentimiento de la Cámara a que pertenezcan”. (Véase *Comentarios a las Leyes Políticas*. Dirigidos por Óscar Alzaga Villamil, *Constitución española de 1978*, Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1989, Tomo VI, p. 305 y ss.).
10. Poco después que la representación del Tercer Estado, o sea, los Comunes, se autoconstituyeran en Asamblea Nacional, el Decreto del 20 de junio de 1789 declaraba: “La Asamblea proclama que la persona declarada diputado es inviolable. Cualquier individuo, organización, tribunal, magistratura o comisión que durante o después de las sesiones parlamentarias osara perseguir, investigar, arrestar, o hacer arrestar, detener o hace

titucionales— consiste en que sólo pueden ser detenidos en flagrante delito y no pueden ser procesados, si no declara la Asamblea que hay lugar a formación de causa. Por último está el fuero jurisdiccional, establecido en el 236, incisos 2º y 3º, también constitucional. Consiste en que sólo pueden ser juzgados por los tribunales señalados en los incisos citados en el Art. 236.

El profesor Nicolás Pérez Serrano estudia la sección II (“Privilegios individuales”) del capítulo LIV (“Los privilegios parlamentarios”) de su *Tratado de derecho político* (Madrid: Cívitas, 1984, pp. 779 y ss.) y desarrolla las prerrogativas que, como puede observarse, denomina “privilegios”. Independiente de la calificación anterior, el maestro hace planteamientos verdaderamente importantes de algo que fue justificable, pero ahora que han transcurrido 211 años de su aparición, deberíamos reexaminar esos privilegios.

Como puede observarse en el Anexo 1, el término “inviolable” pasa de la Constitución de Cádiz a la primera Constitución del Estado de El Salvador de 1824 y a todas las siguientes, excepto a la de 1841. Lo mismo ocurre en gran parte de las constituciones latinoamericanas. Es interesante que la 21ª edición del *Diccionario de lengua española*, de la Real Academia Española, de 1992, atribuye a la voz *inviolabilidad* una acepción “parlamentaria”, cuando la define como: “Prerrogativa personal de los senadores y diputados que los exime de responsabilidad por las manifestaciones que hagan y los votos que emitan en el respectivo cuerpo colegislador” (p. 837). También es interesante que, por otra parte, el *Diccionario Porrúa de la lengua española*, en su trigésima quinta edición, de 1993, dice: “inviolable adj. Que no se puede o no se debe violar ni profanar”. Además, “inviolable —es— que se conserva en toda su integridad y pureza. Íntegro, incorrupto, inmaculado” (p. 413). Sin comentarios.

Para concluir esta sección es oportuno puntualizar que, recordando a Pizzorusso, mientras la inviolabilidad es una situación de derecho penal sus-

tantivo, en la inmunidad se trata de derecho procesal penal. Vistas las prerrogativas desde el derecho constitucional, Traversa afirma, citado por Marchena López, que la inviolabilidad supondría una ampliación de la libertad de expresión de los miembros del parlamento, mientras que la inmunidad se traduciría en una tutela más acentuada de la libertad personal de aquello.

La característica común de ambas prerrogativas de garantizar la libertad e independencia del órgano legislativo les confiere una naturaleza complementaria que viene en el derecho español, como señala Eloy García, desde la Constitución de 1837, al concebir la inmunidad como complemento de la inviolabilidad. Y, entonces, dice el mismo García: “La inmunidad deviene así en una especie de cajón de sastre, indefinido y residual, de contenido variable en función de lo que en cada circunstancia histórica se entienda por inviolabilidad, de manera que mientras que para el pensamiento liberal su ámbito de acción quedaría reducido a las conductas privadas del diputado en el momento actual incluiría, además, los comportamientos públicos del representante que no estuvieran protegidos por la inviolabilidad” (Eloy García, *op. cit.*, pp. 66-67). Sobre el particular, conforme al Art. 238 de nuestra Constitución, la inmunidad tiene por objeto proteger a los diputados del arresto o detención (salvo flagrante delito) o de encausamiento judicial para proteger la libertad del diputado y no interferir en sus funciones.

3. Naturaleza y alcances de las prerrogativas

...la inviolabilidad y la inmunidad parlamentaria 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. “Comentario al Art. 71 de la Constitución española”.

A. Fernández-Miranda

Para precisar la verdadera naturaleza, los alcances y límites de las garantías son sumamente importantes su fundamento y la naturaleza jurídica

detener a causa de alguna propuesta, proceso o discurso, manifestado o pronunciado en los Estados Generales, e igualmente quienes prestaran su colaboración a los anteriores atentados, fuere quien fuere la autoridad que los hubiera ordenado serán considerados infames y traidores a la Nación y culpables de crimen capital”. Y por si no fuera suficiente remata diciendo: “La Asamblea Nacional establece que en los casos precedentes tomará todas las medidas necesarias para investigar, perseguir y castigar a los responsables, instigadores y ejecutores”. Un decreto de junio de 1790 completa el sistema cuando establece que la Asamblea se reserva “la regulación detallada de los instrumentos constitucionales necesarios para asegurar la independencia y libertad de los miembros del Parlamento”. La Constitución de 1791 incorpora lo anterior elevándolo de rango. Era la consecuencia necesaria, como señalara Carré de Malberg, de la traslación de la soberanía del monarca a la nación.

ca. Como bien dice A. Fernández-Miranda, “el fundamento común y uniforme que es el mantenimiento de la libertad e independencia necesarias para que las cámaras ejerzan eficazmente sus funciones”. En el texto del *Diario de Sesiones*, del 8 de agosto de 1811, puede observarse que los parlamentarios de Cádiz tenían plena conciencia de que ambas garantías (inviolabilidad e inmunidad) eran para cumplir una función pública y, por ello, se afirmaba desde entonces que las prerrogativas “no existen sino en interés de la asamblea misma a que pertenecen quienes se aprovechan de ellas, y en interés de la nación que representa esa asamblea. Tienen por fin asegurar la independencia y el libre funcionamiento de la asamblea; están establecidas en interés público y no en interés particular”. Esto es muy importante y debemos destacarlo, cuando obviamente no es un privilegio personal y no nos cansaremos de repetirlo.

Ahora bien, no puede negarse que hay autores que hablan de privilegios, como lo es el caso de Pérez Serrano, en su *Tratado*. Pareciera que el empleo del término ha sido una derivación de la terminología inglesa, que denominaba prerrogativas a los derechos de la corona, por lo que se llamó privilegios a los de las dos cámaras y sus ministros, cuando son verdaderas prerrogativas, porque estas son otorgadas en beneficio de la función y aquél, de la persona. El privilegio se otorgaba a determinada persona, eximiéndola del cumplimiento de ciertos deberes o bien otorgándole particulares derechos por fuero especial y acuerdo de gracia del soberano; mientras que las prerrogativas son la determinación de condiciones especiales que una persona u órgano necesita realizar.

Se ha señalado que las denominaciones de privilegios y prerrogativas han sido utilizadas promiscuamente para nombrar la inviolabilidad y la inmunidad, lo cual tiene importancia, pues no es sólo una cuestión de pura nomenclatura. El problema de fondo es la naturaleza jurídica de esas garantías, dadas las consecuencias de esa naturaleza sobre los alcances y caracteres de dichas garantías.

La esencia de las prerrogativas, precisa Fernández-Miranda, “radica en ser un elemento de garantía de una función constitucional que sirve un interés del ordenamiento jurídico”. Los privilegios, según Zangara (en *Prerogative costituzionali*), “se refieren a esferas jurídicas particulares, no al fin de un interés constitucional general, sino para determinadas posiciones de ventaja de los particulares, fuera de toda exigencia del sistema constitucional”. Es decir, la distinción está en su funcionalidad. Así, las prerrogativas cumplen una función derivada de las exigencias del orden constitucional y, por ello, su naturaleza es puramente instrumental, o sea, que carecen de fin en sí mismas. Lo anterior se concreta con claridad en la sentencia del Tribunal Constitucional español 51/1985 cuando, en su fundamento 6º, se dice: “... las prerrogativas parlamentarias son sustracciones al derecho común conectadas a una función, y sólo en tanto esta función jurídica se ejerza, pueden considerarse vigentes”. Otra sentencia, refiriéndose a las prerrogativas del Art. 71 de la Constitución española, dijo: “... se justifican en atención al conjunto de funciones parlamentarias respecto a las que tiene como finalidad primordial su protección”.

Para precisar la verdadera naturaleza, los alcances y los límites de las garantías, son sumamente importantes su fundamento y la naturaleza jurídica.

En suma, la inviolabilidad y la inmunidad de los diputados son prerrogativas de derecho público, cuya justificación es que benefician la función legislativa y sólo indirectamente garantizan a los

miembros de la asamblea. De ahí que su naturaleza jurídica es consecuencia del objetivo constitucional que persigue. Al afirmar lo anterior, coincidimos en lo que se señaló antes: “las prerrogativas consisten en exenciones del régimen de derecho penal o de derecho procesal, comunes en la actuación parlamentaria de los titulares de un escaño con vistas al funcionamiento independiente de la cámara como órgano constitucional y no en atención a la calidad subjetiva del parlamentario como persona. Las prerrogativas parlamentarias no son, por tanto, privilegios personales, o no deben ser regulados como tales, so pena de quedar desnaturalizados”¹¹.

La misma posición expresaba Duguit, en *Traité*, cuando señalaba que “La inviolabilidad, lo mismo que la irresponsabilidad, no se han establecido

11. Antonio Torres del Moral, *Principios de derecho constitucional español*, Atomo Ediciones, Madrid, 1986, Tomo II, pp. 110 y 22. El Art. 71 de la Constitución española ha sido objeto de crítica por Torres del Moral,

en beneficio del diputado que se beneficia de ellas, sino en interés de todo el parlamento; en interés, se diría, de la soberanía nacional misma, que se supone representada por el parlamento. Las inmunidades parlamentarias no constituyen, por tanto, derechos subjetivos, sino que es el resultado de una situación objetiva, por consiguiente, no es potestativa del miembro del parlamento". De igual modo, Biscaretti, en *Diritto costituzionale*, dice que las prerrogativas se conceden a los parlamentarios "no en su personal interés (ya que nos encontraríamos con meros privilegios), sino en relación con la pública función que deben desempeñar. No son renunciables y no hacen nacer derechos subjetivos, sino simples intereses legítimos"¹².

Podríamos seguir citando destacados tratadistas y la jurisprudencia constitucional, los cuales confirman un consenso, esto es, que las prerrogativas son de carácter institucional y no privilegios personales, como parecen pretender los "representantes" del pueblo de nuestro país.

En consecuencia, para resumir con palabras de Eloy García: la protección al parlamentario de la inviolabilidad y la inmunidad tiene entonces un significado y un valor instrumental determinados por el fin primordial que con ellas se persigue y del que, en definitiva, deriva su carácter objetivo, que es salvaguardar la posición constitucional del parlamento. Agrega García: "Dos son las consecuencias que se derivarán de esta impostación" (*op. cit.*, p. 58). En primer lugar, la inmunidad no se concibe como un derecho subjetivo del representante. Todos los autores coinciden en afirmar que el bien jurídico protegi-

do por las prerrogativas de inviolabilidad e inmunidad es patrimonio exclusivo de la institución parlamentaria. Esto aun cuando discrepen respecto a si el diputado es el titular de una expectativa de derecho —en forma de un interés legítimo, como afirman, entre otros, Biscaretti o Fernández-Miranda— o el mero destinatario de una norma de tipo objetivo, como sostienen Traversa, Manzella o Virga. En consecuencia de lo anterior, las prerrogativas son garantías de orden público, o

sea, que son indispensables para el diputado, quien no puede renunciar a ellas para que el proceso se inicie o siga su curso.

Los señalamientos anteriores son importantes para evaluar —mediante un criterio ponderado y realista, y principalmente actualizado— la proyección y las consecuencias de lo que ahora es un instituto que pudo tener justificación en otro tiempo, y

que todavía se mantiene, cuando pudo tener una razón de ser, ya sea por una necesidad del sistema o por la urgencia de defenderse de ese curioso error histórico —de aquel entonces— de que no obstante La Bastilla, subsistió el régimen monárquico absolutista, que era el sistema contra el que se justificaba la revolución.

4. Inviolabilidad

La inviolabilidad supone, en esencia, la garantía constitucional de irresponsabilidad conferida al diputado o senador por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.

"Procesos penales contra aforados".
Manuel Marchena López

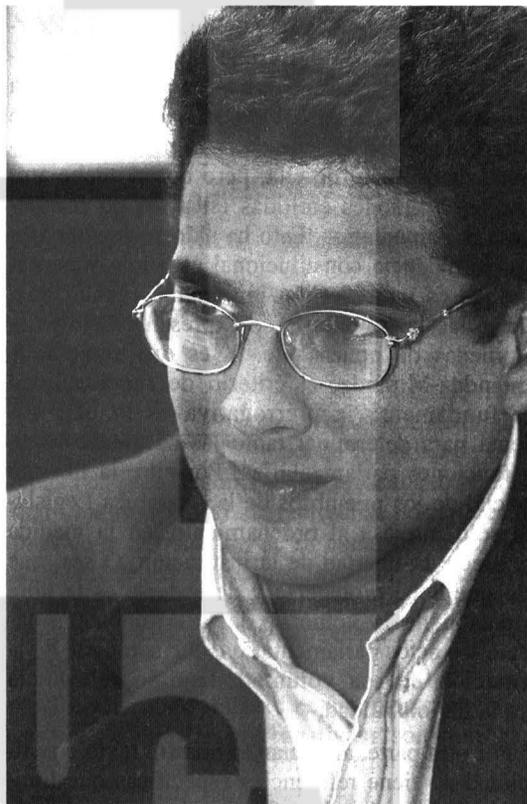
por emplear la expresión "gozarán" al referirse a las prerrogativas de los parlamentarios, porque "parece acentuar el carácter subjetivo de las mismas", y a continuación concluye: "Pero a pesar de tan lamentable redacción, tales prerrogativas no atribuyen a los miembros de las Cámaras derechos públicos subjetivos, sino sólo intereses institucionales jurídicamente protegidos".

12. Pietro Virga, en *Diritto costituzionale* (Palermo, ediciones Universitaria, 1955), coincide con otros tratadistas, en el sentido de que las dos prerrogativas que estudiamos "son garantías constitucionales establecidas para garantizar a los miembros del parlamento el decoro y la independencia, que son necesarios para el desarrollo de sus funciones". Y agrega: "Ellas no crean un privilegio a favor de los parlamentarios, porque no han sido establecidas en el interés personal del beneficiario en particular, sino que para proteger y asegurar el desempeño regular de las funciones del Parlamento" (*op. cit.*, pp. 119 y 110. Traducción hecha por el autor).

Hasta aquí nos hemos referido a la inviolabilidad, que es la prerrogativa del Art. 125, con propósitos comparativos con la otra prerrogativa que es la inmunidad; incluso, en el tratamiento que algunos tratadistas dan a estas garantías parlamentarias, el término genérico que usan es inmunidad, la cual puede ser de dos clases: inviolabilidad e inmunidad *stricto sensu*, atribuyéndoles naturaleza complementaria.

En esta sección del artículo, debemos caracterizar particularmente la primera prerrogativa y así podemos decir que “La inviolabilidad supone, en esencia, la garantía constitucional de irresponsabilidad (término empleado por Pizzorusso) conferida al diputado o senador por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”. Pérez Royo la considera la más importante de las tres que menciona en *Curso*, y señala, recordando lo que decía una sentencia del Tribunal Constitucional español, que la inviolabilidad impide “la punición y la sanción de quien se hallare protegido por esta prerrogativa”¹³. “La inviolabilidad —como dice Fernández-Miranda en sus *Comentarios* al Art. 71 citados— nace de la mano de la ideología liberal y de la organización política liberal, y supone para su nacimiento la superación de la conciencia medieval y el nacimiento de la mentalidad moderna. Es preciso añadir aquí que la prerrogativa cobra todo su relieve en el marco de la representación liberal, más concretamente aún, en el concepto de representación *nacional* que van a encarnar los parlamentos europeos”. Por eso se decía que la soberanía de la nación, operativa, por medio del parlamento, exige que sus miembros actúen con esa “serenidad de criterio y esa paz de conciencia”, que sólo dan la ausencia del temor, que siempre suscitan las eventuales responsabilidades. En este fundamento descansa nuestro Art. 125 de la Constitución vigente de 1983 que, como señalamos, fue incorporado a nuestro ordenamiento constitucional desde la Constitución de 1824.

El precepto citado caracteriza, en su segunda parte, la prerrogativa de inviolabilidad, como consecuencia de representar al pueblo entero y no tener mandato imperativo, estableciendo: (1) que los diputados “son inviolables”, (2) “no tendrán responsabilidad en tiempo alguno”, y (3) “por las opiniones o votos que emitan”. Es decir, el primero determina los supuestos favorecidos con la prerrogativa; el segundo señala el ámbito temporal a perpetuidad, y el tercero, el ámbito material¹⁴. En nuestro sistema, el Art. 125 comprende la representación en la primera parte de la disposición y la inviolabilidad en la segunda; la representación,



13. Véase Manuel Marchena López, “Procesos penales contra aforados”, en *Cuadernos de derecho judicial*, Consejo Nacional del Poder Judicial, Madrid, abril, 1994, p. 435; Javier Pérez Royo, *Curso*, cit., p. 467.

14. La Constitución italiana emplea “opinioni espressi ed i voti dati nell’esercizio delle loro funzioni”, es decir, que, como nosotros, emplea dos términos, “expresiones” (nuestras “opiniones” y “votos”. Para Pietro Virga, “por ‘opiniones’ debemos entender no sólo las manifestaciones de un juicio, sino también las afirmaciones de hecho (que pudieran eventualmente ser tenidas como inexactas o que no son verdaderas)”. Después concreta que se trata de opiniones, expresadas verbalmente, por escrito (en una orden del día, en una interrogación) o mediante conclusiones. En suma, que no se trate de actos materiales que están excluidos (*Diritto costituzionale*, cit., p. 212; traducción hecha por el autor).

reiteramos, es del pueblo entero, en quien hoy (desde 1950) reside la soberanía y no hay mandato imperativo. La inmunidad no se incluye entre nosotros en el mismo precepto, a diferencia de España, que los tiene en el mismo Art. 71. Otra diferencia con España es que el Art. 66,3 dispone que "Las Cortes Generales son inviolables". Además del Art. 71, que estableció que "Los diputados y senadores, gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones"¹⁵.

En el régimen español, el ámbito material se refiere a opiniones (que entendemos comprenden los votos), pero se determina que se expresen en "ejercicio de sus funciones", calificación que nosotros no tenemos, pero creemos que debería considerarse la posibilidad de darle una interpretación restrictiva, en cuanto a que sus alcances se limiten a opiniones emitidas en *actos parlamentarios*, tanto si tienen lugar en la sede de la cámara correspondiente, como fuera de ella; pero que no debe amparar las opiniones emitidas en actos no formalmente parlamentarios. Esto ha sido sustentado por la jurisprudencia constitucional española y pensamos que es una cuestión importante cuando hoy, muchas de las opiniones se expresan en entrevistas, ruedas de prensa, etc. Y es que como dice Fernández-Miranda, el criterio de funcionalidad que fundamenta la prerrogativa es lo que nos orienta para determinar tanto las opiniones como las funciones parlamentarias. Por ello, la libertad especial de los miembros de la Asamblea Legislativa sólo interesa al ordenamiento, en la medida que afecte la libertad de la institución. O sea, que si lo que debe protegerse y defenderse es la libre formación de la voluntad de la Asamblea, solamente los actos parlamentarios, que son parte de la formación de esa voluntad, tendrán relevancia para la inviolabilidad.

Por otra parte, aun cuando nuestro texto constitucional no tiene referencias específicas que limiten el objeto y el ámbito funcional y material de la inviolabilidad, como las expresiones de otras constituciones —para el caso, "actos parlamentarios" o "funciones del cargo" de diputados—, coincidimos con quienes piensan que lo que determina el ámbito de la inviolabilidad no puede ser el criterio *físico* de

la "sede parlamentaria", sino el criterio *jurídico*, en el sentido de que las opiniones sean emitidas en el proceso de formación de la voluntad de la Asamblea, independientemente de que sean vertidas en la sede o no. Tiene razón M. Marchena López cuando señala que "... sería conveniente, rechazar cualquier fijación del ámbito de la inviolabilidad, tanto a partir de una idea cuasi geográfica del ejercicio funcional —sólo es función parlamentaria la que se desarrolla en el recinto físico del órgano legislativo...".

En este problema del ámbito de la inviolabilidad, la cuestión esencial es que "debemos distinguir con rigor —como puntualiza Fernández-Miranda— entre las manifestaciones *particulares* (aun cuando estuvieren conectadas con el interés público) de aquellas que son parte del proceso jurídico de formación de la voluntad del Estado". Después agrega: "... es menester eludir un peligroso equívoco: no es su función política en relación a la sociedad lo que la inviolabilidad debe proteger, sino su función jurídica en relación al Estado". Y a continuación hace una advertencia: "Si el argumento que fundamenta la inviolabilidad deja de ser el interés en la libre formación de la voluntad del Estado para convertirse en la protección a quienes por su posición política y por su representatividad social están sujetos a la ira o a la venganza, habrá que ampliar el ámbito de la inviolabilidad hasta extremos que no precisan comentarios" (*op. cit.*, p. 329). Sobre el particular, el profesor Pérez Serrano precisa: "Analizando la naturaleza intrínseca de la inviolabilidad, diremos que no constituye garantía personal, sino de carácter real, puesto que protege la función parlamentaria en sí, y sólo indirectamente aprovecha a su titular; es un privilegio *objetivo*, no de índole subjetiva, porque pretende asegurar el cumplido desempeño de la actividad que como legislador y como fiscal corresponde al parlamentario, no favorece innecesariamente al que haya obtenido tal investidura" (*op. cit.*, p. 779).

Si existe antes una complementariedad entre la inviolabilidad y la inmunidad, terminamos esta sección con una cita de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (S 243/1988, 19 de diciembre FJ3), en donde se destacan las características propias de cada una de las prerrogativas:

15. Respecto a la cuestión de que las Cortes son inviolables, véase el "Comentario introductorio al Capítulo I del Título III", de Nicolás Pérez-Serrano Jáuregui, en los *Comentarios a las leyes políticas*, dirigidos por Óscar Alzaga Villaamil; *Constitución española de 1978, cit.*, Tomo VI, p. 32, y también Enrique Linde Paniagua, "Comentario al Art. 66", en el mismo volumen de la obra citada, pp. 74 y ss.

La inviolabilidad es un privilegio de naturaleza sustantiva que garantiza la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, entendiendo por tales aquellas que realicen en actos parlamentarios y en el seno de cualquiera de las articulaciones de las cortes generales 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 pertenezcan (S 36/1981).

La inmunidad, en cambio, es una prerrogativa de naturaleza formal que protege la libertad personal de los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales que puedan desembocar en privación de libertad, evitando que, por manipulaciones políticas, se impida al parlamentario asistir a las reuniones de las cámaras y, a consecuencia de ello, se altere indebidamente su composición y funcionamiento (S 90/1985). Al servicio de este objetivo se establece la autorización del órgano parlamentario para proceder contra sus miembros, que es un instrumento propio y característico de la inmunidad, cuyo campo de actuación, por su finalidad, se limita al proceso penal, una vez desaparecida de nuestro ordenamiento jurídico la prisión por deudas y la privación de libertad derivada de actos administrativos.

“La inviolabilidad es un privilegio de naturaleza sustantiva que garantiza la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones...”

4.1. Caracteres y efectos de la inviolabilidad

A. Fernández-Miranda dice que se suelen atribuir cinco caracteres a la inviolabilidad: jurídica, perpetua, irrenunciable, absoluta y exclusiva¹⁶.

La inviolabilidad se concreta en una irresponsabilidad de carácter jurídico, que excluye toda sanción, tanto penal como civil o disciplinaria. Fernández-Miranda insiste en el carácter estrictamente jurídico de la irresponsabilidad, en vista de la opinión bastante extendida que considera la exclusión de todo tipo de responsabilidad política. Torres del Moral agrega que no excluye las sanciones disciplinarias internas, que puede imponer el presidente de la cámara de acuerdo al reglamento respectivo, agregamos nosotros¹⁷.

El carácter perpetuo significa que, como consecuencia de la inviolabilidad de los diputados, estos son irresponsables por las opiniones o votos que emitan, incluso después de la terminación de su período. Ese es el alcance de la expresión “no tendrán responsabilidad en tiempo alguno”, de nuestro Art. 125 constitucional. Se trata de una exigencia determinada por la finalidad de la prerrogativa, pues, entonces, el representante podrá actuar libre de temores, de represalias posteriores después de la terminación de su mandato. Pérez Serrano dice: “debe considerarse *perpetua*, porque el acto amparado se cancela para siempre, no siendo perseguible cuando el parlamentario pierde tal condición”.

La irrenunciabilidad es una consecuencia necesaria de que las prerrogativas “son normas de

16. En su obra citada, Torres del Moral dice: “Siguiendo un tanto libremente a A. Fernández-Miranda podemos decir que la inviolabilidad aporta al parlamentario una irresponsabilidad jurídica promordial e irrenunciable”. Pérez Serrano desarrolla, en *Tratado*, los cuatro primeros caracteres de Fernández-Miranda, con los mismos nombres, y se refiere al No. 5 (p. 779).
17. En los comentarios citados, E. Recoder de Casso señala que la “irresponsabilidad de que se trata es meramente ‘jurídica’, pues no salva a diputados y senadores, de incurrir ante la opinión pública, en una responsabilidad política que toca a los electores apreciar”. Y agrega, el mismo Recoder de Casso, que esta responsabilidad política por el control de la actividad parlamentaria del cuerpo electoral, como señala Ameller, es el que da sentido pleno a la inviolabilidad, pues “hasta que aquél vuelva a intervenir, los elegidos deben tener garantizada la mayor libertad posible y una independencia total”. Pérez Serrano dice que “la irresponsabilidad es meramente jurídica, porque la conducta del parlamentario queda sujeta al juicio moral de las gentes, y no exime de los derechos de crítica y censura”.

derecho objetivo establecidas en función de las exigencias del orden constitucional, que, por tanto, no originan derecho subjetivo alguno, siendo irrenunciable". Esta opinión es bastante generalizada entre distinguidos tratadistas, como Esmein, Berthelemy, Biscaretti, Mortati, Virga, Duguit, sólo para mencionar algunos de ellos. Respecto a la pretensión de renuncia de algunos diputados en Italia, Tosi dice: "Las frecuentes afirmaciones de parlamentarios pretendiendo renunciar a la inmunidad individualizando comportamientos, por más que sean políticamente apreciables en el móvil que las inspira, carecen de efecto jurídico alguno, resultando indisponible la inmunidad parlamentaria para el singular beneficiario" (Comentarios de A. Fernández-Miranda, p. 313). Para Pérez Serrano, "resulta irrenunciable porque no está en el patrimonio del supuesto favorecido, sino que se otorga en beneficio de la Asamblea y de la función". Virga dice: "Los parlamentarios no pueden renunciar a las prerrogativas, las cuales deben ser respetadas aun en contra de la voluntad del parlamentario mismo". Esto, porque como dice Virga, "es una consecuencia que se deriva de que las prerrogativas parlamentarias tienen el propósito de asegurar el ejercicio regular de las funciones de la Asamblea, garantizando su independencia" (*Diritto costituzionale*, p. 211).

La inviolabilidad tiene carácter absoluto, lo que significa que no admite excepciones, "tanto respecto a personas u órganos que pueden exigir responsabilidad, como en lo relativo a la materia. En cuanto a lo primero, la no responsabilidad es tanto civil como penal, en cuanto a medidas disciplinarias, solamente se excluyen las de orden interno de la propia Asamblea" (Fernández-Miranda, *op. cit.*, p. 324). En este sentido, el Art. 125 es claro al determinar que la no responsabilidad es "por las opiniones y votos que emitan", cuestión a la que debemos referirnos después, al tratar el ámbito material de la inviolabilidad.

La exclusividad debemos entenderla en el sentido de que la inviolabilidad de los diputados solamente alcanza, es decir, sólo ampara sus actos en el ejercicio de sus funciones, o sea, que no se ex-

tiende a los actos extraparlamentarios ni a los actos posteriores a la finalización de su período como diputados.

4.2. Ámbito material

En cuanto al ámbito material de la inviolabilidad, para determinar sus alcances y límites es preciso establecer qué se entiende por "votos" y "opiniones", mencionados en el citado Art. 125. Sin embargo, debemos adelantar que la formulación de dicho precepto no señala limitaciones importantes de carácter material al objeto de la inviolabilidad, que son determinadas expresamente en otros ordenamientos constitucionales, como el que deben ser en el ejercicio de las funciones parlamentarias, o bien en el ejercicio de sus funciones, en el cargo de diputado, como establece el Art. 71, inciso 1° constitucional de España, o el Art. 68, inciso 1° de la Constitución italiana de 1947 o el Art. 26 de la Constitución francesa de 1958. De igual modo, la Ley Fundamental de Bonn, en su Art. 46.1, establece una limitación de carácter formal al objeto de la inviolabilidad del acto parlamentario y, en consecuencia, del ámbito funcional que genera la

inviolabilidad, cuando determina que ésta queda circunscrita a la sede del órgano legislativo o a alguna de sus comisiones. Los parlamentarios no están sometidos al procedimiento judicial, "... a causa de su voto o de una declaración que hicieran en el *Bundestag* o en una de sus comisiones".

Para resolver la cuestión de los alcances de los términos "votos" y "opiniones", necesariamente debemos aplicar el criterio de funcionalidad que justifica y en la que descansa la prerrogativa, pero antes debemos señalar que nuestra Constitución emplea los dos términos ("votos" y "opiniones") sin ninguna limitación específica. En otras constituciones, por ejemplo la española, no menciona los votos, lo cual en todo caso no tiene importancia, quizá porque un voto sea más que una opinión, cuando es una expresión concreta de una opinión. La funcionalidad está determinada por su carácter de finalidad pública y no particular de la inviolabilidad y, precisamente por esa finalidad, la

"La inmunidad, en cambio, es una prerrogativa de naturaleza formal que protege la libertad personal de los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales que puedan desembocar en privación de libertad,..."

situación especial de los diputados sólo importa al ordenamiento en la medida que pudiera afectar a la libertad e independencia de la institución". En otros términos —como dice A. Fernández-Miranda—, "si lo que se está defendiendo es la libre formación de la voluntad del Parlamento sólo los actos de los parlamentarios tendientes a la lícita formación de esa voluntad serán relevantes para la inviolabilidad" (*op. cit.*, p. 325).

En este orden de ideas, los puntos de vista expresados en las "opiniones" deben orientarse a la formación de la voluntad mencionada, o sea, encaminados a lograr el consenso necesario para llegar a un acuerdo sobre la voluntad de la Asamblea. Esto resulta claro en otros ordenamientos constitucionales, cuando se determina expresamente que las opiniones deben ser en el "ejercicio de sus funciones". En todo caso, al igual que en otros países, la inviolabilidad no se extiende a los actos materiales, esto es, que cuando constituyan supuesto delictivo son perseguibles penalmente.

Por otra parte, en el caso de las opiniones o votos, si ha intervenido cohecho, tanto Pérez Serrano como Duguit sostienen que hay que diferenciar los dos momentos, dejando a salvo la inviolabilidad, y proceder contra los actos no parlamentarios (E. Recoder de Casso, en *Comentarios* citados, p. 71). Respecto a ello, es en particular interesante el juicio Estados Unidos contra Brewster, de 1972, que es un caso de soborno en donde literalmente se afirma en la sentencia: "Recibir sobornos no es, obviamente, parte de la función o del proceso legislativo y por supuesto no es un acto legislativo. Se mire por donde se mire, no es un acto ejecutado como parte del papel de legislador, ni tampoco un elemento incidental del mismo".

Al final de este artículo presentamos un resumen de algunas características que, en general, son aceptadas como esenciales para las prerrogativas; sin embargo, sería forzoso introducir modificaciones a la inviolabilidad del Art. 125. La conveniencia de limitarla a los casos de la función parlamentaria debe considerarse seriamente, para hacer realidad aquellas palabras de Hauriou, "Fuera de lo que es estrictamente función parlamentaria, el diputado o senador queda sometido al derecho común". También debería dársele debida consideración a lo establecido en otras constituciones, que tratan de impedir los abusos, como la alemana que excluye de la inviolabilidad las ofensas calumniosas, o las constituciones de los países escandina-



vos, donde puede exigirse responsabilidad a los parlamentarios si la cámara lo autoriza por una mayoría calificada. Asimismo, el Art. 160.2 de la Constitución portuguesa de 1976 estableció que ningún diputado puede ser detenido o encarcelado sin autorización de la Asamblea, *excepto por delito castigado con pena mayor y en flagrante delito* (las cursivas son del autor).

Estamos de acuerdo con quienes sostienen que el criterio "físico" de la sede parlamentaria, que recogió el constituyente alemán, no es lo que determina el ámbito material de la inviolabilidad parlamentaria, pues deberá ser el criterio "jurídico", en cuanto a que las opiniones sean relacionadas a y emitidas en el desarrollo del proceso de formación de la voluntad de la asamblea. No cabe duda alguna de que debemos hacer una rigurosa distinción entre "las manifestaciones *particulares* (aun cuando estas puedan estar relacionadas de alguna manera con el interés público)" y aquellas que son parte del proceso jurídico de formación de la voluntad del Estado. El parlamentario cumple otras funciones en la vida política, como las de información a

sus representados, por ejemplo, pero debemos reiterar que no es su función política respecto a la sociedad lo que la inviolabilidad debe proteger, sino su función jurídica en relación con el Estado.

A. Fernández Miranda, de cuyas citas hemos abusado justificadamente, resume lo esencial de lo anterior así: "Si el argumento que fundamenta la inviolabilidad deja de ser el interés en la libre formación de la voluntad del Estado para convertirse en la protección a quienes por su posición política y por su representatividad social están sujetos a la ira o a la venganza, habría que ampliar el ámbito de la inviolabilidad hasta extremos que no precisan comentario" (*op. cit.*, p. 329). Lo anterior explica la conclusión siguiente: "Por lo demás, entender la inviolabilidad como un ámbito de radical irresponsabilidad es no comprender la institución". Es cierto que esta irresponsabilidad es extensa, pero también la responsabilidad interna puede evitar algunos abusos al sancionarlos; sin embargo, tiene razón el profesor ibero cuando puntualiza: "No me alcanza de qué manera podría operar la disciplina parlamentaria frente a los abusos producidos en actividades ajenas al parlamento".

4.3. Naturaleza jurídica de la inviolabilidad

Eloy García hace un señalamiento importante al puntualizar que "Uno de los puntos donde más nítidamente se aprecian las diferencias que separan la inviolabilidad de la inmunidad estriba, precisamente, en su distinta naturaleza jurídica. Ambos son institutos de garantía, pero mientras que la inviolabilidad dispensa al parlamentario una protección de fondo, que necesariamente habrá de traducirse en una auténtica ruptura de la Constitución, en el caso de la inmunidad se trata, más bien, de una garantía formal de tipo procesal, capaz de congelar, de retardar en el tiempo, la eficacia de

ciertos preceptos constitucionales, pero no de quebrantarlos". Como advirtiera Barthelemy, "l'inviolabilité [léase "inmunidad"] concerne la procédure, l'irresponsabilité [entiéndase "inviolabilidad"] touche au fond".

El estudio de la naturaleza de la irresponsabilidad, que llamamos inviolabilidad, siguiendo la tradición española, se concreta en la determinación de su naturaleza jurídico-penal, cuestión que ha sido planteada en los siguientes términos: la inviolabilidad, ¿determina la no existencia de delito, o se limita a hacer imposible su persecución y castigo? ¿Es una causa de no punibilidad?

La posición tradicional, probablemente más generalizada, pareciera haber sido la que considera la prerrogativa como causa de exclusión de la pena, que ni justifica los hechos ni excluye su carácter delictivo. Esto consiste en que el comportamiento penalmente tipificado debe considerarse como delictivo, sin que la causa de exclusión de la antijuricidad modifique la naturaleza delictiva. Entonces, al permanecer la existencia del delito, la inviolabilidad sólo tiene efecto respecto al individuo que, por su particular situación jurídica, tiene una causa personal de exclusión de la pena, pero los cómplices y coautores son perseguibles y, de igual modo, se admite la posibilidad de legítima defensa. Esto porque, como decía Von List, "Esta excención no afecta la ilegalidad del acto" (citado por Puig Peña, en *Derecho penal*, según referencia de A. Fernández-Miranda)¹⁸.

Por otra parte, las teorías de las causas de justificación, como causas de exclusión de la antijuricidad, también se han sostenido en España, precisándose que la inviolabilidad es causa de exclusión del injusto penal. Así, en el *Tratado de derecho penal*, Jiménez de Azúa dice que "se trata de una causa de justificación amparada en el ejer-

18. Paolo Biscaretti di Ruffia precisa, en *Derecho constitucional* (Tecnos, Madrid, 1982, p. 380, n. 139), "Además debe estimarse que la *no fiscalización* mencionada constituye una simple causa de *no punibilidad* de suerte que el comportamiento del parlamentario debe configurarse, si se da el caso, como delito (por ejemplo, en vía incidental, por parte del juez), si bien no resulte punible (pero siendo punibles aquellos que eventualmente hayan concurrido en el mismo delito)". Pietro Virga comparte, en *Diritto costituzionale*, los puntos de vista señalados cuando dice: "La inviolabilidad (*insindacabilità*) crea a favor de los parlamentarios una causa de no punibilidad (por ejemplo, los enfermos mentales) y no una causa de justificación (por ejemplo, la legítima defensa); en consecuencia, el comportamiento del parlamentario es siempre anti-jurídico, si bien no es punible" (p. 213, traducción hecha por el autor). Pérez Serrano decía: "Y aunque el acto en sí pudiera entrañar figura delictiva, no cabe acción penal, ni exigencia judicial o disciplinaria de responsabilidades por autoridad ajena a la cámara, implicando verdadera causa de inimputabilidad o de justificación, según se prefiera el orden penal; pero que en cualquiera de las hipótesis exime de incriminación, aunque el hecho (injuria, calumnia, etc.) hubiera sido delito en otras circunstancias" (*op. cit.*, p. 779).

cicio de un derecho: el de representante del pueblo español". Agrega después: "En nuestra tesis, al contrario de lo que se cree, su limitación sería más fácil, ya que sólo funcionaría en la estricta esfera del Estado de necesidad...". En última instancia, no es otra cosa que la justificación de estado necesario por la colisión de deberes, resuelta en favor del más imperioso: velar por el bien común, incluso sacrificando el deber de respetar la reputación de un individuo. Y, por último, "Una prueba a nuestro juicio, hartamente concluyente, de que se trata de un caso de eliminación del injusto, es que no se extingue cuando el diputado cesa en su cargo, ni cuando se ha concedido el suplicatorio por otro hecho —por un delito común o político, por ejemplo— a causa del cual el juez pidió permiso al Congreso para procesar al parlamentario. Si fuese un mero privilegio funcional de índole política y sólo para mayor libertad del Legislativo, al terminar su mandato podría perseguirse judicialmente cuando aquellas opiniones y votos emitidos en el ejercicio de cargo configuran una acción punible".

En un examen crítico, Fernández-Miranda expresa que "presupone como corolario lógico, la existencia de una acción típica y antijurídica, antijuricidad que excluirá, *a posteriori*, la causa de justificación. Y agrega que así como hablamos de antijuricidad tipificada en las leyes penales", forzosamente habremos de limitarnos a las causas de justificación incluidas en el catálogo legal de causas eximentes del Art. 8 del Código Penal. (Es decir, "las causas excluyentes de responsabilidad" del Art. 27 del Código Penal salvadoreño.)

Fernández-Miranda se refiere a dos casos de eximentes del Art. 8 del Código Penal español, o sea, a los numerales 7 y 11, relativos, el primero, al estado de necesidad que sostiene que debe desecharse como eximente en la cuestión estudiada, como dice, con sólo la lectura de los presupuestos requeridos cuando considera que no pueden permitirnos concluir que concurra esa causa de justificación, que sería el Art. 27, 3° del Código Penal salvadoreño. En cuanto al numeral 11, relativo al ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (que era el texto de nuestro antiguo Código Penal, en su Art. 8, inciso 11°, y que ahora modernizado podríamos considerarlo comprendido en el Art. 27, 1° de nuestro Código Penal vigente), Fernández-Miranda comenta que "debemos decir que implica la idea de que quien obra conforme a derecho no se comporta antijurídicamente". Ahora

bien, "aquí falta la norma que de un *modo directo* legitima la conducta antijurídica". Nosotros dudamos de que eso nos lleve a un supuesto derecho profesional (término empleado por él) sin límites legales, pero, en todo caso, no nos detendremos en esta argumentación, pues no creemos que "significaría la impunidad de toda clase de actos practicados por los profesionales".

Su posición es más interesante cuando afirma: "En definitiva, creemos que hay que rechazar la argumentación de Jiménez de Azúa, pues, la inviolabilidad no pretende, en modo alguno, justificar los hechos delictivos, sino evitar que el miedo a las represalias, el recelo y la excesiva conducta coloquen al parlamentario en un permanente estado de coacción moral". Y así continúa la crítica y quien escribe esto, por propia confesión, sólo un *dilettante* de estas cuestiones, no pensaba en un caso de estado de necesidad, pero tampoco encontramos justificadas las expresiones de Fernández-Miranda de que en ese supuesto no existe colisión de deberes, pues el diputado tiene el deber de conservar su libertad y expresarse libremente, pero debería considerarse que para ello no precisa de la calumnia ni de la injuria. El comentarista dice que esto es una aberración, pero no creo que lo que dijo Jiménez de Azúa conlleve a eso, cuando se considera que es un caso de colisión de bienes jurídicos, en que se sacrificaría la reputación del afectado por las expresiones del diputado.

Pasemos al segundo argumento de Jiménez Azúa, el cual tampoco A. Fernández-Miranda considera válido. A este último le parece indiscutible "que la inviolabilidad es una prerrogativa funcional, cuya finalidad es estrictamente la defensa de la independencia y la libertad del Parlamento. Prerrogativa funcional significa una situación jurídica especial fundada y justificada por la exigencia de protección de un interés prevalente del ordenamiento jurídico". Ahora bien, la justificación llega hasta ser inevitable. Garantizar ese interés, y por ello la exclusión personal, de modo permanente de la ley penal, de los votos y opiniones efectuados por quienes tienen el mandato del pueblo, es una condición necesaria para el cumplimiento de la finalidad mencionada, pues de lo contrario no habría libertad de las deliberaciones por el temor a represalias o responsabilidades futuras.

A Fernández-Miranda tampoco le parece convincente la posición tradicional de condición o causa de no punibilidad, es decir, considerar la pre-

rogativa como causa de exclusión de la pena, que no justifica los hechos ni tampoco excluye su carácter delictivo. Inicialmente, la dogmática jurídico-penal alemana, en el siglo XIX, hablaba de eficacia de las normas penales y de los posibles sujetos de un delito, que consiste en que quien cae fuera de la autoridad estatal no puede aplicársele en rigor el concepto de delito. Posteriormente se opta por calificarla como causa personal de exclusión de la pena. Ahora bien, hablar de causas personales de exclusión de la pena plantea, dice Fernández-Miranda, dos problemas difícilmente superables, al considerar, primero, que hay una acción punible a la que no se aplica pena. Lo anterior no le parece aceptable, porque si no hay pena al no haber proceso, no podemos hablar de exclusión de pena, pues no hay posibilidad de calificar ni de tipicidad ni la antijuricidad ni la culpabilidad ni, desde luego, de pena. A continuación agrega que "la impropiiedad de la rúbrica de las causas personales de exclusión de la pena de la dogmática alemana". Se pone de manifiesto que muchas excepciones se deben no a la calidad personal, sino al cargo, o sea, que el muro frente a la ley no es la persona, sino el cargo. Finalmente, los autores que siguen esta teoría parten de un principio bastante cuestionable: que el principio de igualdad ante la ley penal no admite excepción, lo cual nos parece —dice Fernández-Miranda— inexacto, en sentido concreto, e inadecuado, en sentido abstracto.

Un importante señalamiento que hace Fernández-Miranda es cuando plantea que la realidad política y jurídica de la inviolabilidad obliga a concebirla y a definirla, desde este punto de vista, como una institución de derecho constitucional. Es, en verdad, una limitación a la espera de vigencia de la ley, justificada por exigencias del orden jurídico constitucional. En este sentido, se hable de dispensa o de excusa personal, se está aludiendo a una realidad idéntica: los casos de excepción al principio de igualdad que no se pueden ignorar ni en concreto, pues existen; ni en el plano de los principios, pues consisten en trato desigual para situaciones desiguales. Una desigualdad exigida por el orden constitucional. "En definitiva —concluye—, creemos que el problema se reduce al tema de la vigencia de la ley, tratándose en el caso de la inviolabilidad de una causa personal-funcional (condición de parlamentario y ejercicio de sus funciones) de exclusión de dicha vigencia. Con esta tesis es evidente que queda también salvado el problema de los coautores, instigadores, etc.,

que carecen de las condiciones personal-funcionales exigidas por la Constitución para que se suspena aquella vigencia". Como dice Esmein, se trata "de una dispensa' de la ley penal en punto a todos los actos que el representante efectúe en el ejercicio de sus funciones y que puedan entrañar un delito incorporado a dicho ejercicio".

Como bien dice Marchena López, en su estudio "Procesos penales contra aforados", la dogmática se dispersa en su esfuerzo explicativo que podríamos tratar de resumir, para decir en otras palabras lo que hemos reseñado antes con Fernández-Miranda. Hay quienes entienden que la inviolabilidad es una causa personal de exclusión de pena que, en consecuencia, no afectaría la existencia misma de lo injusto, sin ignorar el recordatorio que hacía Marchena López respecto a que Mezger ya había señalado las dificultades de la falta de claridad de la noción de causa personal de exclusión de la pena. Debe precisarse que no es una causa personal, que se base en el *status* del diputado, sino en la función que ejerce. Entonces es una prerrogativa funcional, amparada en la norma misma. Esencialmente, la inviolabilidad es un privilegio sustantivo y no procesal, que impide la punición de ciertos hechos, tipificados como delito, cuando ocurren en el ejercicio de la función legislativa y, por ello, causa excluyente de la punibilidad.

Si la inviolabilidad se caracteriza como causa personal de exclusión, queda lo injusto, pues en el caso de las excusas absolutorias, hay una conducta delictiva que no llega a sancionarse por razones de política criminal. Es innecesario señalar la ventaja de sancionar al partícipe no amparado en la prerrogativa que favorece solamente al diputado. Sin embargo —como bien señala Marchena López—, toda causa personal es una exención particularizada y no llega a impedir "un cierto aire de privilegio personal". También señalamos que se ha querido explicar la inviolabilidad como una causa de justificación y un ejemplo sería el caso de Luis Jiménez de Azúa, cuando plantea, en su *Tratado*, que es un caso de estado de necesidad determinado por la colisión de bienes jurídicos. La inviolabilidad también ha sido considerada como causa de justificación, cuando se considera que tiene por objeto garantizar la libertad de expresión, cuando es un derecho conferido por su calidad de representantes del pueblo. Algunos penalistas que siguen esta tesis han señalado que una causa de jus-

tificación, sin efectos respecto a los partícipes, no se diferencia en la práctica de una causa personal de exclusión de pena.

Podríamos seguir relacionando variantes o afinamientos de los puntos de vista que hemos mencionado en forma muy resumida, pero creemos que es innecesario. Los trabajos de Fernández-Miranda y Marchena López tienen abundante información que permite tener una idea del problema y de la diversidad de calificaciones sobre su naturaleza. Sin restarle importancia al estudio de los fundamentos, la justificación, los caracteres, el ámbito, etc., y principalmente a su naturaleza jurídica, consideramos más importante ahora estudiar la actualidad de la inviolabilidad, su razón de ser después de que irrumpe el sistema de partidos, cuando la representación se convierte en algo distinto de lo que era en los tiempos en que las garantías a los parlamentarios fueron incorporadas a los ordenamientos jurídicos de probablemente todos los países.

5. A manera de resumen: actualidad de la inviolabilidad

En síntesis, razones de necesidad política dieron vida a la institución en época de luchas con otros poderes del Estado; la inercia la mantuvo aun cuando la independencia judicial brindaba luego garantía democrática que con ventaja para todos la sustituyera; el abuso ha hecho que el privilegio degenerara, y la tendencia actual debe ser a frenarlo para que no rebasa la órbita de su razonable ejercicio.

Tratado de derecho político
Nicolás Pérez Serrano

En cuanto a la irresponsabilidad de los diputados ante los electores, se trata de un principio quebrantado ya por algunas de las constituciones modernas, cuyos preceptos disponen que el diputado no esté obligado a seguir las instrucciones de sus electores, pero pierde su mandato al separarse o ser expulsado del partido por el cual fue designado.

Tales disposiciones resultan por consecuencia natural en los casos de sistema electoral por listas, pues en ellos los electores no designan al diputado por su persona, sino que su voto más bien significa

un acto de adhesión a un partido determinado, de manera que el candidato obtiene su representación sólo en virtud de su filiación al partido del elector, siendo lógico que el diputado pierda su mandato tan pronto deje de pertenecer al partido que le ha enviado al Parlamento.

Esencia y valor de la democracia
Hans Kelsen

La libertad de los diputados —ya no representantes sensu stricto— se ha transformado en dependencia de sus partidos, estando, por tanto, vinculados a los intereses de éstos...

El Estado de partidos
Manuel García-Pelayo

La cuestión de la indemnidad parlamentaria, o sea, la inviolabilidad e inmunidad, incorporadas en las constituciones desde hace más de doscientos años por la revolución francesa, se ha mantenido prácticamente igual en todos los ordenamientos constitucionales, salvo en las contadas excepciones que mencionamos, y parece ignorarse o quizás se olvida que las circunstancias prevalecientes en un tiempo, las cuales explicaron su aparición, han cambiado significativamente desde entonces. Para el caso, por ejemplo, la pugna entre monarquía y parlamento es cosa del pasado, el concepto de representación no es el mismo en el Estado de partidos, etc.

En este resumen se intenta hacer principalmente una apreciación de la inviolabilidad en la actualidad, sin dejar de hacer referencia a la inmunidad propiamente dicha, por sus estrechas relaciones de origen y propósitos. Dados los límites de este artículo, no es posible extendernos y profundizar en algunos aspectos que han surgido como consecuencia de los cambios ocurridos desde que las prerrogativas, en estudio, formaron parte de los ordenamientos constitucionales. Por tanto, sólo nos limitamos a mencionarlas y a hacer una breve referencia de sus aspectos más importantes.

Carré de Malberg señalaba —en *Contribución a la teoría general del Estado*— que, en sus orígenes, la inviolabilidad tenía que ser una consecuencia obligada de la traslación de la soberanía del monarca a la nación. Ahora bien, proclamar la soberanía de la nación significó que la asamblea, por la representación parlamentaria, venía a ser el úni-

co órgano titular de la soberanía¹⁹. Todas nuestras constituciones, hasta el cambio de 1950, atribuyeron la soberanía a la nación. Ese cambio significó mucho, pero se ha querido ignorar. Desde la Constitución de 1950, la soberanía ya no reside en la nación, sino en el pueblo, con todas las consecuencias que esto significa al delimitar lo que es poder constituyente y constituido, reafirmar la supremacía de la Constitución y su control por medio de la justicia constitucional. La consecuencia necesaria es que —como bien puntualiza Pedro de Vega, conforme al principio político democrático—, en cuanto titular de la soberanía, al pueblo le corresponde el ejercicio indiscutible del poder constituyente. Lo anterior complementado con la supremacía constitucional, por la cual la Constitución es la ley superior, que obliga por igual a gobernantes y gobernados. Nuestra Carta Magna de 1950 explicitó claramente esos principios, completándolos con la introducción de la justicia constitucional. Resulta, entonces, que el primero y más importante cambio que el principio democrático introduce en el sistema liberal clásico de división de poderes es la nueva forma de entender la soberanía. Ahora, monarca y parlamento dejaron de ser poderes soberanos.

La experiencia en otros países sobre la aplicación de la inviolabilidad y la inmunidad no es, en verdad, algo que pudiéramos calificar como positiva. Las condiciones de la incorporación de las prerrogativas a los textos constitucionales han cambiado significativamente, tal como lo hemos señalado. La experiencia de distintos países no es muy alentadora en cuanto a la forma de aplicar las prerrogativas.

No podemos emplear esas experiencias como justificación para que las apliquemos en nuestro país, en sentido restrictivo, o para que reformemos las disposiciones constitucionales pertinentes, pues no sabemos cuál sería la experiencia ya que no la hemos tenido. Esto obedece a que hasta hace poco podemos hablar de una estricta división de poderes, lo cual permite la operación de los diferentes controles establecidos en la Constitución. En consecuencia, son contados los casos de operatividad

de las prerrogativas y no sabemos que será lo que ocurra en el futuro, cuando los pesos y contrapesos funcionen. Recientemente hubo un caso en que se solicitó a la Asamblea la autorización para el procesamiento de un diputado, pero el asunto parece que se “arregló” en el propio Poder Judicial y “la sangre no llegó al río”. Así que, en verdad, no tenemos experiencia sobre cómo va a actuar la Asamblea.

En cuanto a la aplicación de la inviolabilidad, la experiencia de otros países no es muy estimulante. Y respecto a este tema, Eloy García dice: “tres son, en síntesis, los principales problemas señalados por la doctrina: la preocupación por evitar que la institución termine por degenerar en una espléndida coartada constitucional, que encubra legalmente actuaciones delictivas de los parlamentarios; los problemas que en la práctica plantea el precepto constitucional que restringe la protección de la inviolabilidad a las opiniones manifestadas dentro del recinto asambleario, y el deseo de establecer nuevas fórmulas que extiendan al menos una parte de sus garantías a los verdaderos protagonistas de la vida parlamentaria contemporánea: los grupos parlamentarios” (*op. cit.*, p. 129).

Es oportuno recordar que la prerrogativa de inviolabilidad, en el constitucionalismo liberal, buscaba irresponsabilizar jurídicamente al representante, o sea, dejar al margen del derecho sus actuaciones parlamentarias que se considerasen parte integrante del mandato representativo, para lo cual era necesario determinar el ámbito de acción inmune a cualquier forma de control, excepto el disciplinario interno de la propia asamblea o el que corresponde a los electores cada cierto tiempo. Pero lo que ocurrió fue que, a finales del siglo pasado, se comienza a concretar el progresivo debilitamiento del dogma de la soberanía parlamentaria, coincidente con la crisis del concepto representativo liberal que había prevalecido. A lo anterior agregamos la reacción de la opinión europea ante repetidos casos de corrupción parlamentaria, lo cual ponía en evidencia que los controles de la inviolabilidad eran insuficientes para impedir la ocurrencia de ilícitos, hecho que condujo a aceptar que aun-

19. Eloy García señala, como denunciara tempranamente el diputado Bousnard, “Incesantemente se confunde la Asamblea Nacional con la Nación misma [...] debemos evitar tal confusión porque si no, nada impedirá que la Asamblea usurpe los derechos de la Nación”. Ya lo decía Schmitt en su *Teoría de la constitución*: “Cuando la Nación como sujeto del Poder constituyente se enfrenta con el monarca absoluto y suprime su absolutismo, se coloca en su puesto de la misma absoluta manera”. Y de igual modo, Pedro de Vega señala que la Nación sólo puede expresar su voluntad a través de representantes, entonces las asambleas se convierten en el poder en los que la nación delega sus competencias.

que estuvieran relacionados con la función representativa, no formaban parte de esa función y debían ser conocidos por los tribunales.

Por supuesto que lo anterior, aun cuando podemos considerarlo un avance, plantea cuestiones difíciles, tales como a quién corresponde identificar y determinar los elementos característicos para distinguir entre delito parlamentario y función representativa. En otras palabras, se trata de determinar dónde termina la función y dónde comienza el delito (recuerde la sentencia que citamos en el caso Estados Unidos contra Brewster). En cuanto al segundo señalamiento, respecto al recinto parlamentario, nuestra formulación del Art. 125, como señalamos, ni hace referencia al recinto ni menciona las funciones parlamentarias. Por lo que probablemente en caso de una reforma al precepto, quizá deberían incluir y considerar la posibilidad de establecer limitaciones como las de la Ley fundamental de Bonn, las de los países escandinavos o de la Constitución de Portugal. Mientras tanto, cuando llegue el caso, sólo nos queda esperar que se haga una interpretación restrictiva para no desnaturalizarla.

La teoría representativa liberal ha cambiado significativamente por desarrollos tales como la representación proporcional (recogida en nuestro sistema, en la Constitución de 1962), pero principalmente por la irrupción del Estado de partidos, cuando en 1983 se incorpora, en el Art. 85, inciso 2°, constitucional: "El sistema político es pluralista y se expresa por medio de los partidos políticos, que son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del Gobierno". Y, con ello, como decía Gramsci, en *sus Notas sobre Maquiavelo*, "En la época moderna el protagonista del nuevo Príncipe no podría ser un héroe personal, sino un partido político...". Este factor, elemento determinante del cambio en la representatividad liberal, ha sido objeto de atención por muchos distinguidos tratadistas y no es necesario ni oportuno extendernos en el particular. Sólo recordemos a Kelsen, en su *Esencia y valor de la democracia*, y a García Pelayo, en *El Estado de partidos*, pues aquí únicamente haremos un breve resumen, tratando de caracterizar cómo se ha mo-

dificado la vieja relación bilateral ciudadano-diputado, que caracterizaba el modelo liberal decimonónico.

La cuestión interesante que debemos destacar, recordando el discurso rectoral de 1928 de Triepel, es que "El Estado de partidos es jurídicamente impensable mientras el parlamentarismo esté jurídicamente regulado según las ideas en que se fundó su nacimiento", que, precisamente, es nuestro caso, cuando el Art. 125 dice que "Los diputados representan al pueblo entero y no están ligados por ningún mandato imperativo". Pero veamos qué ocurre en el sistema de partidos con la vieja relación que mencionamos en el párrafo anterior.

Eloy García resume puntualmente lo que le ha ocurrido a la relación ciudadano-diputado, cuando dice que "ha sido sustituida por una relación a tres bandas, elector-partido-diputados", que se define por las características siguientes. En primer lugar, el partido designa al candidato que debe obtener los votos de los electores, pero lo avala el partido con su programa y le paga los costos financieros de la campaña. Y concreta: "A consecuencia de lo anterior, el elegido es formalmente una persona, un individuo: el diputado, y materialmente, de hecho, un partido, que, necesariamente y por coherencia consigo mismo, se verá impelido a actuar como representante del sector social que le otorgó su confianza, y no como portavoz de conjunto de los intereses del conjunto de la comunidad nacional²⁰."

Entonces, resulta que el diputado se convierte, de hecho, en un agente, en el representante de su partido en el ámbito parlamentario, en el cual no podía actuar individualmente, sino como parte de la colectividad, que es el grupo parlamentario a que pertenece. Ahora bien, la importancia de lo anterior para nuestro estudio sobre la inviolabilidad es que, en verdad, ya no podemos decir que a ésta (y también a la inmunidad) la podemos seguir considerando como un instrumento jurídico que protege a los diputados, quienes son "protagonistas aparentes de la vida parlamentaria", cuando quienes deberían tener la protección (si se debe continuar dando) son los protagonistas reales, o sea, las fracciones parlamentarias.

20. En una nota de pie de página (*op. cit.*, p. 112, n. 59), García transcribe la interesante cita siguiente: "Especialmente importante al respecto es el trabajo de Morstein Marx en el que afirma: 'quien se presenta como candidato de un partido debe respetar ese compromiso como si se tratase de un auténtico pacto con el diablo [...] el mandato libre deviene de esa forma en un auténtico fósil del derecho'". Esto lo escribió en 1926.

De todo lo relacionado se infiere que hay una cuestión más de fondo planteada en 1983, cuando se aprueba el Art. 85, inciso 2º, que, en la práctica, ha implicado dejar inoperante el Art. 125, en lo referente a que los diputados, como representantes de todo el pueblo, no están ligados por ningún mandato imperativo. El ejemplo más reciente es la elección del presidente de la Asamblea. ¿No será un mandato imperativo prohibido en el precepto citado?, el cual, además, se vuelve inoperante en el Estado de partidos.

Por estas consideraciones y otras de no menor importancia es que deberíamos pensar seriamente en revisar las prerrogativas —desde la perspectiva de las realidades actuales— que se pueden concretar con cuestionamientos como el siguiente.

“La inviolabilidad, por tanto, sitúa al diputado en una posición de excepción —*qui porte l'atteinte la plus vive a la règle de l'égalité des citoyens*—, en cuya virtud, en todas aquellas ocasiones o circunstancias en que éste ejercite su función de representante público, automáticamente se opera una derogación, es decir, una pérdida de vigencia y eficacia de los preceptos constitucionales que imponen a los poderes públicos el deber de responder de sus propios actos (artículo 9º. 1) y de los que garantizan a todos los ciudadanos una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos (Art. 24.1), lo que, consecuentemente, obliga al gobierno y a los particulares a soportar la difamación parlamentaria *sans avoir aucun moyen juridique de se défendre contre celle-ci*” (E. García, *op. cit.*, p. 73).

Kelsen, desde 1920, en *Esencia y valor de la democracia*, decía: “... es preciso suprimir o, por lo menos, restringir considerablemente aquella irresponsabilidad de los diputados, denominada inmunidad, e invocada no respecto de los electores, sino ante las autoridades, y especialmente las de orden judicial, que ha sido constantemente considerada como características del sistema parlamentario” (p. 67).

Para concluir, debemos decir, o más bien reiterar, en honor a la verdad, que nuestra experiencia es mínima en ambas prerrogativas y esto es perfectamente explicable cuando los contrapesos entre los poderes han comenzado a ser una realidad hasta muy recientemente. A lo cual debemos agregar que el Estado de partidos comienza a operar en la década de los ochenta y, por otra parte, un

sistema de acentuado presidencialismo durante medio siglo no es fácil desarraigarlo a corto plazo. Entonces, las prerrogativas fueron innecesarias, pero ahora el panorama ha cambiado.

Aun cuando no dudamos de que era necesario salir del sistema de partido único, que debió terminar en Europa en la segunda posguerra, en otras latitudes sobrevivió. Sin duda fue un avance haber salido de él, aunque eso nos llevó, por lo que sea, a caer en el sistema de partidos con todos los inconvenientes que lo caracterizan. Este señalamiento quiere llamar la atención porque ahora veremos casos de aplicación de la inviolabilidad y de la inmunidad en que no tenemos experiencia. Es decir, ahora empezaremos a confrontar los problemas que otros Estados ya vivieron hace bastante tiempo. Así, habría que determinar si aun cuando no hubiere responsabilidad penal, hay responsabilidad civil, lo cual, como señala Pérez Serrano en *Tratado*, ya está contemplado en la Constitución portuguesa. De igual modo, cuál es el límite necesario para la libertad que deben tener los representantes por la función que desempeñan sin que violenten los derechos de los demás ciudadanos, que están inhibidos de tener la tutela judicial para la protección de sus derechos, y además, violentado de igual modo, el principio de igualdad.

Inevitablemente hemos recordado a Pérez Serrano cuando puntualizaba:

La dificultad estriba en que 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 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.

Otra cuestión que no llegó a ocurrir fue la siguiente. Hace unos meses, un juez solicitó a la Asamblea que declarara la formación de causa a un diputado de la fracción mayoritaria por un delito, por cierto bastante grave. Después, el juez retiró su petición, pero el caso hubiera sido interesante o quizá complicado si la Asamblea hubiera llegado a tener que decidir. La incógnita es, ¿los di-

putados que no están ligados por ningún mandato imperativo, cómo hubieran votado? Y, en el caso (bastante probable) de que hubieran votado negativamente (con su mayoría y sus alianzas), ¿podría recurrirse a la Sala de lo Constitucional en un proceso de amparo o de inconstitucionalidad? Y es que deberíamos pensar seriamente, los que decimos estudiar el derecho, que no deja de ser curioso que ahora que tenemos (o queremos, o tratamos de tener) un Poder Judicial independiente, los componentes de la Asamblea Legislativa sean a la vez jueces y parte de sus propios actos.

He querido relacionar, en este artículo, la información que creí importante consignar, pero debo reconocer que hay mucha más. Sólo quisiera terminar con una última reflexión por si alguna vez se iniciaran los procesos mencionados. Nosotros pensamos—independientemente de las enseñanzas que podamos obtener de otras experiencias— que, en muchos casos, las construcciones dogmáticas foráneas descansan sobre supuestos que muchas veces son muy distintos a los nuestros. Es mejor estar prevenidos, porque hoy la sangre puede llegar al río.

San Salvador, 2 de mayo de 2000.

ANEXO

Precedentes del Artículo 125 en el ordenamiento constitucional salvadoreño

I Constituciones centroamericanas

1. Constitución Federal de 1924

Art. 63. En ningún tiempo ni con motivo alguno los representantes pueden ser responsables por proposición, discurso o debate en el Congreso o fuera de él sobre asuntos relativos a su encargo. Y durante las sesiones y un mes después no podrán ser demandados civilmente, ni ejecutados por deudas.

2. Constitución de 1935

Art. 61. En ningún tiempo ni con motivo alguno los representantes y senadores pueden ser responsables por proposición, discurso o debate en las cámaras o fuera de ellas sobre asuntos relativos a su destino. Y durante los meses de sesiones y uno después no podrán ser demandados civilmente

ni ejecutados por deudas.

3. Constitución de los Estados Unidos de Centroamérica de 1898

Art. 72. Los senadores y diputados gozarán de las siguientes prerrogativas:

- I No ser responsables en ningún tiempo por sus opiniones manifestadas en la Cámara, de palabra o por escrito.
- II No poder iniciarse contra ellos juicio alguno civil, desde quince días antes de abrirse las sesiones del Congreso, hasta quince días después de cerrarse.
- III No poder ser juzgados criminalmente por los delitos que cometan, sin que se declare previamente que ha lugar a formación de causa.
- IV No ser llamados al servicio militar sin su consentimiento, desde el día de su elección hasta terminar su período.

4. Constitución de la República de Centroamérica de 1921

Art. 79. Los senadores y diputados gozarán de las siguientes prerrogativas:

- 1ª No ser responsables en ningún tiempo por sus opiniones manifestadas en la Cámara, de palabra o por escrito.
- 2ª No poder iniciarse contra ellos juicio alguno civil desde quince días antes de abrirse las sesiones del Congreso, hasta quince días después de cerradas.
- 3ª No ser juzgados criminalmente sin que se declare por la Cámara que hay lugar a formación de causa.
- 4ª No ser llamados al servicio militar sin su consentimiento, desde el día de su elección hasta terminar su período.

II Constituciones de El Salvador

1. Del Estado del Salvador (1824)

Art. 28. Los diputados serán inviolables por sus opiniones, y en ningún tiempo ni caso, ni ninguna autoridad podrán ser reconvencidos por ellas. En las causas criminales que contra ellos se intentaren, no podrán ser juzgados, sino por el Tribunal del Congreso en el modo y forma que prescriba el regla-

mento de su gobierno interior. Durante las sesiones y un mes después, los diputados no podrán ser demandados civilmente ni ejecutados por deudas.

2. Constitución de 1841

Art. 18. Ningún representante al Senado y Cámara de diputados, será en tiempo alguno responsable por sus opiniones, sean expresadas verbalmente o por escrito, ni podrá ser juzgado civil ni criminalmente desde el día de su elección hasta en el que vuelva, que se supondrá ser quince días después de entrar en receso el Poder Legislativo, sino por su respectiva cámara en cuanto a la formación e instrucción de causa para destituirlos y entregarlo, en consecuencia, al Juez correspondiente, cuando el hecho sea de aquellos que merezcan pena más que correccional; más cualquiera autoridad civil podrá aprehenderlo por tales delitos durante aquel período e instruirle la sumaria conveniente, dando cuenta con ella a la Cámara que corresponde para los fines expresados.

3. Constitución de la República del Salvador (1864)

Art. 27. Los Representantes son inviolables. Ningún Representante al Senado y Cámara de Diputados será en tiempo alguno responsable por sus opiniones, sean expresadas de palabra o por escrito, ni podrá ser juzgado civilmente ni criminalmente desde el día de su elección, hasta quince días después de haber entrado en receso el Poder Legislativo, sino por su respectiva Cámara en cuanto a la formación e instrucción de causa para destituirlo y entregarlo en consecuencia, al Juez correspondiente, cuando el hecho sea de aquellos que merecen pena aflictiva; y ninguna autoridad podrá aprehenderlos por tales delitos durante aquel período, sin o en flagrante delito, instruyéndole la sumaria conveniente, y dando cuenta con ella a la Cámara que corresponda para los fines expresados.

4. Constitución de El Salvador (1871)

Art. 35. Los representantes de la Nación son inviolables. En consecuencia ningún diputado ni senador será responsable en tiempo alguno por sus opiniones ya sean expresadas de palabra o por escrito.

Desde el día de la elección hasta quince días después de haber recesado el Poder Legislativo, no podrá seguirse ni iniciarse contra ellos ningún juicio civil.

Tampoco podrán ser juzgados desde el día de la elección hasta el receso por los delitos graves que cometan sino es por su respectiva Cámara para solo el efecto de deponer al culpado y someterlo a los tribunales comunes.

Por los delitos graves que cometan durante los quince días subsiguientes al receso, serán juzgados por el Juez común competente; pero no podrán ser presos ni llamados a declarar sino pasados dichos quince días.

Por los delitos menos graves y faltas que perpetren desde la elección hasta quince días después del receso, serán también juzgados por el Juez común competente; mas no podrán ser presos, ni llamados a declarar sino transcurridos los quince días referidos.

Cuando en el período indicado un representante sea tomado en flagrante delito, la autoridad común podrá ponerlo preso dando cuenta con él y con las diligencias instruidas a la respectiva Cámara dentro de veinticuatro horas si estuviere reunida; y si no lo estuviere lo pondrá libre dentro del mismo término no pudiendo volver a ser preso sino transcurridos los quince días mencionados.

5. Constitución del Salvador (1872)

Artículos 66 y 67 (Sección 3ª)

Art. 66. Los Representantes de la Nación en ambas Cámaras son inviolables, en consecuencia ningún Diputado, ni Senador será responsable en tiempo alguno por sus opiniones, ya sean expresadas de palabra o por escrito.

Art. 67. Desde el día de la elección hasta quince días después de haber recesado el Poder Legislativo, no podrá iniciarse ni seguirse contra los Representantes juicio alguno civil.

Tampoco podrán ser juzgados desde el día de la elección hasta los quince días después del receso, por los delitos graves que cometan, sino es por su respectiva Cámara para solo el objeto de deponer al culpado y someterlo a los tribunales comunes.

6. Constitución de 1880

Artículos 62 y 63 (Sección 3ª)

Art. 62. Los representantes de la Nación en ambas Cámaras son inviolables en consecuencia ningún Diputado, ni Senador será responsable en

tiempo alguno por sus opiniones, ya sean expresadas de palabra o por escrito.

Art. 63. Desde el día de la elección hasta quince días después de haber recesado el Poder Legislativo, no podrá iniciarse ni seguirse contra los Representantes juicio alguno civil. Tampoco podrán ser juzgados desde el día de la elección hasta los quince días después del receso, por los delitos y faltas que cometan, sino es por su respectiva Cámara para solo el objeto de deponer al culpado y someterlo a los tribunales comunes.

7. Constitución del Salvador (1883)

Artículos 58 y 59

Art. 58. Los representantes de la nación en ambas cámaras son inviolables, en consecuencia ningún diputado ni senador será responsable en tiempo alguno por sus opiniones ya sean expresadas de palabra o por escrito.

Art. 59. Desde el día de la elección hasta quince días después de haber recesado el Poder Legislativo, no podrá iniciarse ni seguirse contra los representantes juicio alguno civil. Tampoco podrán ser juzgados, desde el día de la elección hasta quince días después del receso por los delitos y faltas que cometan, sino es por su respectiva cámara, para solo el objeto de deponer al culpado y someterlo a los tribunales comunes.

8. Constitución de 1885

Artículos 60 y 61

Art. 60. Los Representantes de la Nación son inviolables. En consecuencia, ningún Diputado ni Senador, será responsable en tiempo alguno por sus opiniones, ya sean expresadas de palabra o por escrito.

Art. 61. Desde el día de la elección hasta quince días después de haber recesado el Poder Legislativo no podrá iniciarse ni seguirse contra los Representantes juicio alguno civil.

Por los delitos graves que comentan desde el día de la elección hasta el receso no podrán ser juzgados sino por su respectiva Cámara, para el solo efecto de deponer al culpable y someterlo a los Tribunales Comunes.

Por los delitos menos graves y faltas que comentan durante el mismo período, serán juzgados por el Juez común competente; pero no podrán ser

detenidos o presos ni llamados a declarar sino después del receso.

Si hubiesen cometido algún delito grave antes de la elección, la Cámara respectiva, una vez averiguado el hecho, declarará nula la elección, y someterá al culpable a los Tribunales Comunes.

Si durante las sesiones fuere sorprendido algún Representante en flagrante delito podrá ser detenido por cualquiera persona o autoridad, y ésta lo pondrá dentro de 24 horas a disposición de la respectiva Cámara.

9. Constitución de 1886

Artículos 64 y 65

Art. 64. Los Representantes de la Nación son inviolables. En consecuencia ningún Diputado será responsable en tiempo alguno por sus opiniones ya sean expresadas de palabra o por escrito.

Art. 65. Desde el día de la elección hasta quince días después de haber recesado el Poder Legislativo, no podrá iniciarse ni seguirse contra los Representantes juicio alguno civil.

Por los delitos graves que cometan desde el día de la elección hasta el receso no podrán ser juzgados sino por la Asamblea para el solo efecto de deponer al culpable y someterlo a los tribunales comunes.

Por los delitos menos graves y faltas que comentan durante el mismo período, serán juzgados por el Juez competente; pero no podrán ser detenidos o presos, ni llamados a declarar sino después del receso.

Si hubiera cometido un delito grave antes de la elección la Asamblea, una vez averiguado el hecho, declarará nula la elección y someterá al culpable a los tribunales competentes.

Si durante las sesiones fuere sorprendido algún representante en flagrante delito, podrá ser detenido por cualquiera persona o autoridad y ésta lo pondrá dentro de veinticuatro horas a disposición de la Asamblea.

10. Constitución de El Salvador (1939)

Artículos 74, 75 y 76

Art. 74. Los Representantes de la Nación son inviolables. En consecuencia ningún Diputado será responsable en tiempo alguno por sus opiniones ya sean expresadas de palabra o por escrito.

Art. 75. Los Diputados por los delitos graves que cometieren desde el día de su elección hasta el fin del período para que fueren electos, no podrán ser juzgados sin que la Asamblea Nacional declare previamente que ha lugar a formación de causa; en cuyo caso depondrá al culpable y los someterá a los tribunales comunes.

Por los delitos menos graves y faltas que cometan durante el mismo período, serán juzgados por el Juez competente; pero no podrán ser detenidos o presos, ni llamados a declarar sino después de concluido el período de su elección.

Si se tratare de un delito cometido por un Diputado, antes de ser electo como tal, la Asamblea Nacional en caso de que en el proceso respectivo hubiere mérito para ser detenido, declarará nula su elección.

Si un Diputado fuere sorprendido en flagrante delito durante el período para que fue electo, podrá ser detenido por cualquiera persona o autoridad, con la obligación de ponerlo inmediatamente a disposición de la Asamblea Nacional, si ésta estuviere reunida, o a disposición de la Corte Suprema de Justicia, si estuviere en receso.

Art. 76. Las disposiciones de los dos artículos anteriores son extensivas a los Diputados de las Asambleas Constituyentes.

11. La Constitución de 1944

Consistió únicamente en reformas a la vigente de 1939 y no se modificaron los preceptos que estudiamos.

12. El Decreto de los tres poderes

El Decreto de los tres poderes de mayo de 1944 puso en vigencia la Constitución de 1886, pero no modificó las disposiciones estudiadas en este trabajo.

13. Constitución de 1950

Artículos 43, 44 y 45

Art. 43. Los Diputados representan al pueblo entero y no están ligados por ningún mandato imperativo. Son inviolables y no tendrán responsabilidad en tiempo alguno por las opiniones o votos que emitan.

Art. 44. Los Diputados no podrán ser juzgados por delitos graves que cometan desde el día de su

elección hasta el fin del período para que fueron elegidos, sin que la Asamblea Legislativa declare previamente que hay lugar a formación de causa. En este caso deberá destituir al culpable y someterlo a los tribunales comunes.

Por los delitos menos graves y faltas que cometan durante el mismo período, serán juzgados por el Juez competente; pero no podrán ser detenidos o presos, ni llamados a declarar, sino después de concluido el período de su elección.

Si un Diputado fuere sorprendido en flagrante delito, dentro del período de su elección, podrá ser detenido por cualquier persona o autoridad, quien estará obligado a ponerlo inmediatamente a disposición de la Asamblea, si estuviere reunida, o a disposición de la Comisión Permanente, si aquella estuviere en receso.

Art 45. Las disposiciones contenidas en los artículos 40, 41, 42, 43 y 44 de esta Constitución, son extensivas a los Diputados de las Asambleas Constituyentes.

14. Constitución de 1962

Artículos 44 y 45

Art. 44. Los Diputados representan al pueblo entero y no están ligados por ningún mandato imperativo. Son inviolables y no tendrán responsabilidad en tiempo alguno por las opiniones o votos que emitan.

Art. 45. Los Diputados no podrán ser juzgados por delitos graves que cometan desde el día de su elección hasta el fin del período para que fueron elegidos, sin que la Asamblea Legislativa declare previamente que hay lugar a formación de causa. En este caso deberá destituir al culpable y someterlo a los tribunales comunes.

Por los delitos menos graves y faltas que cometan durante el mismo período, serán juzgados por el Juez competente; pero no podrán ser detenidos o presos, ni llamados a declarar, sino después de concluido el período de su elección.

Si un Diputado fuere sorprendido en flagrante delito, dentro del período de su elección, podrá ser detenido por cualquier persona o autoridad, quien estará obligado a ponerlo inmediatamente a disposición de la Asamblea, si estuviere reunida, o a disposición de la Comisión Permanente, si aquella estuviere en receso.

15. Constitución de 1983

Art. 125. Los Diputados representan al pueblo entero y no están ligados por ningún mandato im-

perativo. Son inviolables, y no tendrán responsabilidad en tiempo alguno por las opiniones o votos que emitan.

