

Aproximación al Derecho Penal parlamentario: inviolabilidades

Josè L. González Cussac
Catedrático de Derecho Penal
M.^a Luisa Cuerda Arnau
Titular de Derecho Penal
Universitat Jaume I (Castellón)

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. A PROPÓSITO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.—3. SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: EL CASO DE LAS FALSEDADES DE LOS SENADORES.—4. UN APUNTE SOBRE LA NATURALEZA PENAL DE LA INVIOABILIDAD.

1. PLANTEAMIENTO

Las inviolabilidades, junto a las inmunidades, las exenciones y los fueros, constituyen los llamados *límites personales a la ley penal*¹. En nuestro ordenamiento alcanzan a diversas personas en razón del cargo que desempeñan, desde los parlamentarios, hasta al Jefe del Estado, pasando por los magistrados del Tribunal Constitucional, el Defensor del pueblo y sus Adjuntos, el personal diplomático extranjero, así como una interminable lista de otros funcionarios de diversa naturaleza, especialmente los integrantes del poder judicial.

¹ Siendo conscientes de la discusión terminológica existente, hemos optado, aun provisionalmente, por la que parece más asentada y extendida. Cfr. COBO/VIVES, *Derecho Penal. P. G.*, 4.^a ed., Valencia, 1996, págs. 211-216; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALAREE, *Manual de Derecho Penal. P. G.*, 4.^a ed., Barcelona, 1994, págs. 183 y ss.; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Curso de Derecho Penal. P. G.*, Barcelona, 1996, págs. 148 y ss. Puede verse también J. M. PERIS RIERA, «Prerrogativas parlamentarias y Parlamentos Autónomos», *Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación*, Valencia, 1988, págs. 16 y ss.

Se trata de un conjunto de prerrogativas, privilegios o garantías que presentan una multitud de problemas ya desde sus orígenes, y no sólo en el ámbito del Derecho penal, sino que, de un modo directo, afectan también al Derecho constitucional y al Derecho procesal. De ahí que en esta materia se discuta casi todo, desde los conceptos, fundamento, naturaleza, ámbito o límites, hasta su misma necesidad en los sistemas democráticos actuales².

Esta complejidad del tema, que a la vez lo hace muy atractivo y sugerente, motivó que con algunos colegas y compañeros de universidad de las disciplinas antes mencionadas, iniciáramos un largo proyecto de investigación que, financiado por la CICYT, se halla todavía en curso de realización. Y precisamente deseamos exponer esta circunstancia porque, sin duda, condiciona de manera decisiva el presente trabajo. Y lo hace, porque por fuerza no puede tener carácter definitivo ni exhaustivo. De modo que, atendiendo a estas razones y al medio en que se publica, nos limitaremos a hacer algunas reflexiones acerca de la inviolabilidad de los parlamentarios, que es, por lo demás, la que mayor interés ha despertado, tanto en jurisprudencia como en doctrina.

Pero tampoco ésta va a ser abordada en su totalidad, limitándonos a plantear algunas cuestiones que, a nuestro juicio, y en este instante, merecen mayor atención. Recuérdese a este respecto que la inviolabilidad, junto a la inmunidad, la incompatibilidad y la retribución, conforman el *status* o estatuto del parlamentario³, pero es ésta, sin lugar a dudas, la que posee una más significativa trascendencia jurídico-penal. Pero al mismo tiempo, no debe olvidarse que la inviolabilidad *stricto sensu* —aunque no siempre con la misma intensidad— alcanza en Derecho español a otras personas, como son el Jefe del Estado, los magistrados del Tribunal Constitucional, y el Defensor del pueblo y sus Adjuntos⁴, aunque incomprensiblemente —habida cuenta de la incidencia de las instituciones afectadas en la configuración de nuestro Estado de Derecho— sea casi nula la atención que, de ordinario, se les depara.

² A título de ejemplo, y centrándonos en la inviolabilidad de los parlamentarios en Derecho español, pueden verse los trabajos de E. GARCÍA, *Inmunidad parlamentaria y Estado de partidos*, Madrid, 1989; P. FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, *La inviolabilidad e inmunidad de los diputados y senadores. La crisis de los privilegios parlamentarios*, Madrid, 1990; L. RODRÍGUEZ RAMOS, «Inviolabilidad e inmunidad de los parlamentarios», *Estudios en honor al prof. O. Pérez Vitoria*, vol. II, Barcelona, 1983, págs. 847 y ss.; J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, «La inviolabilidad e inmunidad parlamentaria», *RFDUC*, 64, 1982; L. PORTERO GARCÍA, *La inviolabilidad e inmunidad parlamentaria*, Málaga, 1979; A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, «Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias», *Comentarios a las leyes políticas*, vol. VI, Madrid, 1982; L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «El amplio margen de libertad en el uso de los privilegios parlamentarios y su incidencia sobre los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 4, núm. 11, 1984; y muy especialmente todos los estudios y el debate contenido en el número 46 de *Cuadernos y Debates*, publicado por el Centro de Estudios Constitucionales (1994).

³ Así, M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, *La inmunidad parlamentaria en Derecho español*, Valencia, 1996, págs. 9 y ss.

⁴ Así lo entiende ya la doctrina penal mayoritaria, cfr. COBO/VIVES, *DPPG*, cit., pág. 211; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. P. G.*, 2.^a ed., Valencia, 1996, pág. 190.

Como es sabido, la inviolabilidad parlamentaria encuentra asiento expreso en el artículo 71.1 de la Constitución, al señalar que: «*Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones*». Junto a este precepto, y al margen de lo dispuesto por los diferentes Estatutos de Autonomía para los miembros de sus respectivas Asambleas legislativas, debe mencionarse el artículo 10 del Reglamento del Congreso de los Diputados, a cuyo tenor: «*Los Diputados gozarán de inviolabilidad, aun después de haber cesado su mandato, por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones*». Por su parte, el artículo 21 del Reglamento del Senado dispone que: «*Los Senadores gozarán, aun después de haber cesado en su mandato, de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en actos parlamentarios y por los votos emitidos en el ejercicio de su cargo*».

Por lo que se refiere al Código Penal de 1995 —junto a los clásicos, aunque reformados, delitos contra las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, comprendidos en los artículos 492 y siguientes del Capítulo III (*De los delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes*), dentro del Título XXI (*Delitos contra la Constitución*)—, ha de destacarse el novedoso artículo 499, que, a modo de cláusula de cierre del sistema de tutela del poder legislativo que consagra el principio de separación de poderes, castiga a la autoridad o funcionario público que *quebrantare la inviolabilidad de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma*. No obstante, debe advertirse, como subraya la doctrina mayoritaria, que en este precepto se protege la inviolabilidad de las Cámaras como tales, y no la de sus miembros. Es decir, se refiere a la proclamada en el artículo 66.3 y no al 71.1 de la Constitución⁵.

2. A PROPÓSITO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

A diferencia de lo sucedido en relación con la inmunidad, existe un alto grado de acuerdo en elogiar el correcto y preciso desarrollo que el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo de la inviolabilidad, coincidiendo a la vez con la doctrina constitucional mayoritaria, tanto española como extranjera⁶. No obstante compartir esta valoración positiva, tras una sintética exposición de esta doctrina, se expondrán algunos extremos que, en nuestra opinión, deberían corregirse o clarificarse.

⁵ Por todos, ver CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Valencia, 1996, pág. 1978.

⁶ En este mismo sentido se ha pronunciado recientemente M. ALBA NAVARRO, «Prerrogativas parlamentarias y jurisprudencia constitucional», *Cuadernos y Debates*, núm. 9, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, págs. 8 y ss.

2.1. El *concepto, contenido y naturaleza* de la inviolabilidad parlamentaria se ha trazado desde su entendimiento como *un privilegio de naturaleza sustantiva*, que en modo alguno puede concebirse como un *privilegio personal o un derecho personal*, sino que se conceden «*como derechos reflejados de los que goza el parlamentario en su condición de miembro de la Cámara legislativa y que sólo se justifican en cuanto son condiciones de posibilidad del funcionamiento eficaz y libre de la institución*» (STC 9/1990, de 18 enero). Así pues, se vienen configurando como *privilegios o prerrogativas funcionales* (ATC 147/1982, de 22 abril) adscritas a una finalidad objetiva a la que, a continuación, haremos referencia. En suma, como categóricamente señala el ATC 526/1986, de 18 de junio, *no es un privilegio personal que transforme los desayunos del Ritz en actos parlamentarios, sino sólo un reflejo del que goza como miembro de la institución*. De todo ello naturalmente se infiere que no son disponibles, esto es, que el parlamentario no puede renunciar a estas garantías⁷.

2.2. Por otra parte, la *justificación o fundamento* último de su existencia, viene a su vez íntimamente ligado a su *finalidad*. Afirmandose que el interés a cuyo servicio se encuentra establecida la inviolabilidad es *la libre discusión y decisión parlamentaria*, garantizando la «*freedom for speech*» genéricamente reconocida en los diferentes sistemas constitucionales. Desde esta perspectiva «*se orienta a la preservación de un ámbito cualificado de libertad en la crítica y en la decisión, sin el cual el ejercicio de las funciones parlamentarias podría resultar mediatizado y frustrado por ello el proceso de libre formación de voluntad del órgano*». De ahí que esta garantía posea un carácter *perpetuo*, cubriendo al parlamentario incluso una vez cesado su mandato⁸.

En definitiva, y como parece claro, la inviolabilidad se justifica por la necesidad de impedir la intromisión de los otros poderes públicos o de intereses particulares, en el transcurso del procedimiento de formación de voluntad del poder legislativo, así como de su exteriorización mediante la opinión y el voto, permitiendo una absoluta libertad de expresión, crítica, discusión y decisión, exclusivamente sometida al control de constitucionalidad y a la potestad disciplinaria de las propias Cámaras.

A nuestro entender, la inviolabilidad trata de garantizar la independencia del poder legislativo, y a la vez expresa la supremacía o preponderancia del Parlamento como depositario de la soberanía popular y como poder legítimo, fundamental y cuasi exclusivo en la creación del Derecho. Y precisamente lo rotundo de estas afirmaciones es lo que quizás echamos

⁷ Además de las resoluciones citadas en el texto, véanse las SSTC 36/1981, de 12 noviembre; 51/1985, de 10 abril; 90/1985, de 22 julio; 243/1988, de 19 diciembre; 9/1990, de 18 enero; 22/1997, de 11 febrero; y 30/1997, de 24 febrero. Asimismo, AATC 147/1982, de 22 abril, y 526/1986, de 18 junio.

⁸ Así, SSTC 122/1983, de 16 diciembre; 51/1985, de 10 abril; 243/1988, de 19 diciembre; 9/1990, de 18 enero; 206/1992, de 27 noviembre, y 22/1997, de 11 febrero.

de menos en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Y no ya por su valor testimonial o ideológico —que no es poco— sino porque de la convicción de este planteamiento depende directamente el grado de equilibrio entre los diversos poderes, o sea, la separación de los mismos y la vigencia real del principio de división jurídica de poderes⁹. De todo ello se deriva, a su vez, el establecimiento de los límites reales del control del Tribunal Constitucional de los actos del Parlamento¹⁰, así como de la intervención de la justicia ordinaria en el enjuiciamiento de la actividad parlamentaria, esclareciendo qué ha de entenderse por *delitos parlamentarios o de los parlamentarios*¹¹. En conclusión, falta un mayor énfasis en la afirmación y defensa del principio y función representativa; carencia que quizás se deba a la intromisión o extralimitación en que el propio Tribunal Constitucional ha incurrido, sobre todo en materia de inmunidad¹².

2.3. En tercer lugar, la jurisprudencia constitucional describe con nitidez los *efectos* de la inviolabilidad parlamentaria: los parlamentarios no pueden ser sometidos a procedimiento alguno por las opiniones ni por los votos que emitan en el seno de la Cámara de la que formen parte. Es decir, garantiza la *irresponsabilidad jurídica* por las opiniones manifestadas y por los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones, o, dicho en otros términos, alcanza tanto a la responsabilidad penal como a la civil y posee un carácter automático, que no precisa para poder aplicarse por los Tribunales de ninguna clase de autorización previa de las Cámaras respectivas. En este sentido no debe confundirse con la inmunidad¹³.

2.4. En cuarto lugar, ha de abordarse el problema del *ámbito de aplicación* de la inviolabilidad parlamentaria o, si se prefiere, responder hasta dónde llega y qué actuaciones cubre exactamente esta garantía. Empleando las palabras del Tribunal Constitucional, es el momento de fijar los límites de la inviolabilidad parlamentaria.

Concretamente, la jurisprudencia ha establecido una doble delimitación, la primera de carácter *material* y la segunda *funcional*.

La delimitación *material* supone que la inviolabilidad no ampara cualesquiera actuaciones de los parlamentarios, sino únicamente alcanza a sus declaraciones de juicio o de voluntad, esto es, a sus *opiniones*¹⁴. *De ello se*

⁹ En este sentido, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Inmunidad parlamentaria y separación de poderes», *Cuadernos y Debates*, núm. 46, cit.

¹⁰ Al respecto resulta paradigmática la STC 90/1985, de 22 julio.

¹¹ A este respecto resulta a la vez que interesante muy discutible la tesis propuesta por F. ZAGREBELSKY, consistente en aplicar los delitos de los funcionarios públicos, lo que en este materia comportaría no pocas matizaciones; *Le immunità parlamentaria. Natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Torino, 1979.

¹² De nuevo nos remitimos a los trabajos y discusiones contenidos en el núm. 46 de *Cuadernos y Debates*.

¹³ Cfr. las SSTC 36/1981, de 12 noviembre; 243/1988, de 19 diciembre, y 9/1990, de 18 enero, así como ATC 340/1993, de 15 noviembre.

¹⁴ STC 51/1985, de 10 abril.

*deduce que alcanzará a cualquier clase de delitos cuya estructura típica descansa exclusivamente en la exteriorización de una opinión, o sea, en la manifestación de voluntad, pensamiento o conocimiento. Así, su ámbito de aplicación usual se centrará en los tipos de calumnias, injurias, amenazas, falsedades, y descubrimiento y revelación de secretos (intimidad), etc. Pero en ningún modo podrá extenderse a figuras donde además de una opinión se requiera otras actuaciones, como, por ejemplo, las coacciones, que precisan violencia*¹⁵. Mas allá de estas restricciones, que son las únicas que fija el texto constitucional, el intérprete no puede añadir ninguna nueva, pues ello comportaría restringir injustificadamente el fundamento y finalidad para los que se ha creado, debilitando la independencia del parlamento. De modo que tienen razón MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN al rechazar ciertos intentos doctrinales de limitar su cobertura a las expresiones sobre hechos cuestionables, pero negándola en supuestos de amenazas, injurias y calumnias¹⁶.

Probablemente, este intento de restringir en nuestro ordenamiento la operatividad de las inviolabilidades procede de un impulso reflejo del sistema alemán. Y ciertamente, tanto la Ley Fundamental (*GG*) en su artículo 46, como el Código Penal (*StGB*), en su § 36, excluyen expresamente de la cobertura de las inviolabilidades, las injurias calumniosas o difamatorias (*verleumderische Beleidigungen*). Pero lo cierto es que ni en nuestro texto constitucional, ni en el punitivo, se contienen estas excepciones; las cuales, incluso en el Derecho alemán se encuentran, por otra parte, mas limitadas de lo que pudiera parecer en un principio¹⁷.

En conclusión, la indemnidad abarca cualquier expresión o voto emitido en el ejercicio de su función. Como acertadamente ha puntualizado la doctrina mayoritaria alemana, por votos emitidos no debe entenderse la votación global necesaria para aprobar por mayoría la adopción de un proyecto, sino únicamente el voto de cada uno de los parlamentarios. Asimismo, el concepto de expresión u opinión, no sólo comprende las manifestaciones de opinión, sino también las afirmaciones de hechos y las declaraciones de voluntad, cualquiera que sea su medio de expresión. Por el contrario, no están amparadas por la indemnidad las meras vías de hecho¹⁸.

La segunda delimitación es de carácter *funcional*, y —como reconoce el propio Tribunal Constitucional— está plagada de dudas, pues se discute si la prerrogativa ampara todas las actuaciones de *relevancia política*, o,

¹⁵ Inexplicablemente lo acepta P. FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, *La inviolabilidad...*, cit., pág. 25.

¹⁶ *Derecho Penal. P. G.*, 2.^a ed., Valencia, 1996, pág. 187.

¹⁷ Así, LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24.^a ed., Munich, 1991, pág. 593, n.º marginal 4, donde se hace referencia al § 90.III, de injurias al Estado y sus símbolos; § 103, injurias contra órganos y representantes de Estados extranjeros; § 109.d, referido a propaganda subversiva contra las fuerzas armadas federales; § 187, sobre difamaciones o calumnias públicas, y § 187.a), ap. 2.º, concerniente a calumnias contra personas que desempeñan un cargo político y con aptitud para perjudicarles en su faceta política. *Vid.*, asimismo, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 2.^a vol., Berlín-New York, 1985, n.º marginal 12.

¹⁸ *Vid.*, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, cit., n.º marginales 6 y 7; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., pág. 593, n.º marg. 4

por el contrario, sólo abarca aquellas en que se actúa como miembro del órgano colegiado, cesando cuando despliega su actividad fuera o al margen de sus funciones parlamentarias, y con independencia de su trascendencia política. Para la jurisprudencia el nexo entre inviolabilidad y ejercicio de las funciones propias de parlamentario aparece nítidamente en el propio artículo 71.1; salvo que el término *funciones* no se interprete jurídicamente, sino sociológicamente y en un sentido inespecífico. Así pues, garantiza las manifestaciones en el desempeño de las funciones propias de parlamentario, esto es, en la medida que participe en *actos parlamentarios y en el seno de cualquiera de las articulaciones de las Cortes Generales*.

Esta tesis se confirma con lo dispuesto en el artículo 67.3 de la Constitución, que vincula los privilegios parlamentarios con el funcionamiento regular de las asambleas y de sus órganos, de suerte que la inviolabilidad queda sujeta a la disciplina parlamentaria, «*decaendo tal protección cuando los actos hayan sido realizados por su autor en calidad de ciudadano (de político incluso) fuera del ejercicio de sus competencias y funciones que le pudieran corresponder como parlamentario*». En este sentido, las funciones relevantes para el artículo 71.1 no son todas las realizadas por un parlamentario, sino que se extiende sólo a aquellas «*imputables a quien, siéndolo, actúa jurídicamente como tal*». Debe pues prevalecer una interpretación estricta, que, no obstante, puede amparar «*actos exteriores a la vida de las Cámaras, que no sean sino reproducción de un acto parlamentario*» (STC 51/1985 de 10 abril)¹⁹.

También la doctrina mayoritaria se ha manifestado a favor de una interpretación estricta de esta prerrogativa, señalando precisamente este segundo límite como el lugar apropiado para establecer las restricciones. En este sentido se dice que la función parlamentaria viene fijada en el artículo 66.2 de la Constitución, y consiste en el ejercicio de la potestad legislativa del Estado, la aprobación de los presupuestos y el control de la acción del Gobierno, ya sea en el Pleno, ya sea en las Comisiones²⁰.

Ahora bien, como señala la doctrina alemana, al decir la norma que sólo ampara las manifestaciones realizadas en el seno del órgano o de sus comisiones, no se refiere a que deban ser hechas dentro del edificio del Parlamento o de la sala de reuniones de la respectiva comisión. Lo que se quiere decir es que debe tener una relación directa con la tarea parlamentaria. A su vez, la doctrina germana maneja un concepto amplio de comisión, incluyendo no solo las parlamentarias en sentido estricto, sino también la denominada *Präsidium* y las comisiones de investigación referidas en el artículo 44 de la Ley Fundamental. Asimismo, existe acuerdo en incluir las reuniones de los grupos parlamentarios y las de sus grupos de trabajo. No obstante, excluyen, con todo acierto, la comparecencia de un

¹⁹ Ver SSTC 30/1986, de 20 febrero; 243/1988, de 19 diciembre; 9/1990, de 18 enero, y 206/1992, de 27 noviembre.

²⁰ Así, por todos, *vid.* MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. P. G.*, cit., págs. 188-189.

parlamentario como testigo ante una comisión de investigación, incluso cuando su declaración versa sobre una cuestión relacionada con su tarea de diputado. Más dudoso es si resultan amparados por sus manifestaciones los miembros de las comisiones de mediación del artículo 77.2 GG, los de las comisiones electorales mencionadas en el artículo 95.2 GG, así como los de las comisiones conjuntas a que se refiere el artículo 53.a) GG. Por lo demás, comúnmente se admite que no están amparadas las declaraciones efectuadas fuera del Parlamento o de las comisiones, incluidas las realizadas por un parlamentario ante la prensa por encargo de su grupo, ni las vertidas en un acto electoral, ni, en fin, las conversaciones privadas entre los parlamentarios²¹.

2.5. La última cuestión a tratar hace referencia a la vinculación de la inviolabilidad con el artículo 23.2 de la Constitución, y por consiguiente con la correcta justificación en la interposición de un recurso de amparo por parte del parlamentario afectado. Tradicionalmente el Tribunal Constitucional ha sostenido esta conexión, incorporando esta prerrogativa al contenido del derecho fundamental «*a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalan las leyes*» (art. 23.2 CE)²².

A nuestro juicio, este asiento de la inviolabilidad en el artículo 23.2 de la Constitución no resulta del todo convincente. Y aunque no es el momento idóneo para desarrollar esta idea —por las razones ya apuntadas en el apartado primero de este trabajo— sí vamos, cuanto menos, a enunciarla. Ello desde luego no significa que profesemos un entendimiento de las inviolabilidades como excepciones al principio de igualdad, pues es obvio que la diferencia de trato está más que justificada en razón del fundamento objetivo de la institución, que no es otro que garantizar la independencia y la libre decisión del Parlamento. De modo que, al no configurarse como privilegios personales sino funcionales, la especial posición de los parlamentarios en el ejercicio de su función justifica su desigual posición frente a la ley penal. En consecuencia, no vulnera el principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución. Pero entonces no acaba de entenderse su vinculación al artículo 23.2, que, por imperativo de una interpretación que le conceda un margen de vigencia distinto al reconocido en el artículo 14, lógicamente tendrá un contenido diverso. Y este contenido no es otro que una genérica llamada a la igualdad en el acceso a la función pública. Y si la inviolabilidad consiste en una diferencia de trato —lo que, al menos conceptualmente, representa una desigualdad— no queda del todo claro cómo resulta compatible la pretensión de garantizar la igualdad en el acceso con el mantenimiento de una diferencia (desigualdad). O dicho al revés, no se comprende cómo la desigualdad-di-

²¹ Así, TRÖNDLE, *ob. cit.*, § 36, n.º marg. 8, 9, 10 y 11; cfr. LENCKNER, *ob. cit.*, § 36, n.º marg. 4.

²² Ver, por todas, la STC 22/1997, de 14 marzo, en cuyo FJ 2.º se citan otras muchas en este mismo sentido.

ferencia (inviolabilidad) se vincula al contenido del derecho a la igualdad de acceso. Así pues, aunque la inviolabilidad no atente al principio de igualdad, sí lo hace a la idea de igualdad, y por consiguiente no puede justificarse en este ámbito.

Estas contradicciones lógicas ponen al descubierto que quizá el lugar correcto para ubicar la inviolabilidad como derecho fundamental no sea el referido artículo 23.2, sino —como ya comienzan a sugerir algunas resoluciones— el derecho a la tutela judicial comprendido en el artículo 24.1 de la norma fundamental²³. Concretamente, es la STC 30/1997, de 24 de febrero, la que de un modo más explícito se refiere a este precepto; en ella —tras calificar la inviolabilidad como un *verdadero límite a la jurisdicción que tiene carácter absoluto*, y aun sin cerrar por completo la vulneración del artículo 23.2— se afirma que *«también, en relación con sus efectos procesales, el del demandado a la tutela efectiva, puesto que en estos casos su prerrogativa constitucional determina la carencia absoluta de jurisdicción del órgano ante quien aquel proceso se plantea. El interés legítimo del parlamentario en la tutela de un valor constitucional se materializa así en la inviolabilidad de sus opiniones y, por consiguiente, en la exclusión de la jurisdicción respecto a ella»*. Y no ha de sorprender que se afirme la conexión con el derecho a la tutela judicial en supuestos como la inviolabilidad, donde el juez protege al parlamentario mediante su no intervención. Y no ha de sorprender porque en estos casos la tutela judicial consiste justamente en rechazar la demanda, pues es así como salvaguarda el interés constitucional.

Todo lo dicho hasta el momento respecto a los integrantes de las Cortes Generales, es perfectamente aplicable a los miembros de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, pues —como ha reiterado el Tribunal Constitucional— aunque la Constitución guarde silencio sobre la inviolabilidad de estos parlamentarios, son los Estatutos de Autonomía, *en cuanto norma institucional básica* de cada Comunidad, los encargados de regularla²⁴. Por regla general, en ellos no se extiende la inviolabilidad más allá del tenor del artículo 71.1, salvo la inclusión expresa, junto a las opiniones, de los votos emitidos.

3. SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: EL CASO DE LAS FALSEDADES DE LOS SENADORES

En términos generales, puede afirmarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo discurre, en materia de inviolabilidad, dentro de los cauces trazados por el Tribunal Constitucional, y que acabamos de examinar. No obstante, y como hasta cierto punto es lógico, sus pronunciamientos

²³ Cfr. las SSTC 205/1990, de 13 diciembre, y 140/1995, de 28 septiembre.

²⁴ Así ya desde las SSTC 36/1981, de 12 noviembre (art. 26 Estatuto de Euskadi), y 122/1983, de 16 diciembre (art. 11.3 del Estatuto de Galicia).

son muy escasos, y en ellos, generalmente, se ha abordado esta cuestión en relación a la inmunidad, por lo que existe un escaso cuerpo de doctrina, y el existente no deja de ser excesivamente genérico.

En este contexto, tanto de la inviolabilidad como de la inmunidad, se afirma que «*no constituyen unos privilegios, sino los instrumentos técnico-jurídicos que se han considerado necesarios para, como acaba de decirse, proteger con eficacia el ejercicio de las funciones antes señaladas*»; es decir, aquellas por cuya virtud los Diputados y Senadores «*forman las Cortes Generales y ejercen la potestad legislativa del Estado, además del resto de las funciones que les encomienda el artículo 66 de la Constitución*». De ahí que el fundamento y finalidad de esta prerrogativa consista en salvaguardar y garantizar el ejercicio libre de tan importantes tareas en todo Estado de Derecho. Por otra parte, su entendimiento como prerrogativas, y no como privilegios personales, permite a la jurisprudencia sostener que *no son renunciables*, puesto que pertenecen a la Institución y no a cada uno de los parlamentarios aisladamente considerados. Será consecuentemente la Cámara, y no individualmente cada uno de sus miembros, la que decide y custodia estos derechos. Y, en todo caso, siempre ha de operarse con una interpretación en sentido estricto de estas prerrogativas²⁵. Por último, reiteradamente se afirma que «*el fuero sólo se extingue con el mandato respecto a la inmunidad, pero acompaña al diputado más allá de su cese en cuanto a la inviolabilidad*»²⁶. De modo que se configura como una garantía absoluta y con efectos perpetuos.

Corresponde ahora examinar el caso de *las falsedades de los Senadores*. Y se cree oportuno hacerlo, por cuanto, sin ser el único²⁷, sí es el más significativo exponente de una línea jurisprudencial que —quizá por falta de convicción en la institución de la inviolabilidad, o justamente por todo lo contrario, esto es, por su *santificación*, o simplemente por evitar suspicacias o recelos en la opinión pública— no acude a su invocación para resolver algunas causas aparentemente claras, y *huye* en pos de otros mecanismos más comunes, como la ausencia de elementos típicos del delito correspondiente para terminar decretando el archivo de actuaciones.

Pero este heterodoxo modo de proceder no es tan inocuo como pudiera parecer, aunque *materialmente* se alcance la misma solución absolutoria a que se llegaría mediante la estimación sin más de la inviolabilidad. Y no lo es, porque esa huida de la inviolabilidad representa, en primer lugar, dejar de aplicar un precepto constitucional, transmitiendo una sensación de *culpabilidad o vergüenza* por adjudicar un privilegio. En segundo lugar, porque se despoja de protección al interés constitucional consistente en la

²⁵ ATS 15 diciembre 1993 (Causa Especial n.º 240/92).

²⁶ AATS 26 febrero 1991 (Causa Especial n.º 240/89) y 15 diciembre 1993 (Causa Especial n.º 240/92).

²⁷ Ver el ATS 26 febrero 1991 (Causa Especial n.º 240/89), donde se analiza un supuesto de delito de injurias y calumnias cometidos por una Diputada contra la Iglesia de la Cienciología, en unas declaraciones ante la prensa en sede parlamentaria.

independencia y libertad de expresión y decisión del poder legislativo. En tercer término, porque mediante el recurso a este tibio expediente, pudieran socavarse derechos fundamentales del parlamentario, y de forma especial el derecho a la tutela judicial, que le permite reclamar sin más el reconocimiento de su derecho a la *excepción de jurisdicción*, sin necesidad de verse sometido al examen de la concurrencia de los requisitos de una figura delictiva determinada y no tener que esperar, casi como un favor personal o en consideración a su *status*, alguna interpretación favorable que, forzando las exégesis ya consolidadas, le conceda la absolucón. Y la cuarta razón para afirmar la nocividad de esta orientación jurisprudencial, enlaza justamente con la anterior, por cuanto en ocasiones la Sala Segunda se ve abocada a forzar interpretaciones de figuras delictivas, o llanamente a cambiarlas, para lograr en el caso concreto una solución acorde con la tan socorrida *justicia material*. Naturalmente, estos giros interpretativos no son extendidos luego a otros supuestos en los que los implicados no son parlamentarios.

Con todo, aun existe una última razón para reclamar un cambio en la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia. Y ésta descansa en la necesidad de que este órgano jurisdiccional deje de actuar en una peligrosa frontera, que es la que separa sus competencias y funciones con las propias del poder legislativo, abandonando determinadas extralimitaciones en el control del Parlamento y de sus miembros. Con otras palabras, y reiterando lo ya dicho respecto al también excesivo intervencionismo del Tribunal Constitucional, ha de proclamarse sin rodeos el principio jurídico de separación de poderes y la supremacía e independencia absoluta del poder legislativo. Y la inviolabilidad es precisamente un mecanismo creado a tal efecto; de ahí la necesidad, incluso *educativa*, de su explícito uso por el Tribunal Supremo.

Pues bien, el caso en cuestión²⁸ comenzó con una denuncia contra tres Senadores por presuntos delitos de falsedad en documento público, cometidos, al parecer, por votar desde su escaño, con manos y pies, por otros compañeros de grupo parlamentario ausentes. El objeto de la presunta falsedad fue el Proyecto de Ley del IRPF, dictaminado por el Pleno del Senado en sesión celebrada el 9 de mayo de 1991. Comprobado el número excesivo de votantes respecto al de senadores presentes, por acuerdo unánime de la Mesa del día 13 de mayo del mismo año, se anularon las votaciones, celebrándose otras nuevas el día 16 de mayo. Pues bien, comparando las votaciones de los días 9 y 16 de mayo se observa que el resultado es el mismo.

Hasta aquí el relato de hechos probados. Respecto a los fundamentos jurídicos, la Sala asume los aducidos por el Ministerio Fiscal. Y éstos son muy claros: el exceso numérico detectado en la primera votación en nada pudo influir en lo sometido a debate, ya que los resultados se repitieron en

²⁸ ATS 21 septiembre 1992 (Causa Especial n.º 690/91).

la segunda sesión. A partir de ahí, se estima que no concurre uno de los principales requisitos del delito de falsedad, consistente en variar «*la esencia, sustancia o genuidad del documento pretendidamente alterado en sus extremos fundamentales y que la acción falsaria tendiera y, en definitiva, consiguiera una modificación de la real eficacia del destino o finalidad para lo que el documento fue creado*». En definitiva, se dice que no son de apreciar ni el elemento objetivo del tipo, ni tampoco el intencional o doloso, pues es difícil evidenciar la intencionalidad falsaria de los denunciados. Por todo ello se decreta el archivo de actuaciones.

No es éste el lugar para cuestionar la ausencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito de falsedad en el presente supuesto, pues existen muchas dudas al respecto. Pero esto es una cuestión secundaria, cuya discusión ni siquiera se debería haber producido, pues la Sala Segunda tenía que haber rechazado la demanda alegando, sin más, el artículo 71.1 de la Constitución. Por ello, no deja de sorprender que la jurisprudencia ordinaria no aplique la prerrogativa de la inviolabilidad en un supuesto donde, ni más ni menos, se entra a enjuiciar penalmente la esencia de la función parlamentaria, que consiste en emitir el voto. El Tribunal Supremo no puede juzgar ni las opiniones ni los votos emitidos por los parlamentarios porque están exceptuados a su control, representando *límites a la ley penal*. Pero aún es más grave su intromisión en los resultados de la votación global, lo que sitúa su actuación al borde del quebrantamiento de la inviolabilidad de las Cortes Generales (art. 499 CP).

Mayor es el relieve que cobra esta *huida* de la inviolabilidad parlamentaria, si se compara con la agilidad que el Tribunal Supremo la estima —ahora sí *ad limine*, directa y expresamente— cuando afecta al Jefe del Estado²⁹.

4. UN APUNTE SOBRE LA NATURALEZA PENAL DE LA INVOLABILIDAD

A estas alturas, es de sobra conocido por todos la discusión acerca de la naturaleza juríco-penal de la inviolabilidad en general, y de la parlamentaria en especial. La polémica es tan antigua como irreconciliables las posturas, hasta el extremo de haber monopolizado el debate, orillando el análisis de otras cuestiones quizás más relevantes. No tiene sentido pues, en este lugar, reproducir unas y otras. Y más cuando en el trabajo que GÓMEZ BENÍTEZ publicara en 1982³⁰ se contiene una espléndida exposición del estado de opinión de la doctrina alemana, italiana y española. Por ello es suficiente, para los fines aquí perseguidos, añadir dos ideas, y

²⁹ Así, ATS 17 febrero 1992 (Causa Especial n.º 1970/91), que acude sin más al art. 56.3 de la Constitución, declarando que la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad.

³⁰ «La inviolabilidad y la inmunidad parlamentaria», *RFDUC*, núm. 64, 1982, especialmente págs. 51 a 67.

después apuntar los argumentos que nos hacen inclinarnos por una de las soluciones posibles.

La primera observación pretende recordar sintéticamente las cuatro opciones existentes. En las tres primeras se le otorga una naturaleza material, mientras que en la cuarta se le atribuye una naturaleza exclusivamente procesal. Entre las concepciones materiales, se encuentran: a) la que la considera una *causa de justificación*, que remite al cumplimiento de un deber o al ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7 CP); b) su entendimiento como una *causa personal de exclusión de la pena* (excusa absolutoria); y, c) se disciplina como una *causa de inimputabilidad*. Por último, hay quienes le atribuyen un carácter meramente procesal, configurándola como meros obstáculos procedimentales³¹. Sin duda, han sido las dos primeras las que han contado con mayores seguidores, hasta el extremo de haberse prácticamente abandonado en la actualidad las dos últimas, pues, como resulta obvio, resultan difícilmente defendibles.

La segunda matización consiste en recordar que, desde el trabajo antes reseñado de 1982, la doctrina mayoritaria española sigue defendiendo su naturaleza de *causa personal de exclusión de la pena*, como lo atestiguan las obras más recientes³². De igual forma, también la doctrina mayoritaria alemana sigue conceptuando la inviolabilidad como *causa personal de exclusión de la pena (Strafausschließungsgründe)*³³. Semejante concepción de la prerrogativa permite la posibilidad de sancionar a los partícipes y de ejercitar la legítima defensa frente al parlamentario, pues —y ésta es la cuestión central— su opinión o voto no dejaría de ser ilícito, aunque el ordenamiento jurídico le eximiera de responsabilidad. De modo que, como recientemente se ha vuelto a señalar por JAKOBS³⁴, su consideración como *causa personal de exclusión de la pena* sigue presentando una importante grieta, pues, al no alcanzar su eficacia a los partícipes, posibilitando su sanción, indirectamente se limita la libertad del parlamentario. De ahí que para el autor citado se trate de una *causa de exclusión del injusto por falta de tipicidad*.

Y ciertamente, ésta es una de las críticas tradicionalmente efectuadas a su entendimiento como *causas personales de exclusión de la pena*. Pese a ello, la debilidad de configurarlas como *causas de justificación* no es me-

³¹ Cfr. J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, ob. y loc. cit.

³² Cfr. L. RODRÍGUEZ RAMOS, «Inviolabilidad...», cit., págs. 847 y ss.; BUSTOS/HORMAZABAL, *Manual de Derecho Penal. P. G.*, cit., pág. 183; COBO/VIVES, *Derecho Penal. P. G.*, cit., pág. 213; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. P. G.*, cit., pág. 188; QUINTERO/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Curso de Derecho Penal. P. G.*, cit., págs. 148-149.

³³ Cfr. H.-H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed., trad. J. L. Manzanera Samaniego, Granada, 1993, pág. 501; E. SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, T. I, Parte general, 6.ª ed., 1995, § 36, n.º marg. 5; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, ob. cit., § 36, n.º marg. 2; T. LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch...*, cit., n.º marg. 1. Para una visión de conjunto, vid. R. BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, Berlín, 1976, págs. 58-87.

³⁴ G. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., trad. J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, 1997, págs. 413-414, n.º marg. 15 y 16.

nor, pues ello supone afirmar que el hecho realizado por el parlamentario —una calumnia, injuria, amenaza o falsedad, por ejemplo— deja de ser considerado como ilícito, transformándose misteriosamente en ajustado a Derecho. O dicho de otra forma, que el parlamentario tenía *derecho* a injuriar, calumniar, amenazar o falsear. Y esto es, como insistentemente explica la doctrina mayoritaria, lo que de ningún modo resulta admisible.

Probablemente la razón para mantener su entendimiento como *causas de justificación* se deba a dos clases de argumentos utilizados incorrectamente, junto al deseo de extender la exención a los partícipes, bien sea con la intención de preservar la libertad del parlamentario, o por razones de justicia material.

A continuación, y para concluir este trabajo, exponaremos someramente las objeciones que, a nuestro juicio, cabe oponer a ese planteamiento.

El primer argumento utilizado incorrectamente gira en torno a la idea de *interés preponderante*. Así, con toda razón se afirma, como aquí también se ha hecho, que la independencia y libertad del Parlamento constituye un interés superior y preponderante sobre los otros bienes jurídicos en juego. Dicho interés constitucional justificaría —según ese razonamiento— la lesión de los otros intereses, transformando la conducta típica del parlamentario en ajustada o conforme a Derecho, esto es, convirtiéndola en lícita. Pero en esa argumentación se olvidan dos cosas esenciales. La primera que también los otros intereses en juego poseen reconocimiento en la Constitución, y además como derechos fundamentales (v. gr., honor e intimidad). Y en segundo lugar, que no ha de confundirse la preponderancia del Parlamento —algo indiscutible— con el hecho de que la acción lesiva cometida por el parlamentario represente el interés preponderante. De suerte que los términos de comparación se establecen entre la acción de injuriar, calumniar o amenazar, y como éstos no realizan ningún bien, mal puede afirmarse su valor superior. En definitiva, para no continuar deslizándose por un trazado equívoco, es menester distinguir entre el interés preponderante del Parlamento y otra cosa muy distinta, cual es la concreta acción típica y antijurídica llevada a cabo por el parlamentario, que no puede nunca considerarse como interés preponderante, porque sencillamente no salva ningún bien jurídico.

El segundo argumento que conduce a la confusión proviene de transformar en una paradoja lo que en realidad no lo es. Así se resalta la contradicción de configurar como *causa de justificación* la libertad de expresión y crítica de todo ciudadano extraparlamentario, mientras que se degrada a simple *causa de exclusión de la pena* la misma actividad cuando es practicada por un parlamentario en el ejercicio de sus funciones. Y así expuesto no deja de constituir, efectivamente, una contradicción. Pero, como advertíamos, la aparente paradoja tiene su origen en un defectuoso planteamiento de la cuestión o —lo que sería peor— en una deliberada manipulación del problema. La solución descansa en negar, como es obvio, la premisa mayor: también los parlamentarios gozan de idéntico derecho a la

libertad de expresión, y cuando transitan dentro de sus límites, naturalmente se encuentran amparados por una *causa de justificación*. Pero la inviolabilidad no consiste en reafirmar este derecho fundamental, pues entonces resultaría superflua. La inviolabilidad se configura como un plus, pero no del derecho de expresión personal —que entonces atentaría al principio de igualdad—, sino por razón del interés en la independencia del Parlamento. Así pues, podríamos trasladar aquí la interpretación que VIVES ANTÓN ha ofrecido de la *exceptio veritatis* en relación al conflicto entre los derechos al honor y a la libertad de expresión³⁵. Y es que, ciertamente, para evitar el efecto indeseable de desalentar al parlamentario en el ejercicio de sus funciones («*Chilling effect*»), el ordenamiento jurídico —en aras de ese interés superior— le ampara, además de con la *causa de justificación*, con una *causa de exención de la pena*, de tal suerte que la prerrogativa opera más allá de la *causa de justificación*, asegurando una absoluta impunidad por las opiniones expresadas en el ejercicio de su función.

En resumen, nada parece oponerse a su entendimiento como *causa de exclusión de la pena*. Es más, no parece existir otro mejor fundado. Ahora bien, si se cree conveniente extender su eficacia a los partícipes, nada impide hacerlo si, en lugar de configurarse como una *causa personal*, se le atribuye la naturaleza de *causa objetiva* de exclusión de la pena. Esta posibilidad —sin perjuicio de que deba ser objeto de ulteriores reflexiones— podría fundarse en dos consideraciones. De un lado, no sólo no existen obstáculos dogmáticos para ello, sino que el recurso a dicha fórmula está cada vez más extendido. Baste citar ahora dos ejemplos: la *exceptio veritatis* en los delitos de calumnias e injurias (arts. 207 y 210 CP) y la novedosa regularización fiscal espontánea (arts. 305.4, 307.3 y 308.4 CP). De otro lado, y como ya se ha dicho, no se trata de privilegios personales, sino de prerrogativas de carácter objetivo, y esa es razón suficiente para proyectar su eficacia a los partícipes, que es —como es sabido— el efecto que se deriva de otorgar naturaleza objetiva a las causas de exclusión de la pena.

³⁵ Con buenos argumentos ha mostrado este autor por qué la *exceptio veritatis* no constituye en nuestro ordenamiento una técnica de solución del conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor, y que su operatividad es meramente residual: excluye la punición en aquellos supuestos en que, aun concurriendo el tipo —esto es, incluso habiendo actuado el sujeto con inveracidad subjetiva o con temerario desprecio hacia la verdad— se acredita en el juicio la verdad objetiva de las imputaciones. Vid. T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte Especial*, con BOIX/ORTS/CARBONELL/G. CUSAC, Valencia, 1993, págs. 683 y ss.; del mismo autor, *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. 1, Valencia, 1996, págs. 1033-1034.

PROBLEMAS ACTUALES

