

LA PROBLEMÁTICA JURÍDICO-POLÍTICA DE LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA¹

SUMARIO: I. *Planteamiento histórico de la inmunidad.* 1. *Los precedentes medievales ingleses.* 2. *El modelo francés de inmunidad parlamentaria.* 3. *La inmunidad parlamentaria en el constitucionalismo europeo del siglo XIX.* II. *El significado jurídico-político de la inmunidad parlamentaria.* III. *Inmunidad parlamentaria y Estado de partidos.*

En el artículo 71 de la Constitución española de 1978 se recoge toda una serie de disposiciones relacionadas con el estatus parlamentario, encomendadas unas a atribuir a diputados y senadores los beneficios de lo que genéricamente se conoce como inmunidad parlamentaria y dirigidas, otras, a procurar a esos mismos representantes el derecho a percibir una asignación con cargo a los presupuestos del Estado.²

Por lo que respecta a la inmunidad no deja de ser significativo el hecho de que este tema haya sido entendido, en demasiadas ocasiones, desde una óptica exclusivamente jurídica, y no sólo, como cabría esperar en un principio, por procesalistas y penalistas, sino también por los estudiosos del derecho constitucional.³ Prescindiendo de las escasas

¹ Este ensayo forma parte de un trabajo más amplio que próximamente verá la luz en España en forma de libro, elaborado en el ámbito intelectual y en el marco físico del Instituto de Derecho Parlamentario de la Universidad Complutense de Madrid. Agradezco a su director, el doctor Pedro de Vega, sus valiosas sugerencias e indicaciones, que en nada reducen mi responsabilidad sobre las opiniones aquí expuestas.

² Dice el artículo 71 de la Constitución española:

“1. Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.

2. Durante el periodo de su mandato los diputados y senadores gozan asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara legislativa.

3. En las causas contra Diputados y Senadores será competente la sala de lo penal del Tribunal Supremo.

4. Los Diputados y Senadores percibirán una asignación que será fijada por las respectivas Cámaras.”

³ Es casi un tópico iniciar el estudio de la inmunidad aludiendo a la gran variedad de términos y acepciones que doctrina y derecho comparado emplean para referirse a ella, variedad que puede inducir fácilmente a error, ya que lo que en derecho italiano se conoce como *irresponsabilità* o *insindacabilità* se denomina en

y por lo demás marginales referencias contenidas en los ensayos de un Schmitt,⁴ un Habermas,⁵ un Bockelmann⁶ y en menor medida de un Zagrebelsky,⁷ son inexistentes los enfoques sociológicos de la misma. Considerado como un factor exógeno respecto de la lógica jurídica, el análisis de los supuestos sociopolíticos que de hecho condicionan el funcionamiento práctico de la inmunidad, ha sido reputado, sin apenas unas excepciones que las ya referidas, de irrelevante para la comprensión jurídica de esta figura.

En el mejor de los casos, lo que los cultivadores del derecho positivo parecen dispuestos a admitir es su trascendencia histórica, es decir, aceptar su presencia en el proceso de gestación inicial de la institución, pero sin que ello comporte, en modo alguno, reconocer su incidencia en la dinámica jurídica de la inmunidad. Sin embargo, y pese a sus detractores, es evidente que la especial contextura fáctico-normativa del Parlamento —deudora a su vez de una doble e insoluble condición de órgano representativo de la sociedad y de fuente creadora del derecho del Estado—⁸ exige e impone que el examen de los aspectos jurídicos de la inmunidad se efectúe al mismo tiempo que los sociopolíticos. ¿Cómo explicar las dificultades con que —como señala Bockelmann—⁹ frecuentemente topan jurisprudencia y doctrina para fijar con precisión los límites de la irresponsabilidad, o las dudas de las que se hace eco la ley fundamental de Bonn —acerca de la conveniencia o inconveniencia de introducir ciertos límites en la, hasta ahora, absoluta libertad de palabra de los representantes—,¹⁰ o la necesidad —apun-

español inviolabilidad, mientras que la *immunità* o *inviolabilità* italianas se traducen al español por inmunidad. Véase al respecto el clásico estudio de Herzog, "Les immunités parlementaires en droit comparé", *Revue d'Hist. Politique et Const.*, 1956, pp. 73 y ss. y más recientemente Pizzorusso, "Las inmunidades parlamentarias, un enfoque comparatista", *Revista Cortes Generales*, 1985, pp. 27 y ss.

⁴ Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1934, pp. 219 y 366-368.

⁵ Habermas, *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, 1981, p. 135, en nota.

⁶ Bockelmann, *Die Unverfolgbarkeit der Abgeordneten nach deutschen Immunitätsrecht*, Gotinga, 1951.

⁷ Zagrebelsky, *Le immunità parlamentari. Natura e limite di una garanzia costituzionale*, Turín, 1979.

⁸ Como es bien sabido, el punto de partida de la escuela alemana de derecho público del siglo XIX, y muy especialmente de Jellinek, es su consideración del Parlamento como órgano del Estado y no de la sociedad, circunstancia esta que en definitiva justifica y permite la exclusión de factores de tipo sociológico en los estudios propios de derecho parlamentario. Véase al respecto, entre otros, Pérez Rollo, *Introducción a la teoría del Estado*, Barcelona, 1980.

⁹ Bockelmann, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

¹⁰ En el artículo 46 de la ley fundamental de Bonn se afirma taxativamente que la inmunidad parlamentaria no es aplicable "a las ofensas calumniosas".

tada por Gomes Canotilho,¹¹ pero cada vez más sentida— de extender al menos una parte de los beneficios de la inmunidad a los grupos parlamentarios?

Obviamente todo este olvido de los factores sociopolíticos que en igualdad de condiciones con los normativos debieran integrar la dinámica real de la inmunidad no es casual, sino que, muy por el contrario, responde al deliberado y consciente propósito de un nutrido sector doctrinal, de evitar de alguna manera, todas aquellas situaciones en las que de una u otra forma se ponen a prueba los límites de lo que desde Weber se conoce como legitimidad racional-normativa. Y es que precisamente ocurre, como trataremos de demostrar más adelante, que la irresponsabilidad (el primero y más importante de los dos institutos que componen la inmunidad en sentido amplio), es uno de los contados casos en que la normatividad y juridicidad, características del llamado por Schmitt Estado legal por excelencia, quiebran radicalmente para permitir que, al menos por una vez en el constitucionalismo liberal, lo político se imponga a lo jurídico.¹²

En este orden de consideraciones y al servicio de estos objetivos, dividiré el desarrollo de este trabajo en los tres siguientes apartados:

En primer lugar, trataré de precisar los supuestos estructurales que propiciaron la aparición histórica de la inmunidad: la doctrina de división de poderes y la versión liberal del principio representativo.

En segundo término examinaré su proceso de conceptualización jurídica, prestando especial atención a dos categorías perfectamente diferenciadas a nivel doctrinal, como son las de vigencia y eficacia de los preceptos normativos.

Por último, para finalizar y aun a riesgo de parecer reiterativo, retomaré los supuestos inicialmente planteados para evaluar los efectos que la ideología democrática en forma de Estado de partidos haya podido tener sobre las raíces históricas de la inmunidad.

I. PLANTEAMIENTO HISTÓRICO DE LA INMUNIDAD

1. *Los precedentes medievales ingleses*

Innecesario parece advertir que sólo tiene sentido hablar de inmunidad en aquellas situaciones y circunstancias en que efectivamente

¹¹ Gomes Canotilho y Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 1982, vol. II, p. 171.

¹² Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, Madrid, 1971.

inciden las condicionantes políticas y sociales que posibilitaron la existencia del Estado constitucional y por ende del régimen parlamentario. En este sentido, la tesis de May y Anson, acerca de los precedentes medievales ingleses de la inmunidad, las llamadas "*freedom of speech*" y "*freedom of arrest*"¹³ resultan inaceptables fundamentalmente por una razón básica: la inexistencia de una solución de continuidad temporal entre los parlamentos del dualismo estamental *rex regnum* y el parlamentarismo liberal.¹⁴

A nivel institucional, es obvio que ninguna relación guardan entre sí la débil y, en ocasiones irrelevante, posición ocupada por las asambleas estamentales del medievo, con un régimen que, precisamente, tiene en la institución parlamentaria su principal seña de identidad. Pero estas distancias son aún más perceptibles en lo que se refiere al fenómeno representativo.¹⁵

El parlamentario medieval, más que un auténtico representante político, en el preciso y exacto sentido que este término llegara a tener para los teóricos del liberalismo, se consideraba y actuaba como un comisionado jurídicamente vinculado a las instrucciones contenidas en su cuaderno. Su misión consistía no en participar en la formación de una voluntad colectiva inexistente, sino en transmitir fielmente, de ma-

¹³ May, *Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, Londres, 1983; Ason, *The Law and Custom of the Constitution*, Oxford, 1986. Esta tesis cuenta todavía con numerosos partidarios en la doctrina española que utilizan precisamente el término privilegio para señalar tal continuidad, entre los que cabe citar a: Pérez Serrano, *La Constitución española de 1931*, Madrid, 1932, pp. 24 y ss.; Fraga Iribarne, "Los privilegios de los procuradores", *Revista de Estudios Políticos*, núms. 97-99, pp. 301 y ss.; Fraile, *Comentario al reglamento de las Cortes*, Madrid, 1973; Carro, *Derecho político*, Madrid, 1965. En sentido contrario, véase: Fernández Miranda, "Origen histórico de la inviolabilidad e inmunidad parlamentaria", *Revista de la Facultad Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 10, pp. 175 y ss.

¹⁴ La tesis de la continuidad histórica entre el antiguo régimen y el Estado constitucional tiene sus orígenes en la obra de Guizot, *Histoire des origines du gouvernement représentatif en Europe* (1851) siendo posteriormente recogida y popularizada por Tocqueville en *L'Ancien régime et la Revolution* (1856). (Por radical que fuera la revolución, fue, no obstante, menos innovadora de lo que se supone generalmente.) En lo que a la institución parlamentaria se refiere, esta tesis es defendida por Esmein, Prelot, o para citar a un autor contemporáneo Eberhard Schmitt, autor de una importante monografía expresivamente titulada *Repräsentation und Revolution, Eine Untersuchung zur genesis der Kontinentalen theorie und Praxis parlamentarischer Repräsentation aus der Herrschaftspraxis des Ancien Régime in Frankreich*, Munich, 1969.

¹⁵ Sobre las diferencias entre la representación medieval y la moderna, véase Jellinek, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, 1954, pp. 432 y ss.; Carré de Malberg, *Contribución a la teoría general del Estado*, México, 1948, pp. 943 y ss.; Esmein-Nezard, citado, vol. I, pp. 93 y ss.; Vega, Pedro de, "El significado constitucional de la representación política", *Revista de Estudios Políticos*, pp. 26 y ss.

nera casi literal, las opiniones de sus comitentes, de modo que perseguirlo judicialmente a causa de sus comportamientos parlamentarios, equivalía, poco más o menos, a negar al burgo o a la corporación que lo había enviado, el derecho a formular proposiciones y a emitir votos en materias que le afectaban directamente, derecho que según el aforismo "*no taxation without representation*" se consideraba como una justa contraprestación al deber de pagar impuestos.

Así las cosas, la "*freedom of speech*" debería ser entendida más como un instrumento judicial de defensa del Parlamento y los parlamentarios frente a los ataques de la Corona, nota típica de la inmunidad, como una garantía adicional y complementaria que el monarca otorgaba a aquellos grupos sociales que gozaban del derecho a ser consultados en los asuntos del reino, de que efectivamente sus consejos serían oídos y de que no se utilizaría ninguna triquiñuela legal para amedrentar a las personas que los transmitieran. Y algo similar cabría decir de las "*freedom of arrest*": impedir la asistencia del mandatario a las sesiones del Parlamento medieval, suponía dejar sin voz ni voto a las personas por él representadas.

Despejadas las interrogantes que planeaban sobre los antecedentes medievales de la inmunidad, y sentado como principio, el indiscutible origen liberal de la institución, faltaría por precisar tan sólo si, al igual que ocurre en otras muchas instituciones del derecho constitucional contemporáneo, estamos ante una obra del genio revolucionario francés, o, por el contrario, una cosa es el modelo de inmunidad construido con base en la idea de soberanía parlamentaria, y otra muy distinta la inmunidad tal y como se concibe en las monarquías constitucionales del siglo XIX.

2. *El modelo francés de inmunidad parlamentaria*

A este respecto, forzoso es reconocer que a simple vista los hechos parecen inclinar la balanza en favor de la primera postura; sin embargo, no siempre las apariencias están en lo cierto. Como es bien sabido, días después de que los Comunes, la representación del Tercer Estado, se autoconstituyeran en Asamblea Nacional, el decreto de 20 de junio de 1789 declaraba solemnemente que la persona de cada diputado era inviolable. Un año más tarde, el decreto de 26 de junio vendría a completar el sistema, proclamado de manera harto confusa, que los miembros de la Asamblea gozaban asimismo de inmunidad.

Las razones que inspiraban todo este proceder resultan fácilmente adivinables. Como señalara Carré de Malberg,¹⁶ el hito decisivo que marca el paso del antiguo al nuevo régimen está situado precisamente en la traslación de la soberanía del monarca a la nación. Ahora bien, proclamar la soberanía de la nación significaba residenciar el supremo poder en el sentido que teorizara Bodino, en un ente mítico e incorpóreo, sin presencia real alguna y que únicamente podría expresar su voluntad acudiendo al mecanismo de la representación parlamentaria, de suerte que, en última instancia, el Parlamento devenía el único órgano capaz de hacer presente y operante la voluntad del nuevo sujeto titular de la soberanía.¹⁷

Las consecuencias de este planteamiento no se dejan esperar. Aun después de que la Constitución haya sido definitivamente aprobada, y aun cuando en ella se proclame con toda rotundidad que el dogma de la división de poderes presidirá la vida política francesa, el Parlamento continúa sintiéndose soberano y, por tanto, continúa ocupando de hecho —aunque no de derecho— en el conjunto del sistema político, una posición de total y absoluta preeminencia respecto de los demás órganos del Estado que se le subordinan por completo. Cuando la nación —ha escrito Schmitt— 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. Lo absoluto queda subsistiendo, con invariable, incluso cabría decir con incrementado vigor, porque ahora el pueblo se identifica políticamente consigo mismo en el Estado.¹⁸

Precisamente para garantizar en forma jurídica esta supremacía fáctica, impidiendo que los demás poderes, sirviéndose de vías indirectas o de subterfugios más o menos ingeniosos, osen desafiarla, el Parlamento reclamará en nombre propio, pero a beneficio de sus miembros,

¹⁶ "Este principio fue el más importante de las conquistas realizadas por la revolución... La Asamblea Nacional de 1789, al fundar el principio de la soberanía de la nación, se proponía, esencialmente retirarle al rey su antiguo poder absoluto. Con este objeto, la constituyente le negaba al rey soberanía personal y colocaba la fuente de la soberanía en la nación misma." Carré de Malberg, *op. cit.*, pp. 887-892.

¹⁷ "En la forma del Gobierno representativo se demostró y ejerció la soberanía nacional en los tiempos modernos." Esmein-Nezard, *op. cit.*, vol. 1, p. 402; en el mismo sentido Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, París, 1907, pp. 284 y ss.

¹⁸ Schmitt, *op. cit.*, nota 4, p. 58. En idéntico sentido Vega, Pedro de, "Al ser la nación un ente abstracto sólo puede expresar su voluntad a través de representantes... el poder constituyente deja de ser el poder en el que el pueblo directamente participa como titular indiscutible de la soberanía para convertirse en el poder de las asambleas, en las que la nación delega sus competencias". *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1985, p. 32.

una de las marcas de la soberanía: la inmunidad. En último término, no se trataba, como señalara Barthelemy, más que de transferir a las asambleas representativas del liberalismo una parte de los beneficios del viejo axioma absolutista "el rey no puede hacer mal".¹⁹ Incluso la terminología empleada en un principio por los revolucionarios parece apuntar en este sentido. No se utiliza el vocablo inmunidad, sino la palabra inviolabilidad, queriendo, quizás, indicar con ello, como sagazmente sugiere Esmein, que el Parlamento, al igual que el monarca absoluto, se situaba por encima y al margen de la ley.²⁰

Este y no otro es el significado del tantas veces citado y pocas comprendido Discurso de Robespierre, de 25 de junio de 1791:

Invoco en favor del diputado Lautrec —diría el incorruptible— o mejor, en favor del representante de la Nación, el fundamental principio de derecho público, según el cual se rigen la libertad y los intereses nacionales. No quiero examinar los indicios que han llevado a la incriminación de Lautrec. Es imposible, sin arruinar el edificio de la libertad pública, imaginar que un tribunal cualquiera pueda, sin previo consentimiento de la nación incriminar y juzgar a un diputado. Porque ¿qué es la inviolabilidad? No es en absoluto un privilegio y, sin embargo, es algo que se distingue del derecho común vigente para los otros ciudadanos. Desciende del principio según el cual ningún centro de poder podrá elevarse por encima del cuerpo representativo de la nación, ningún sujeto podrá decidir el destino de los representantes... si nosotros no establecemos este principio, consentiremos que la asamblea legislativa quede subordinada a un poder inferior, que para amedrentarla no tendrá más que acusar a sus componentes.²¹

Nace así un modelo de inmunidad que encuentra su razón de ser en el dogma de la soberanía parlamentaria, principio que —como reconocieran los clásicos, empezando por uno de los padres de la Constitución norteamericana John Adams y siguiendo por Duguit, Carré o Schmitt, en polémica con Esmein y Redsbohl—²² resulta absolutamente

¹⁹ Barthelemy-Duez, *Traité de droit constitutionnel*, citado, p. 569.

²⁰ "Au lieu d'immunité parlementaires on dit, quelque fois, inviolabilité, les membres des assemblées représentatives étant declares inviolables. C'est un langage qu'ont même employé certains constitutions françaises. Mais c'est là une expression impropre et qui éveille des idées axagérées et fauses. On pourrait en déduire que le représentant est en principe soustrait à l'action des lois." Esmein-Nezard, citado, vol. II, p. 380.

²¹ Archives Parlementaires (1781-1860), t. XVI, París, 1883, pp. 462 y ss.

²² El primer autor en señalar la incompatibilidad entre la teoría de Montesquieu y la idea de soberanía parlamentaria será John Adams, uno de los padres de la

incompatible con la idea de que “*le pouvoir arrête le pouvoir*”, que constituye el núcleo esencial básico de la doctrina de la división de poderes. Modelo que se preceptuará en aquellos países en los que el régimen parlamentario adquiriera definitivamente carta de naturaleza, pero que nada tiene que decir allí donde las circunstancias políticas sean otras, como es el caso de las monarquías constitucionales europeas del siglo XIX. Con esto quiero decir que entiendo, siguiendo las intuiciones de Laski, Friedrich y, sobre todo, Habermas y Schmitt, que el derecho público europeo del siglo XIX conoce un segundo modelo de inmunidad que, no obstante coincidir con el anterior en ciertos aspectos mecánicos y funcionales, aspectos que, en buena medida imita, difiere notablemente de él, en cuanto se relaciona con las necesidades históricas que está llamado a satisfacer, necesidades que en esta ocasión vienen determinadas por la confluencia del principio monárquico con el principio representativo.

Constitución americana, en su *A Defense of the Constitution of the United States* (1787), obra que pese a su temprana versión al francés en 1792 con el significativo título de: *Defense des Constitutions Americaines ou de la Necessité d'une balance dans les Pouvoirs d'un gouvernement libre*, tuvo, como no podía ser de otra forma, escasa repercusión en el proceso constituyente. Decía Adams: “Au lieu de ramener toutes les autorités à une seule, celle de la Nation, l'ont etablit des corps differents: un corps des representants, un conseil; un gouvernement, parce que l'Angleterre a une chambre des Communes, un Chambre Haute et un roil.” Vol. I, p. 31 de la traducción francesa.

La tesis de Adams fue recogida posteriormente por Duguit: “el gobierno parlamentario es, sin duda, la negación misma de la división de poderes” (*La separation des pouvoirs et l'assemblée nationale de 1789*). *Revue d'Economie Politique*, Paris, 1899, pp. 99 y ss. y desarrollada más tarde por Loewenstein: “el principio representativo no es un concepto immanente a la división de poderes en cuanto tal”, *Volk und Parlament*, Munich, 1922; Carré: “El Parlamentarismo mantiene nominalmente la separación de poderes pero en el fondo, el fin al que tiende es directamente la realización de la unidad del poder asegurando la preponderancia parlamentaria”, *op. cit.*, pp. 815-816 y Schmitt, Carl: “En los Estados del continente europeo comenzó a ensanchar en el siglo XIX la influencia política de la representación popular electiva, frente al gobierno monárquico. El principio de la distinción de poderes quedaría entonces suprimido a beneficio de un absolutismo del parlamento”, *op. cit.*, p. 353.

En contra de esta tesis se posicionaron en su día, entre otros, Esmein-Nezard, “El gobierno parlamentario supone ante todo la separación jurídica del poder legislativo y ejecutivo que se confiere a titulares distintos e independientes”, *op. cit.*, vol. I, pp. 155 y ss.; Resbold: “La esencia del auténtico parlamentarismo reside en que el Estado no es instrumento subordinado de la voluntad del parlamento, sino que mantiene un equilibrio entre ambos poderes”, *Die Parlamentarisme Regierung*, Berlín, 1918, p. 120.

3. *La inmunidad parlamentaria en el constitucionalismo europeo del siglo XIX*

El examen de la teoría que concibiera el barón de Montesquieu, a la luz de la vieja afirmación de Jellinek, desarrollada posteriormente por Heller, según la cual todo principio o postulado normativo es alternativamente susceptible de un análisis jurídico y de un análisis sociológico, se llega a la conclusión de que una cosa es la división de poderes en sentido jurídico-funcional y otra muy distinta, en sentido sociológico-político.²³ Mientras que la primera, la jurídica, es el resultado de una decisión del poder constituyente, recogida en la Constitución y encaminada a establecer un sistema de pesos y contrapesos entre los distintos órganos del Estado que “evite —en expresión de Lally-Tollendal— que un solo poder termine por devorarlo todo”.²⁴ La segunda, la sociológica, antecede a la constitución misma en cuanto que describe la situación en la que se encuentra sumido el poder constituyente allí donde la soberanía corresponde por igual al monarca y al Parlamento. Para decirlo en términos de Max Weber, mientras que en el primer supuesto se trata de distribuir “competencias” jurídicas, en el segundo se pretende “dividir derechos de mando poder”, en el sentido real de la palabra.²⁵ Interesa precisar tales extremos, porque como señalara un autor tan poco propenso a desviaciones sociologistas como Kelsen, en la historia del constitucionalismo europeo del diecinueve, la vertiente auténticamente relevante de esta teoría será la sociológica y no la jurídica.²⁶

No es que la fórmula jurídica de separación de poderes fuera desconocida para los hombres de la época —ahí estaría para demostrar lo contrario el famoso artículo 16 de la Declaración Universal de Dere-

²³ Eisemann, “L'esprit de lois et la reparation des pouvoirs”, *Mélanges Carré de Malberg*, París, 1933 y “Le pensé constitutionnelle de Montesquieu”, *Bicentenaire de L'Esprit des Lois*, París, 1952.

²⁴ Citado por Laferrriere, *Manuel de droit constitutionnel*, París, 1947, p. 630, en nota.

²⁵ Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, 1964, p. 227.

²⁶ “Y ahí se revela la función histórica del principio de división de poderes. Nacido en vísperas de la gran revolución democrática, en una época en la que el pueblo comenzaba a ganar terreno visiblemente contra el poder ilimitado del monarca, y en que la masa de súbditos reclamaban cada vez más enérgicamente una participación en la legislación, que concedida ésta, es decir, la creación de normas generales a una representación popular reservándose la ejecución. Y desde el momento en que el principio en cuestión, quiso asegurar una situación independiente del parlamento al órgano encargado de la ejecución, quiso buscar un refugio para el principio monárquico lanzado ya a la defensiva.” *Teoría general del Estado*, Madrid, 1934, pp. 337 y 338.

chos del Hombre y del Ciudadano de agosto de 1789—, sino que, o bien su virtualidad era prácticamente nula, ya que chocaba frontalmente con el principio de la soberanía parlamentaria, o su importancia se veía considerablemente mermada por el hecho de ser un mero traspaso de la división sociológica del poder, esto es, el simple reflejo de una realidad sociopolítica caracterizada por la existencia de dos centros de poder antagónicos: la sociedad civil, de un lado representada a nivel institucional por el Parlamento, y de otro las aristocracias tradicionales encaramadas en el aparato del Estado y simbolizadas en la persona del monarca.

Es a partir de esta perspectiva desde donde hay que comprender el profundo significado que la inmunidad adquiere en el sistema político de la monarquía constitucional, como instrumento jurídico de defensa de la autonomía institucional de un Parlamento y de unos parlamentarios, expuestos a las requisitorias de unos jueces que por estar incluidos en el ámbito del Estado, resultaban fácilmente manipulables al servicio de los intereses políticos del monarca.²⁷

Pero no todo acaba aquí, aun cuando las sociedades europeas del diecinueve se hubieran estructurado como realidades homogéneas y sin divisiones, subsistiría un argumento suficiente como para justificar por sí solo la inclusión de la inmunidad en los textos constitucionales de la época: el principio representativo.²⁸

²⁷ Este hecho no ha pasado inadvertido a ninguno de los autores que se han ocupado del tema de la inmunidad, desde Esmein a Zagrebelsky pasando por Kelsen o Schmitt. Precisamente este último en su *Teoría de la Constitución*, sitúa la inmunidad entre las consecuencias teóricas de la separación entre Ejecutivo y Legislativo, *op. cit.*, p. 219.

²⁸ Sostiene Schmitt en abierta contradicción con su pronunciamiento anterior: "También este privilegio (la inmunidad) es sólo una de tantas consecuencias del carácter representativo del Parlamento. Las ocasiones históricas que dieron lugar a esta posición privilegiada (prisiones arbitrarias de los diputados por los monarcas) nos son, por sí solas, explicación bastante para tan asombroso privilegio" y, a continuación, sitúa la inmunidad entre los derechos derivados del carácter representativo del diputado concreto individual, esto es, considerado *uti singuli*, afirmando "Actúa aquí (en la inviolabilidad) la idea del diputado como hombre ilustrado, colocado por encima de los intereses contrapuestos, independiente y libre de egoísmo, que, para poder discutir con libertad, necesita y merece esta situación. La garantía de su libertad de discurso presupone que en realidad puede hablar libremente, a saber: desde una posición propia con independencia de mandatos e instrucciones y de cualquier influjo que ponga en peligro su libertad. Un delegado con instrucciones o un representante de intereses retribuido, no merece tal libertad de discurso", *op. cit.*, pp. 366-368.

En un sentido análogo cabe situar a Kelsen, véase *Das Problem der Parlamentarismus* (1925), traducción italiana en el volumen *Il Primato del Parlamento*, Milán, 1982, p. 181. Tampoco pasan inadvertidos estos vínculos a autores contemporáneos como Bockelmann, Zagrebelsky o Gomes Canotilho, obras citadas anteriormente.

En este punto, la ya clásica investigación de Habermas sobre la formación de la categoría burguesa de publicidad²⁹ ha venido a corroborar las tesis de quienes como Schmitt, Leibholz, o Lowel,³⁰ entendían que el objetivo en última instancia perseguido por los teóricos del liberalismo al establecer el mandato representativo, era reproducir a nivel parlamentario los procedimientos, pautas y modos de comunicación que en la sociedad burguesa servían para forjar esa verdad colectiva que conocemos como opinión pública, asegurando de esta forma, como exigirían Kant, Guizot o Stuart Mill,³¹ una total correspondencia entre el sentir social y las decisiones que emanaban de la instancia parlamentaria en forma de leyes.

La consecución de este objeto exigía, entre otras, dos tipos de medidas. De una parte, que el Parlamento se configurara a imagen y semejanza de la sociedad burguesa, con base en sujetos individuales y no en torno a grupos. Los ciudadanos elegirían como representantes a individuos concretos, que por sus cualidades personales, su instrucción, o su riqueza patrimonial, estaban especialmente dotados para cumplir el cometido que se les encomendaba.³² Individuos que en ocasiones coincidirían con otros, manteniendo opiniones comunes, pero que en ningún caso deberían perder su condición de tales, constituyendo aso-

²⁹ *Op. cit.*

³⁰ Schmitt, *Die Geistesge chichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 1923; Leibholz, *Das Wesen der Repräsentation* (1929); Lowel, *Public Opinion and Popular Government*, Harvard, 1921; no deben olvidarse tampoco los numerosos ensayos que Loewenstein dedicara a este tema entre 1922 y 1927.

³¹ Kant, *¿Qué es la ilustración?*, 1784, e *Idea de una historia universal en sentido cosmopolita*, 1784; Guizot, *Histoire des origéne du gouvernement representatif en Europe*, citado; Stuart Mill, *Sobre la libertad*, 1859 y *Consideraciones sobre el gobierno representativo* (1861). Véase respecto de este tema entre la doctrina española: Vega, Pedro de, "Parlamento y opinión pública", *Parlamento y sociedad*, Barcelona, 1978; Bobillo, Francisco, "La opinión pública", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 58, pp. 73 y ss.

³² Dice Schmitt: "¿Quién nos asegura que los poseedores de esas partículas de razón se hallan precisamente en el Parlamento? La respuesta se hallaba en la idea de libre concurrencia y de la armonía preestablecida, que aparece en la institución del parlamento y en general en la política, bajo formas que apenas permiten reconocerlas muchas veces. Es necesario mirar al liberalismo como un sistema metafísico amplio y consecuente. De ordinario no se discuten sino las consecuencias económicas que derivan de sus premisas de libre concurrencia económica de los particulares, libertad de contratación, de comercio y de industria, armonía social de los intereses y principio de máximo enriquecimiento. Pero esto no es más que un caso particular de aplicación del principio general del liberalismo. Responde a lo mismo decir que de la libre lucha de opiniones resulta la verdad, como que de la libre concurrencia surge la armonía social." *Op. cit.*, nota 30, p. 23.

ciaciones de carácter permanente y estable, o en palabras de Rousseau "sociedades parciales".³³

Pero por otra parte, había que procurar que cada uno de estos representantes individuales gozase, al igual que ocurría con los burgueses que intervenían en la vida social, de un grado de independencia suficiente como para garantizar que el único criterio rector de sus actos fueran los dictados de su propia razón, de forma que el Parlamento llegara a ser, como diría Schmitt, "la escena en que se juntan y alcanzan público imperio las partículas de razón diseminadas y desigualmente repartidas entre todos los hombres".³⁴

Por este motivo, se hacía necesario sustituir el viejo mandato imperativo por una fórmula representativa en la que, los lazos que encadenaban al comisionado medieval a su cuaderno de instrucciones, fueran reemplazados por vínculos de tipo político, que hicieran de todo punto inviable la posibilidad de exigir al parlamentario responsabilidades por los comportamientos mantenidos en el ejercicio de su función.³⁵

³³ La *weltanschauung* sobre la que se asienta el primer Estado constitucional, es abiertamente hostil a la idea de partido, hostilidad que se hace patente en las obras de Locke, véase su *Ensayo sobre el gobierno civil*, cap. XII, secciones 96, 97 y 98; Madison, *Carta X del Federalista*, o desde otra perspectiva, Rousseau: "il importe... pour avoir bien l'enoncé de la volonté générale qu'il m'y ait pas de société partielle dans l'État, et que chaque citoyen m'opine que d'après lui", *Contrato social*, libro II, sección 3ª. Respecto de este tema, véase Cotta, Sergio, "Les partis et le pouvoir dans les théories politiques du début du XVIIIe siècle", *Anales de Philosophie Politique I*, París, 1956, pp. 91 y ss. y Cattaneo, Mario, *Il partito politico nel pensiero dell'Illuminismo e della Rivoluzione francese*, Milán, 1964.

Esta hostilidad se tradujo, en el plano jurídico, en beligerancia, según la conocida expresión de Triepel, que se manifestó en Francia en la famosa Ley Chapelier (1791) y en Inglaterra en la menos conocida pero igualmente importante, General Combination Act de 1799 y como señalara Duverger repercutiría también en el funcionamiento práctico del Estado liberal, de manera que "los verdaderos partidos datan de apenas un siglo. En 1850, en ningún país del mundo (con excepción de los Estados Unidos) conocía partidos políticos en el sentido moderno de la palabra: había tendencias de opinión, clubs populares, asociaciones de pensamiento, grupos parlamentarios, pero no partidos propiamente dichos". Duverger, Maurice, *Los partidos políticos*, México, 1957, p. 15. En el mismo sentido, pero refiriéndose al supuesto inglés, afirma Bulmer-Thomas: "Antes de 1832 no existía una organización de los partidos políticos por el país, incluso en el seno del parlamento no había una organización de miembros en sentido moderno de grupos expresos que tengan las mismas opiniones generales." *The Party System in Great Britain*, Londres, 1953, p. 27.

³⁴ Schmitt, *op. cit.*, nota 30, p. 32.

³⁵ Recuérdese al efecto el famoso discurso de Burke a los electores de Bristol: "Mi digno colega dice que su voluntad debe ser servida de la nuestra... pero el gobierno y la legislación son problemas de razón y juicio y no de inclinación, y ¿qué clase de razón es esa en la cual la determinación precede a la discusión?". *Escritos políticos*, México, 1984, p. 312. Cabo, Carlos de, *Algunos aspectos de la problemática representación de partidos políticos*, Madrid, 1977, pp. 43 y ss.

De aquí se infieren dos nuevos argumentos que contribuyen a explicar el sentido que la inmunidad parlamentaria tiene para el constitucionalismo del siglo pasado.³⁶

En primer lugar y desde la perspectiva de la relación entre representantes y representados, la inmunidad es una consecuencia más de la independencia del parlamentario que permite llevar hasta sus últimos extremos el principio de irresponsabilidad jurídica del diputado. Porque sería un auténtico absurdo, una incongruencia inadmisibles, proclamar primero la existencia de una absoluta desconexión jurídica entre representante y representados, y a renglón seguido admitir la eventualidad de que el representante sea encausado judicialmente por sus actuaciones parlamentarias o, indirectamente compelido a obrar en una determinada dirección, lo que, en definitiva, equivaldría (como señala Habermas) a degradar el estatus del diputado al de delegado.³⁷

Pero, en segundo lugar, y esta vez desde el punto de vista de la lógica interna de la institución parlamentaria, la inmunidad tenía otra finalidad, la de garantizar la total y absoluta libertad de palabra —o para utilizar una terminología más apropiada— de discurso del representante individual,³⁸ en un régimen que precisamente se autodefine como *gouvernement by talking*, esto es, como una forma de gobierno que, en expresión de Redlich, hace de la palabra el instrumento motriz y la forma privilegiada de su acción.³⁹ Únicamente partiendo de

³⁶ “Los parlamentos modernos no solamente sirven para representar la voluntad popular, también deliberan... Si bien ambas funciones se hallan estrechamente interrelacionadas, pueden desde el ángulo de visión de la ciencia política ser diferenciadas muy útilmente.” Friedrich, C.J., *Gobierno constitucional y democracia*, cit., pp. 125-126.

³⁷ “Para que el Parlamento mismo siguiera siendo parte de ese público y estuviera garantizada la libertad de discusión intramuros y extramuros la salvaguardia de la independencia del diputado no tenía que constituir una especie de *status* privilegiado frente al resto del público, sino que tenía que limitarse a impedir que ese *status* de diputado se degradara al de delegado.” Habermas, *Historia y crítica de la opinión pública*, cit., p. 231.

³⁸ “El discurso como tal constituye la esencia de la actividad parlamentaria, es la sangre de la que se alimenta el cuerpo político.” Friedrich, C. J., *Gobierno constitucional y democracia*, cit., vol. II, p. 148. “La discusión pública es la base del parlamentarismo y de todo el sistema de libertad de palabra, de prensa, de sesiones públicas, inmunidades y privilegios parlamentarios... Las libertades de palabra, de prensa, de reunión y de discusión no son tan sólo cosas útiles y convenientes, sino auténticas cuestiones vitales para el liberalismo...” Schmitt, *op. cit.*, nota 30, pp. 20-24.

³⁹ Redlich, Josef, *Recht und Technik des englischen Parlamentarismus*, p. 587. Este célebre ensayo, tempranamente traducido al inglés en 1908, tiene por objeto demostrar que el procedimiento lejos de ser una cuestión simplemente técnica, resulta esencial para explicar y entender la verdadera naturaleza de un régimen como el parlamentario que se fundamenta en la palabra y en la confrontación verbal.

este dato previo es posible comprender el significado y valor último de obras como *Parliamentary Logic* de William Hamilton o, *Las tácticas* de Bentham, y lo que es más importante, solamente desde este supuesto, cobra sentido pleno una institución como la inmunidad parlamentaria.

La inmunidad se convierte, de esta suerte, en medio del que se sirve el representante individual para procurarse el disfrute de un grado de independencia y de libertad equiparables a los que dispondría cualquier burgués para expresar su opinión, en un salón, en un club, o en un periódico. En este sentido, no deja de ser ilustrativo al tiempo que develador, el hecho de que la norma que recogía y consagraba a nivel legal la inmunidad en la Francia de la restauración borbónica, en la que ya no estaba vigente el dogma de la soberanía parlamentaria, fuera la ley de prensa y no la Constitución.

De lo hasta aquí expuesto resulta que la inmunidad, además de instrumento jurídico objetivo encaminado a proteger la posición institucional del Parlamento de los embates del monarca —a defender a la sociedad frente al Estado—, es también, como sin ambages proclama Habermas, un derecho, cuya titularidad debiera recaer, obviamente, sobre el sujeto que ostente el mandato representativo, en este caso el parlamentario individual.

El desarrollo de esta afirmación me obliga a entrar de lleno en el estudio de la que según anuncié en un principio sería la segunda parte de mi exposición: la caracterización jurídica de la inmunidad.

II. EL SIGNIFICADO JURÍDICO-POLÍTICO DE LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA

Uno de los axiomas o principios básicos sobre el que, a decir del unánime parecer doctrinal —excepción hecha de Balladore-Pallieri, Habermas y la contradictoria postura de Schmitt—,⁴⁰ se asienta la dogmá-

⁴⁰ Balladore-Pallieri, *Diritto costituzionale*, Milán, 1972, p. 242; Habermas, *Historia y crítica de la opinión pública*, cit., p. 325, en nota. Schmitt incurre en esta cuestión en una curiosa y significativa contradicción, ya apuntada. Mientras que por un lado afirma que “la protección de los diputados frente a procedimientos penales y la limitación de la libertad personal es un derecho del parlamento como totalidad, no del diputado individual”, por otro, incluye la violabilidad entre las atribuciones del “diputado concreto”. *Op. cit.*, nota 4, p. 388. En cierto sentido también incide en este argumento Rubio Llorente, “El Parlamento y la representación política”, *I Jornadas de Derecho Parlamentario*, 1985, pp. 157-158.

tica jurídica de la inmunidad, es su condición de institución de derecho objetivo.⁴¹

Ello se explica con base en la siguiente argumentación. Como quiera que el estatus y las atribuciones que el Parlamento recibe de la Constitución, pudieran verse menoscabados 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. La protección que la inmunidad dispensa al parlamentario, adquiere así un valor y un significado instrumental respecto del fin primordial que con ella se persigue y del que en definitiva deriva su carácter objetivo: la salvaguarda de la posición constitucional del Parlamento.

Dos son las consecuencias que se derivarán de esta impostación:

En primer lugar, la inmunidad no se concibe como un derecho subjetivo del representante. Por mucho que los autores discrepen acerca de si el diputado es el titular de una expectativa de derecho en forma de interés legítimo, como afirma Biscaretti,⁴² o el mero destinatario de una norma de tipo objetivo, como sostiene Traversa, Manzella o Virga,⁴³ todos coinciden en afirmar que el bien jurídico protegido es patrimonio exclusivo de la corporación parlamentaria.

En segundo término y en consonancia con lo anterior, según afirman Barthelemy o Prelot,⁴⁴ que las inmunidades son garantías de orden público, es decir, que resultan indisponibles para el parlamentario, que no puede renunciar a ellas, a fin de permitir que el proceso se inicie o siga su curso.

Ahora bien, ¿en qué medida toda esta construcción jurídica es coherente con las razones que históricamente determinaron la aparición de la inmunidad parlamentaria?

En relación con esta interrogante, es evidente que detrás del pretendido carácter objetivo de la inmunidad subyace implícita la vieja

⁴¹ Entre la doctrina española véase por todos: Fernández Miranda, "La inmunidad parlamentaria en la actualidad", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 215, pp. 207 y ss. Entre la italiana: Spagna-Musso, *Corso di diritto costituzionale*, Padua.

⁴² Biscaretti di Ruffia, *Derecho constitucional*, Madrid, 1965, p. 380. En el mismo sentido Fernández Miranda, *op. cit.*, nota anterior, pp. 213 y ss. y Punset Blanco, Ramón, *Las Cortes Generales*, Madrid, 1983, p. 153.

⁴³ Traversa, Silvio, Voz "Immunità parlamentare", *Enciclopedia del Diritto*, Milán, 1970, vol. XX, pp. 184 y ss.; Manzella, Andrea, *Il parlamento*, Bolonia, 1977, pp. 244 y ss.; Virga, *Diritto costituzionale*, Milán, 1970, p. 206.

⁴⁴ Barthelemy-Duez, *op. cit.*, pp. 565 y ss. y Prelot, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, París, 1980, pp. 760 y ss.

tesis de la soberanía parlamentaria. Sólo cuando se opera desde la cobertura argumental que proporciona este principio, es posible sostener que la salvaguarda de la posición constitucional del Parlamento es la única razón que justifica la existencia de la inmunidad, olvidando por completo que su finalidad esencial es la de procurar que el diputado mantenga inalterado, en el plano parlamentario, el estatus de persona privada inserta en el plano público que le corresponde ocupar en sociedad.⁴⁵

En otras palabras y una vez constatado que también en este terreno, como señalaba el profesor De Vega en su libro sobre la reforma, citando a Laboulaye: "Lo que sí hizo Sieyès fue confundirlo todo, embrollarlo todo, y, a la postre, perderlo todo",⁴⁶ se trataría de recordar que el concepto jurídico de inmunidad descansa sobre un substrato histórico para el que tan importante es la defensa del parlamento-corporación, como la garantía de la libre formación de la voluntad del representante individual.

Las consecuencias de esta doble fundamentación histórica en la problemática jurídica de la inmunidad no se hacen esperar. Para empezar, desaparecen los impedimentos que, tradicionalmente, obstaculizaban la consideración del parlamentario como sujeto titular del derecho a la inmunidad.

Desde el momento en que el bien jurídico protegido pasa a ser la libertad del diputado individual, de la que la independencia del Parlamento no es más que un simple corolario lógico, no hay motivo para negar al representante la titularidad efectiva del derecho a la inmunidad. Ésta se configura así como un auténtico derecho subjetivo, como un poder ejercitable frente a terceros en forma de deber u obligación, exigible judicialmente y del que, al igual que cualquier otro de su mismo género, el parlamentario puede hacer dejación voluntaria en todo momento.

Pero además de ello, y como certeramente ha escrito Habermas,⁴⁷

⁴⁵ "La inmunidad se limita a agudizar determinaciones que, por lo general, cualifican la participación en la publicidad burguesa. Se entiende ésta a sí misma como una esfera anticipada del poder público y a cubierto de los poderes privados. La inmunidad está destinada a mantenerle al diputado el *status* de persona privada inserta en público también en el plano parlamentario." *Historia y crítica de la opinión pública*, cit., p. 325.

⁴⁶ Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1985, p. 33, recogiendo una cita de Laboulaye en *Questions constitutionnelles*, París, 1872, p. 381.

⁴⁷ Una de las notas características típicas del régimen administrativo continental del pasado siglo —Dicey—, era la necesidad de contar con previa autorización del Ejecutivo para procesar a sus agentes, autorización que en muchas ocasiones era

esta fundamentación histórica de la inmunidad pone al descubierto las distancias que separan a unas garantías parlamentarias evocadoras de la libertad social, de las prerrogativas con que se reviste a un funcionario, a un agente de la autoridad, que expresa la voluntad del Estado. Distancias que tienen entidad suficiente como para permitirnos desechar de antemano en este tema, todo intento de equiparar o de establecer una analogía entre las figuras del diputado y del funcionario.⁴⁸

Es desde este entendimiento previo de la inmunidad como un derecho propio del representante individual, que se distingue de las demás posibilidades de actuación, que el derecho positivo reconoce en favor de los parlamentarios, en su carácter instrumental y no finalista, desde donde paso a abordar a continuación, en un orden de consideraciones igualmente jurídico, el análisis de las diferencias que separan a la inviolabilidad de la inmunidad.

Inicialmente puede decirse que la inmunidad en sentido amplio, es una prerrogativa (o para ser coherente con las afirmaciones anterior-

requerida no sólo para procesar a los funcionarios, sino, incluso, para iniciar cualquier procedimiento judicial en su contra. El origen de tal privilegio se remonta al artículo 75 de la Constitución francesa del año VIII y en lo que respecta al derecho español a la ley de 2 de abril de 1845. Su razón de ser se explica en función del particular entendimiento que en el siglo de las monarquías constitucionales se tiene del principio de división de poderes, es decir, al hecho de que el monarca sea el titular efectivo de la soberanía lo que hace que sus agentes, esto es, los que actúan en su nombre, no puedan ser procesados sin su previo consentimiento. Esta institución se diferencia profundamente de la inmunidad porque, como señala Habermas, "la inmunidad no dota al parlamentario de las cualidades adicionales a un señor llamado a representar a la autoridad... la publicidad parlamentaria es, precisamente, lo contrario de la publicidad representativa (de la autoridad)". *Historia y crítica de la opinión pública*, cit., pp. 325 y 326.

La previa autorización para procesar a un funcionario, pese a ser uno de los principios sobre los que se asentaba el sistema administrativo continental, fue víctima de ese lento pero imparable proceso de juridificación del Estado administrativo al que García de Enterría ha denominado "la lucha contra las inmunidades del poder". Así, en la actualidad, el artículo 44.2. de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado, afirma: "en ningún caso será requisito indispensable para la apertura y validez del procedimiento judicial el consentimiento previo de la autoridad administrativa". Sobre este tema, véase Nezdard, *Théorie juridique de la fonction publique*, París, 1901.

⁴⁸ Los primeros intentos de equiparar las figuras de parlamentario y funcionario se remontan a la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa —*arrêt* de 24 de febrero de 1893—. Véase Barthelemy-Duez, *op. cit.*, nota 19, p. 566. Detrás de esta sentencia subyace implícito el deseo de poner coto a los tremendos abusos que de estas instituciones se venía haciendo en "la República de los camaradas". En el momento actual un autor como Zagrebelsky no vacila en aplicar a las conductas de los parlamentarios las categorías y los tipos que el Código Penal italiano acuña para los funcionarios, *op. cit.*, nota 7, pp. 56 y ss.

res) un derecho inherente a la condición parlamentaria, en cuya virtud se confiere a los representantes un cierto grado de indemnidad respecto de las acciones judiciales que en su contra pudieran promover el gobierno o los particulares. Derecho a la indemnidad, en suma, que se concreta de modo distinto según se trate de la inviolabilidad o de la inmunidad en sentido estricto.

La inviolabilidad protege las actuaciones, opiniones o votos emitidos por los representantes en el ejercicio de sus funciones, que en ningún caso deberán ser considerados constitutivos de delito, falta o cualquier otra infracción legal, residenciable ante sede jurisdiccional alguna. Por su parte, la inmunidad en sentido estricto, impide que los parlamentarios sean arrestados —salvo que medie flagrante delito— encausados o procesados por comportamientos mantenidos al margen de su función, sin la previa autorización de la Cámara a la que pertenezcan.

Ahora bien, este conato de distinción inicial, de tipo puramente funcional, resulta a todas luces insuficiente, si no va acompañado de una referencia de índole material, que haga especial hincapié en la principal diferencia que separa a estas dos instituciones, la de su distinta naturaleza jurídica.

A este respecto, es evidente que tanto la inviolabilidad como la inmunidad son institutos de garantía, pero mientras la inviolabilidad dispensa al parlamentario una protección de fondo que necesariamente habrá de traducirse en una ruptura de la Constitución,⁴⁹ en el caso de la inmunidad se trata más bien de un requisito 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 inviolabilidad— *concerne la procédure; l'irresponsabilité* —entiéndase inmunidad— *touche au fond*".⁵⁰

Así pues, desde una lógica rigurosamente jurídica, el apartado primero del artículo 71 de nuestra ley fundamental, contiene una disposición dictada por el poder constituyente en el momento de redactar la Constitución, para, en palabras de Esmein, sustraer al imperio de la ley los delitos reales que pudieran estar incluidos en el acto por el que el parlamentario ejercita su función⁵¹ o, como diría Schmitt, pa-

⁴⁹ Sobre el quebrantamiento constitucional véase Schmitt, *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 115 y ss. y Vega, Pedro de, *La reforma constitucional*, cit., p. 116.

⁵⁰ Barthelemy-Duez, *op cit.*, nota 19, p. 570.

⁵¹ "*Sous la forme que lui donne notre loi constitutionnelle, c'est (la inviolabilidad) en quelque sorte une dispense générale de la loi pénale, pour tous les actes que le sénateur ou député accomplit dans l'exercice même de ses fonctions. Certement la Constitution réproouve des actes de cette nature, mais... pour garantir pleinement son indépendance, pour écarter les poursuites à raison de délits imaginaires,*

ra quebrantar, en un caso particular y a título excepcional, los contenidos materiales de toda una serie de normas constitucionales que, sin embargo, permanecen en vigor para el resto de los supuestos, objeto de su regulación.

La inviolabilidad, indica otra vez Berthelemy,⁵² sitúa por tanto al diputado en una posición de excepción —“*qui porte l'atteinte la plus vive à la règle de l'égalité des citoyens*”— en cuya virtud en todas aquellas ocasiones o circunstancias en que éste ejerce su función de representante público, automáticamente se opera una derogación, esto es, una pérdida de vigencia y eficacia de dos preceptos constitucionales: el que impone a los poderes públicos el deber de responder de sus propios actos (artículo 9.1 de la Constitución española), y el que garantiza a todos los ciudadanos una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos (artículo 24.1 de la Constitución española), 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*”.⁵³

Cobran sentido pleno ahora las aseveraciones formuladas al comienzo de la exposición, acerca de la necesidad de combinar en un tema como éste, propio del derecho parlamentario, los enfoques fácticos con los normativos, ya que, por paradójico que pueda parecer, el logro que en última instancia hay que reconocer a una institución jurídica como la inviolabilidad es el de convertir al diputado en un fugitivo del derecho, lo que dicho sea de paso, significa y supone la quiebra más radical y profunda que pueda imaginarse de uno de los principios medulares sobre los que se levanta el edificio del Estado constitucional: la total y absoluta juridificación de todas las actuaciones del Estado, o lo que es lo mismo, la conversión en jurídicas de todas las relaciones del poder. Quiebra de la legalidad que se hace imprescindible para garantizar que el proceso de formación de la voluntad estatal y, en definitiva, de creación del derecho, se desarrolle en condiciones ambientales idénticas a las que reinan en la sociedad, y que, en resúmenes cuentas, viene a corroborar el acierto de una vieja reflexión shmitiana, según la cual “el Estado de derecho pese a toda su juridicidad

il à paru nécessaire de soustraire à l'action de la loi même des délits réels, qui peuvent être contenue sdans l'acte par lequel il exerce sa fonction.” Esmein-Nezard, *Éléments de droit constitutionnel*, cit., vol. II, p. 381.

⁵² Berthelemy-Duez, *op. cit.*, nota 19, p. 365.

⁵³ *Idem*, p. 565 y Kelsen: “El privilegio de la inmunidad no es en la práctica otra cosa que una injustificada disminución de la tutela jurídica del honor, que ha sido violentado o lesionado por un diputado”, *Il primato del Parlamento*, cit., p. 182.

y normatividad sigue siendo un Estado y contiene siempre otro elemento esencialmente político".⁵⁴

La inmunidad, por su parte, dispensa al parlamentario de una protección de tipo formal carente de todo contenido material. Como ya se dijo, la inmunidad consiste, en esencia, en una autorización que, salvo en el caso de flagrante delito, deberá emitir el Parlamento con carácter previo a todo arresto, detención o encausamiento judicial que pudiera desembocar en privación de libertad para el diputado, autorización que, no entra en el fondo del asunto, es decir, no lleva aparejado un veredicto de culpabilidad o inocencia respecto de la conducta del diputado, sino que únicamente se ocupa de examinar lo fundado o infundado de los cargos acusatorios que en su contra se hubieran promovido. Descartada la naturaleza judicial de la autorización para proceder, la inmunidad se presenta como lo que auténticamente es: un mero requisito procesal, que pone en manos del Parlamento la posibilidad de demorar, de retrasar durante un periodo de tiempo limitado, la responsabilidad penal y civil del parlamentario.

La inmunidad resultaría ser así una especie de cláusula de tiempo que no suspende la eficacia de ningún precepto constitucional o legal, como lo demuestra el hecho de que en este supuesto el tiempo no cuenta a efectos de prescripción, sino que la difiere,⁵⁵ de manera que transcurrido el plazo correspondiente nada impediría, en principio, que judicialmente le sean exigidas al representante cuantas responsabilidades pudieran derivarse de los comportamientos mantenidos en el periodo anterior.⁵⁶

⁵⁴ *Teoría de la Constitución*, cit., p. 145.

⁵⁵ Por lo tanto, no estamos en presencia de un supuesto de suspensión de la constitución, puesto que en el caso que nos ocupa, la norma no deja de ser eficaz, sino que tan sólo demora su eficacia en el tiempo, como lo demuestra el hecho, señalado por la doctrina comparada, de que el tiempo no cuenta a efectos de prescripción. Véase al efecto Barthelemy-Duez, *op. cit.*, nota 19, p. 575, o Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, París, 1924, t. IV, pp. 224 y ss. La distinción entre validez y eficacia está expuesta con toda claridad desde el punto de vista de la teoría general del derecho, por Norberto Bobbio, en *Teoría della norma giuridica*, Turín, 1958, pp. 26 y ss.

⁵⁶ Así ocurre exactamente en el derecho comparado. Como recuerdan autores de la importancia y de la talla de un Duguit, un Pierre, Barthelemy, Elia, Bobbio o Arens, tanto en el ordenamiento francés como en el italiano, o el alemán, la inmunidad se limita exclusivamente a demorar en el tiempo la eficacia de los preceptos constitucionales que imponen a los representantes el deber general de responsabilidad jurídicamente de sus conductas privadas. Sin embargo, no es el caso del derecho español ya que nuestro ordenamiento ofrece dos peculiaridades al respecto:

En primer lugar, el hecho de que los efectos de la inmunidad se proyectan más allá de las fechas en que estén reunidas las cámaras, protegiendo así al representante mientras dure su mandato. En segundo término, y a tenor de lo establecido por

III. INMUNIDAD PARLAMENTARIA Y ESTADO DE PARTIDOS

Las consideraciones efectuadas en el apartado anterior de este trabajo, además de encerrar en sí mismas un intento de caracterización jurídica de la inmunidad, responden al deseo de poner de manifiesto la existencia de toda una serie de abusos y corruptelas que en el presente lastran el funcionamiento práctico de la institución, y que, dicho sea de paso, en gran parte son debidas a la singular circunstancia, del todo insólita en el Estado constitucional, de que los componentes de un órgano actúen a la vez como juez y parte de sus propios comportamientos. Abusos y corruptelas que, aun siendo causa reconocida de la evidente degeneración en que en la actualidad se encuentra sumida la inmunidad, resultan sin embargo, insuficientes para explicar por sí solos, las razones de una crisis que, a juzgar por sus apariencias, más de la institución misma, es de los presupuestos constitucionales que un día le sirvieron de base y que en un tiempo, que estaría por ver si ya es pasado, justificaron su existencia.⁶⁷

Con ello quiero decir que pretendo dedicar este tercero y último apartado de mi exposición a examinar la validez actual de esos presupuestos, porque entiendo que en su decadencia y en su crisis está también la decadencia y la crisis de esta institución.

Pero lo que hace a la división de poderes, es bien notorio que las circunstancias han variado sustancialmente desde el pasado siglo a nuestros días, a resultas, sobre todo, de la introducción en la dialéctica po-

el artículo 7 de la ley de 9 de febrero de 1912, en el caso de que el Parlamento deniegue (expresa o tácitamente) el suplicatorio, se archivará definitivamente la causa, de manera que sea imposible continuarla, una vez expirado el mandato parlamentario. Lo que en resumidas cuentas supone atribuir al Parlamento la posibilidad de declarar la irresponsabilidad jurídica del diputado y, en consonancia con lo que anteriormente se dijo, de quebrantar la Constitución.

La pregunta que a continuación se impone resulta obvia: ¿puede un órgano constitucional disponer por propia iniciativa y sin más fundamento legal que el que le confiere una norma preconstitucional, el quebrantamiento de la ley fundamental?, ¿puede admitir el derecho una violación a título excepcional, de una prescripción constitucional sin atenderse al procedimiento previsto para la reforma de la Constitución? No hace falta recurrir a Schmitt para darse cuenta de hasta qué punto esta formulación es inviable. Parece evidente que, al menos en lo que a este extremo concierne, la ley de 1912 debe considerarse tácitamente derogada por la Constitución, salvo que se entienda que la soberanía corresponde al Parlamento y no al pueblo, en cuyo caso la Constitución habría dejado de ser ley suprema.

⁶⁷ Esta tesis es defendida entre otros por Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padua, 1975, vol. I, p. 495; Schmitt, *op. cit.*, nota 4, p. 370; Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, Madrid, 1934, pp. 181 y ss., y Barthelemy-Duez, *cit.*, p. 564.

lítica del Estado constitucional de una nueva lógica: la lógica democrática.

Obviamente no puedo examinar aquí en detalle todas y cada una de las importantes consecuencias que para la teoría y praxis de la doctrina de Montesquieu, derivan de la asunción como propio por el constitucionalismo liberal del principio democrático. Pretendo tan solo traer a colación algunas reflexiones, que posiblemente sirvan para despejar las interrogantes existentes acerca de la vigencia actual de esta teoría y, por tanto, para determinar si aún hoy existen por este lado, razones de peso suficientes como para aconsejar la inclusión de la inmundidad en los textos constitucionales de la democracia.

En este contexto, la primera interrogante a despejar se resume en la siguiente pregunta: ¿qué significado tiene —si es que tiene alguno—, la doctrina de Montesquieu en el Estado constitucional democrático?

Como ha recordado recientemente Eisemann,⁵⁸ frente a quienes siguiendo las enseñanzas de Rousseau o de Robespierre,⁵⁹ se obstinan en defender la tesis de la muerte política de Montesquieu, es innegable que una parte de su pensamiento continúa siendo todavía hoy, fuente inspiradora y principio rector de la estructura jurídica y la praxis política del Estado democrático. Por consiguiente, se hace necesario examinar nuevamente la obra de Charles de Secomdant para proceder a separar en ella lo vivo de lo que pudiera estar definitivamente muerto, estableciendo a tal fin una tajante y radical distinción entre las ideas nucleares que están en la base del *Esprit des lois*, y la concreta fórmula técnica que su autor emplea para llevarlas a cabo.

La determinación y localización del núcleo esencial básico del pensamiento de Montesquieu no ofrece grandes dificultades porque, como es sabido, es el propio autor quien sin demasiados circunloquios aclara que el principio inspirador de la forma de Estado por él preconizada, es la defensa de la libertad del ciudadano, advirtiendo a continuación,

⁵⁸ Sobre todo en el segundo de sus trabajos citados: "Le pensé constitutionnelle de Montesquieu", en el que defiende la validez actual de un Montesquieu desmitificado.

⁵⁹ "Quant à l'équilibre des pouvoirs, nous avons pu être les dupes de ce prestige dans un temps où la mode dembalit exiger des nous cet hommage à nos voisins; dans un temps où notre propre dégradation nous permettait d'admirer toutes les institutions étrangères qui nous offraient quelque faible image de la liberté. Mais, pour peu qu'on réfléchisse, on s'aperçoit aisément que cet équilibre ne peut qu'être une chimère ou un fléau; qu'il supposerait la nullité absolue du gouvernement, s'il n'amemait nécessairement une ligue des pouvoirs rivaux contre le peuple; car on sent aisément qu'ils aiment beaucoup mieux s'accorder que d'appeler le souverain pour juger sa propre cause...". Discurso ante la Convención de 10 de mayo de 1793, *Moniteur*, t. XVI, p. 539.

que el único procedimiento efectivo para garantizar su pervivencia es el de disponer los poderes del Estado de tal forma, que se limiten recíprocamente.

Sobre este postulado —en el que el siempre clarividente Schmitt situara la clave de bóveda de todo el edificio constitucional—⁶⁰ construirá Montesquieu, en un segundo momento, su propio y peculiar sistema de ordenación de las relaciones entre los distintos poderes. Fórmula organizativa que dista mucho de ser la sola manera posible de dar cumplimiento a la exigencia de dividir el poder, porque como ya demostraron los constituyentes americanos, y muy especialmente Madison,⁶¹ cada generación, cada época, desarrolla este principio según sus particulares necesidades y circunstancias, de suerte que no parece demasiado aventurado afirmar que, mientras las técnicas concretas y puntuales de enfrentar poder contra poder, que son producto de un tiempo y de los cambios políticos y sociales que en él se suceden, están necesariamente llamadas a perecer, la idea de que la supervivencia de la libertad exige que el poder —*arrêt*— frene o limite al poder, es sustancial con una forma de Estado y, por tanto, permanecerá inalterable hasta el día en que desaparezca de la tierra el último vestigio del Estado constitucional.

Planteadas las cosas de esta forma, quedaría por examinar cómo repercute la ideología democrática en la vieja doctrina de Montesquieu,

⁶⁰ "La moderna Constitución del Estado burgués de derecho... contiene en primer término una decisión en el sentido de la libertad burguesa. La moderna Constitución del Estado burgués de derecho es, por lo pronto, según su devenir histórico y su esquema fundamental, todavía hoy dominante, una Constitución liberal, y liberal en el sentido de la libertad burguesa. Su sentido y finalidad, es en primera línea, no la potencia y brillo del Estado, no la *gloire* según la división de Montesquieu, sino la *liberté*, protección de los ciudadanos contra el abuso del poder público." *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 145 y 146.

⁶¹ Tres son las notas básicas que sirven para diferenciar la doctrina americana de división de poderes de la europea decimonónica: 1. la existencia de una total homogeneidad social que permite establecer desde el principio una tajante distinción entre poder constituyente y poderes constituidos; 2. la sustitución de la idea de separación de poderes por la de división de funciones y equilibrio de poderes (*checks and balances*); 3. la introducción por vez primera de la noción de división territorial de poder.

Las razones de esta particular interpretación de la doctrina de Montesquieu, que respetando sus principios desprecia sin embargo sus formas, están expuestas con gran precisión por Madison en las cartas XLVII, XLVIII y XLIX de *El Federalista*, pp. 204 y ss. de la edición española.

Respecto de este tema, véase Cotta, Sergio, "Montesquieu, la separation des pouvoirs et la Constitution Fédérale des États Unis", *Revue Internationale d'Histoire Politique et Constitutionnelle*, 1951, pp. 225 y ss.; Wright, Benjamín, "The Origins of the Separation of Powers in America", *Económica*, t. XIII, 1933, pp. 169 y ss.

para lo cual es preciso hacer referencia, de una parte, al surgimiento de un nuevo concepto de soberanía que lleva implícita la total separación entre poder constituyente y poder constituido, y de otra, a la noción de "gobierno de la mayoría".

La primera y más significativa corrección que el principio democrático introduce en el esquema liberal clásico de división de poderes está relacionado con el concepto de soberanía.

A diferencia de lo ocurrido en el constitucionalismo monárquico del siglo diecinueve, en el Estado constitucional democrático, la soberanía no se encuentra repartida de facto entre dos centros de poder, entre dos instituciones públicas que actúan como representantes de grupos sociales antagónicos, sino que se concibe como un poder único, que como quería Rousseau, pertenece por igual a todos los ciudadanos, y cuyo principal, y casi podría decirse que exclusivo cometido, es el de actuar como poder constituyente, esto es, como poder encargado de redactar la constitución para desaparecer a continuación. La constitución deviene así, ley suprema, norma de la que emanan todos los poderes públicos, que precisamente por ello son considerados como poderes constituidos, como poderes que se relacionan entre sí o con los ciudadanos, a través de los cauces que les proporciona el derecho.⁶²

No hace falta demasiada imaginación para comprender en qué medida afecta todo esto a los esquemas decimonónicos. Para empezar, monarca y Parlamento pierden la condición de poderes constituyentes, de poderes soberanos, al tiempo que su caracterización como instancias representativas de grupos sociales antagónicos, sufre un vuelco considerable desde el momento en que la sociedad se impone definitivamente al Estado y consecuentemente el Ejecutivo pasa a ocupar una posición de total subordinación respecto del Legislativo.

Desaparece entonces el equilibrio social de poderes característico de las monarquías constitucionales, y la doctrina de Montesquieu deja de ser en palabras de Böckenforde⁶³ un postulado de la realidad, para convertirse en un principio jurídico, enfáticamente proclamado por todos los textos constitucionales. Para decirlo nuevamente en los términos de Max Weber, "la participación sociológica de los derechos de mando" deja paso ahora a "la distribución jurídica de competencias".⁶⁴

⁶² Vega, Pedro de, *La reforma constitucional*, cit.

⁶³ Böckenforde, *Die Organisationsgewalt in Bereich der Regierung*, Berlín, pp. 787 y ss.

⁶⁴ Weber, Max, *Economía y sociedad*, cit., p. 227.

En este esquema de división jurídica del poder, el significado y valor tradicionales de la inmunidad como institución de garantía, no sólo se mantienen, sino que incluso resultan considerablemente reforzados, porque, no en vano, a través de ella se evita que a los representantes les sean exigidas responsabilidades por órganos y procedimiento distintos a los previstos por la Constitución. La inmunidad queda definitivamente configurada de esta suerte como un mecanismo jurídico encargado de impedir que los poderes constituidos alteren en la práctica el esquema material de distribución de competencias y el sistema formal de relaciones interorgánicas que en su día diseñara el titular del poder constituyente.

De lo expuesto, podría deducirse la errónea conclusión de que el Constitucionalismo Democrático se ha limitado a sustituir la versión sociológica de la doctrina de Montesquieu por la jurídica, de manera que el equilibrio y control mutuo que antes protagonizaban monarca y Parlamento se habría desplazado ahora a los diferentes órganos constitucionales y, muy especialmente, al Tribunal Constitucional. Ahora bien, y aun cuando no falten entre la doctrina partidarios de esta tesis, lo cierto es que, como afirmaba Kelsen,⁶⁵ la conciliación práctica entre la teoría de división de poderes y el principio democrático ofrece más dificultades de lo que a simple vista pudiera parecer, ello porque del principio democrático se deriva, además, la idea de que, aun después que la Constitución se encuentre plenamente vigente, el pueblo continúa siendo la única fuente legislativa del poder, lo que significa que la mayoría que en su seno se forme, es el único sujeto capacitado para designar a los gobernantes.

Aparece así un nuevo principio, el del "gobierno de la mayoría", y surge entonces en la entraña misma del Estado democrático una grave contradicción entre norma jurídica y realidad política: de una parte, las distintas instituciones estatales se configuran, constitucional y jurídicamente, como órganos diferentes en su composición y funciones; pero de otra, el grupo que obtiene mayoría en las elecciones, obtiene también mayoría en las Cámaras, lo que le permite decidir la composición y condicionar la actuación de los demás órganos del Estado: gobierno, judicatura, e incluso, mal que pese, Tribunal Constitucional, que de este modo se comportan en la práctica como si se tratasen de un solo poder.

⁶⁵ "Seguramente era un malentendido —como se ha señalado en tiempos recientes— considerar esencialmente democrático el principio de la división de poderes". *Teoría general del Estado*, Madrid, 1934, p. 338.

Sin embargo y a pesar de las apariencias, las cosas distan mucho de discurrir de esta forma. El Estado constitucional democrático mantiene viva la idea nuclear básica del pensamiento político de Montesquieu, gracias a que los mecanismos jurídicos de división de poderes se complementan y, en cierto modo, se confunden con un sistema interno de pesos y contrapesos de tipo político que limita considerablemente el poder de la mayoría y al que Sternberger, en expresión, desafortunada en la forma, pero tremendamente significativa en el fondo, ha denominado "división vital del poder".⁶⁶

Por división vital del poder entiende el autor alemán, la confrontación institucionalizada que continuamente se está fraguando en el seno del Estado democrático entre gobierno y oposición, confrontación que sólo puede ser tildada de institucional, en la medida en que el poder asegure a la minoría el disfrute efectivo de una serie de derechos y garantías, que conforman el llamado estatuto de la oposición, y entre los cuales ocupa un papel destacado la inmunidad parlamentaria.

En relación con esto último, y como han puesto de relieve los estudiosos del parlamentarismo británico, desde Bagheot a Loewenstein, pasando por Schmitt,⁶⁷ dos son las motivaciones que en los sistemas democráticos contemporáneos llevan a la mayoría a respetar las garantías consignadas en el estatuto de la oposición y, muy especialmente, la inmunidad parlamentaria. En primer lugar, razones de principio: el gobierno sabe que en el futuro está inexorablemente llamado a ser oposición, y necesita prepararse para esa eventualidad; y en segundo término, razones prácticas: en la democracia actual lo habitual son las mayorías relativas o de coalición y no las mayorías absolutas, para de-

⁶⁶ Sternberger, "Gewaltenteilung und Parlamentarische Regierung", *Politische Vierteljahresschrift*, I, 1960.

⁶⁷ La demostración más palmaria de que el Estado constitucional es del todo inviable si no existiera algún mecanismo interno de división de poder, está precisamente en el hecho de que, en aquellos sistemas políticos del siglo XIX, en los que el dogma de la soberanía parlamentaria impedía el equilibrio entre Ejecutivo y Legislativo, el juego de pesos y contrapesos se desplaza al interior del Parlamento, porque como señala Schmitt al respecto: "Bajo la sugestiva influencia de una tradición de competencias, que ha banalizado la teoría de Montesquieu de la división de poderes, se ha acostumbrado a ver en el Parlamento más que una parte de las funciones estatales contrapuestas a las otras partes. Pero el Parlamento no sólo es un miembro del equilibrio, sino que a su vez necesita ser equilibrado, precisamente por ser poder legislativo... La esencia del Parlamento requiere una oposición hay una metafísica del sistema de los dos partidos." *Op. cit.*, nota 30, p. 29.

Precisamente por ser Inglaterra el primer país en asentar el dogma de la soberanía parlamentaria, son los autores ingleses los primeros en estudiar esta problemática. Véase al respecto Bagheot, *La Constitución inglesa* (trad. al español), Madrid, sin fecha; Jennings, *The British Constitution*, Cambridge, 1950.

cirlo en palabras de Lipjhart, la democracia consociativa es la regla y la democracia Westminster la excepción, lo que implica una considerable difuminación de las funciones clásicas de poder y oposición, y a su vez supone un notable reforzamiento de los derechos de las minorías y de los instrumentos que como la inmunidad tienen por objeto defenderlos.⁶⁸

Resumiendo lo expuesto y habida cuenta de las correcciones operadas en la teoría de Montesquieu por la ideología democrática, cabría decir que en nuestros días la doctrina de la división de poderes continúa proporcionando a la inmunidad una cobertura suficiente como para justificar su inclusión en los textos constitucionales de la democracia, al atribuirle dos concretos cometidos: el de servir como mecanismo jurídico de defensa de las intenciones del poder constituyente frente a las previsibles inclinaciones expansivas de los poderes constituidos; y la de actuar como instrumento de garantía de los derechos de la oposición.

Así pues, el auténtico desafío con el que en el momento actual parece topar la inmunidad parlamentaria proviene de las transformaciones operadas en su segundo supuesto fundamentador: el principio representativo.

En relación con este principio, señala Leibholz que “el parlamentarismo moderno, hijo del liberalismo y de los movimientos de emancipación de la burguesía, se ha visto profundamente alterado por la progresiva emancipación de las clases más bajas a lo largo de los últimos cien años, lo cual se ha traducido en un vigoroso crecimiento del poder de los partidos, porque sólo a través de ellos los millones de ciudadanos activos llegados a la mayoría de edad política se han organizado y dotado de capacidad de acción; por ello no es casual que la democracia haya adoptado en los países occidentales el carácter de “democracia de partido”.⁶⁹

Obviamente tampoco se trata de estudiar aquí en extenso, la rica y variada problemática a que da lugar la irrupción de los partidos en la vida política moderna, sino de señalar dos aspectos concretos de la mis-

⁶⁸ Vega, Pedro de, “Para una teoría de la oposición”, *Estudios políticos constitucionales*, México, 1980; Dahl, *Political Oppositions in Western Democracies*, New Haven, Londres, 1966; García Cotarelo, R., “La oposición política”, *Revista de Política Comparada*, núms. 10-11, 1984; Vergottini, *Le “Shadow Cabinet”*, Milán, 1973; Lipjhart, *Las democracias contemporáneas*, Barcelona, 1987.

⁶⁹ Leibholz, “Der Strukturwandel der modernen Demokratie”, en Lenk, Kurt y Franz, Neumann (eds.), *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, cit., y “El legislador como amenaza para la libertad en el moderno Estado de partidos”, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid, 1971.

ma, especialmente relevantes para comprender el significado de la inmunidad en el Estado de partidos: En primer lugar, la aparición de una nueva fórmula representativa, de un nuevo modelo de relaciones entre representantes y representados, en el que el partido desempeña a la vez el papel de elector y elegido. En segundo término, el nacimiento de una nueva estimativa del discurso parlamentario.

Por lo que se refiere al nuevo modelo de relaciones entre representantes y representados, baste destacar que la decisión constitucional en favor del Estado de partidos, rompe cuando menos en dos puntos el esquema representativo que tradicionalmente servía de base a la inmunidad parlamentaria: en lo que respecta al que hasta ahora se venía considerando como sujeto titular efectivo de la representación y en lo que atañe a los lazos que unen al representante con los representados.

Sucede de una parte que la vieja relación bilateral *ciroyen*-diputado, característica del modelo liberal decimonónico, ha sido sustituida por una relación a tres bandas, elector-partido-diputado, que se define entre otras, por las siguientes notas:

a) El partido es quien designa al candidato que formalmente habrá de recabar los votos de los electores, quien lo avala con su programa, y quien, en última instancia, cubre con sus fondos los costos financieros de la campaña electoral.

b) A consecuencia de lo anterior, el elegido es formalmente una persona, un individuo: el diputado, y materialmente, de hecho, un partido,⁷⁰ que necesariamente y por coherencia consigo mismo, se verá impelido a actuar como el representante del sector social que le otorgó su confianza, y no como portavoz de los intereses del conjunto de la comunidad nacional.⁷¹

⁷⁰ "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." Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, cit., p. 69. "En consonancia con la nueva función básica que hoy tiene la elección en la democracia de partidos, el diputado es elegido para el Parlamento, cada vez más en función de su pertenencia a un determinado partido y no, como en la democracia liberal representativa, por su personalidad y especiales cualificaciones. La personalidad política ya no es hoy la personalidad liberal-representativa, que se presenta a los electores, y que constituye una parte de la aristocracia espiritual de la nación en el sentido del siglo XIX, sino fundamentalmente, el exponente del partido político que aparece ante el electorado como garante de determinadas decisiones materiales." *Op. cit.*, nota anterior, p. 224.

⁷¹ "Los partidos desempeñan —dice Duverger— un doble papel en la representación política. En primer lugar, encuadran a los electores, es decir, a los representados. En segundo lugar, encuadran a los elegidos, es decir a los representantes. Son así una especie de mediadores entre elegidos y electores. . . Encuadran a los

c) El diputado se convierte de facto, en el agente del partido en un área concreta y determinada de la vida política, la propia del ámbito parlamentario, en la que lógicamente no podrá comportarse ya como sujeto individual, sino como elemento integrante de una colectividad partidista.⁷²

De todo ello resulta —como reconocen expresamente la casi totalidad de los reglamentos parlamentarios de los países democráticos— que el diputado individual cede por completo su tradicional protagonismo en la vida parlamentaria, en favor de la instancia que lo representa a nivel asambleario: el grupo parlamentario.

En este contexto, nada tiene de extraño la observación que en términos interrogativos formula Gomes Canotilho⁷³ cuando se pregunta por las razones que aún hoy avalan el hecho de que la inmunidad proteja únicamente la libertad de expresión de los diputados —protagonistas aparentes de la vida política— y no la de los grupos parlamentarios, sus protagonistas reales.

Pero es que además de las razonables dudas que en buena lógica pudieran albergarse respecto de quién debiera ser en el Estado de partidos el auténtico destinatario de los beneficios de la inmunidad, habría que recordar que la democratización general de las sociedades europeas comporta también el establecimiento de un modelo diferente de relaciones entre representantes y representados, ya que desde el momento en que los partidos se hacen representar a través de los parlamentarios, resucitan —en la medida en que lo permiten las prohibiciones contenidas en los textos constitucionales— los vínculos jurídicos que en la Edad Media ligaban al mandatario con sus mandantes, y consecuentemente queda destruido uno de los presupuestos que históricamente servía para explicar la existencia de la inmunidad parlamen-

electores... desarrollando la consecuencia política de los ciudadanos y permiten explicar más claramente las opciones políticas... y seleccionando a los candidatos entre los que se desenvuelve la lucha electoral... Encuadran a los elegidos... asegurando a la vez el contacto permanente entre electores y elegidos, y entre los elegidos entre sí." Duverger, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, cit., pp. 135 y ss.

⁷² "El lugar de los electores es ocupado ahora por los partidos que los reúnen organizativamente. El Partido como garante de la voluntad popular que se expresa a través de él, puede incluso excluir al diputado de la organización... En último término, en el moderno Estado de Partidos, el diputado pasa a convertirse en un eslabón técnico-organizativo en el seno de éstos, que en caso de conflicto debe doblegarse." Leibholz, "Strukturwandel der modernen Demokratie", en Lenk y Neumann, *op. cit.*, nota 68, pp. 213 y 219.

⁷³ Gomes Canotilho y Vital Moreira, *op. cit.*, nota 11, vol. II, p. 171.

taria: el de garantizar la libertad de actuación del diputado frente a sus electores.⁷⁴

Respecto a la segunda cuestión propuesta, el nacimiento de una nueva estimativa del discurso parlamentario, habría que señalar que evidentemente los principios que inspiraban el funcionamiento interno del *government by talking* —la lógica parlamentaria de la que hablaba Hamilton—, no podían permanecer indiferentes en las transformaciones operadas en el mecanismo representativo liberal.

En este sentido, como indicara Finer, la sustitución de un sistema político basado en el pensamiento, por otro basado en la voluntad, lleva implícito, a su vez, un cambio radical en el *modus operandi* de las asambleas parlamentarias, en el que la palabra deja de preceder en el tiempo a la acción para condicionarla y pasa a sucederla para justificarla.

La explicación de los motivos de todo este cambio no ofrece demasiadas dificultades. Desde el momento en que el punto de vista del representante individual viene determinado de antemano por la dirección del grupo al que pertenece, el Parlamento deja de ser la cámara de la confrontación y de la discusión, el templo de la razón del que hablara Bentham, en el que, como la decisión era siempre el resultado final de un debate, nada impedía que la solidez argumental del discurso de un solo parlamentario terminase por convencer y por imponerse a la voluntad de la totalidad de la Asamblea, para convertirse en el lugar, en el escenario, diría Schmitt,⁷⁵ donde los diferentes partidos se enfrentan entre sí con una fuerza calculada de antemano, al milímetro, y en el que el discurso no tiene por objeto convencer al auditorio, sino que va directamente dirigido “a los ciudadanos, cuyas futuras decisiones políticas se quiere influir mediante esta argumentación de ventanas afuera”.⁷⁶

En consecuencia y sin que formalmente hayan variado los usos parlamentarios, se ha modificado profundamente la significación material del discurso parlamentario, que, como afirma Kirchheimer,⁷⁷ ya

⁷⁴ En este sentido, no es casual que Kelsen —primero en *Esencia y valor de la democracia* (1920) y, después, en *Das Problem des Parlamentarismus* (1925)— establezca una cierta conexión secuencial entre crisis de la inmunidad y decadencia del mandato representativo, queriendo indicar con ello que la idea liberal de representación era, en cierta forma, el fundamento último de la inmunidad parlamentaria.

⁷⁵ Schmitt, *op. cit.*, nota 4, pp. 369 y ss., repitiendo los argumentos expresados en *op. cit.*, nota 30, pp. 310 y ss.

⁷⁶ Leibholz, *op. cit.*, nota 68, p. 211.

⁷⁷ “La creencia en que a través de la discusión pública se encontraba la verdad política, era uno de los principios en que descansaba el Parlamentarismo liberal,

no tiene como objeto construir una verdad general que sea aceptable para todos, sino explicar y, en definitiva, promover la adhesión ciudadana en favor de determinadas decisiones políticas, adoptadas previamente por el partido o la coalición de partidos gobernantes.

Vistas así las cosas, y una vez elevado a la condición de realidad indiscutible, el hecho de que el uso público de la palabra en el debate parlamentario, influye en poco o en nada en el proceso de formación de la voluntad de las asambleas, resulta obligado reconocer que la inmunidad, como instrumento de garantía de la libertad de discurso del diputado, ha perdido otro de los supuestos que en el pasado le sirvió de fundamento y, por consiguiente, en lo que se refiere al entendimiento actual del principio representativo, carece por completo de sentido.

En estas circunstancias, desaparecidos los presupuestos representativos tradicionales que históricamente justificaron la existencia de esta institución, habría que concluir este trabajo afirmando que las únicas razones que, hoy por hoy, impiden que la inmunidad parlamentaria sea considerada, en terminología de Burdeau, una "*survivance* inútil". derivan de las modernas versiones de la vieja teoría de división de poderes de Montesquieu, que, como ya se dijo, continúa siendo, a pesar de todas las críticas, principio inspirador irrenunciable del Estado constitucional de nuestros días.

Eloy GARCÍA LÓPEZ

presuponía a su vez la existencia de una sociedad homogénea aglutinada en torno a la burguesía... Cuando el proletariado ingresó en el Parlamento este principio dejó de tener sentido... y el Parlamento pasó a ser el lugar donde se explicitan públicamente intereses de clase contrapuestos mientras que las verdaderas decisiones acerca de los problemas políticos importantes se toman en las disquisiciones privadas y en comisiones y reuniones secretas." Kirchheimer, Otto, "Trasformaciones di significato del Parlamentarismo", *Costituzioni senza Sovrano*, Bari, 1982, p. 29.