

# SISTEMAS DE JUZGAMIENTO DE ALTOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Por IVÁN ESCOBAR FORNOS \*

## SUMARIO

1. ALTOS FUNCIONARIOS QUE GOZAN DE INMUNIDAD.—2. TIPOS DE GARANTÍAS OTORGADAS A ALTOS FUNCIONARIOS.—3. SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO DE DIPUTADOS Y SENADORES: A) Sistema judicial. B) Sistemas de amplias garantías. C) Sistema ecléctico.—4. SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO DE LOS GOBERNANTES: A) El sistema judicial. B) Tribunal especial. C) Sistema legislativo. D) Sistema mixto.—5. SISTEMA NICARAGÜENSE DE JUZGAMIENTO A ALTOS FUNCIONARIOS: CONSTITUCIÓN DE 1987 Y SUS REFORMAS.

### 1. ALTOS FUNCIONARIOS QUE GOZAN DE INMUNIDAD

En cuanto a los sujetos que gozan de inmunidad, existen dos sistemas:

- a) Uno que solamente concede inmunidad a un número reducido de funcionarios: Presidente y Vicepresidente de la República, Ministros, Diputados y Senadores.
- b) El sistema de amplitud que a estos funcionarios agrega otros, como el actual sistema nicaragüense.

En cuanto a los delitos que cubre la inmunidad, también existen dos sistemas:

- a) Un sistema de inmunidad que cubre todo delito y todo tipo de demanda.
- b) Otro sistema que sólo cubre ciertos delitos y demandas.

---

\* Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Nicaragua. Managua.

En cuanto al procedimiento existe el sistema de juzgamiento directo por los tribunales comunes, el juzgamiento por el poder legislativo, por un tribunal especial y un sistema mixto: juzgamiento entre el poder legislativo y el judicial.

A medida que desarrollemos el tema se estudiarán los sistemas citados.

En Nicaragua existe un amplio sistema de inmunidad en cuanto a los sujetos y los delitos. Gozan de ella, el Presidente y Vicepresidente de la República<sup>1</sup>, los diputados<sup>2</sup>, los senadores, los Ministros y Viceministros del Estado<sup>3</sup>, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia<sup>4</sup>, los Magistrados del Consejo Supremo Electoral<sup>5</sup>, los Miembros del Consejo Superior de la Contraloría General de la República<sup>6</sup> y el Procurador y Subprocurador de los Derechos Humanos<sup>7</sup>.

## 2. TIPOS DE GARANTÍAS OTORGADAS A ALTOS FUNCIONARIOS

Generalmente los privilegios que se conceden a los diputados y senadores son fundamentalmente dos: la inviolabilidad por sus opiniones y la inmunidad que consiste en no ser procesado ni detenido sino en virtud de un procedimiento especial.

A los Presidentes de la República, Ministros y otros funcionarios sólo se les concede inmunidad.

El derecho a la inviolabilidad en algunas constituciones nicaragüenses se restringe excesivamente (Constitución de Bayona) y en otras no se contempla (Constituciones 1848, 1893, 1905, *non nata* de 1911, 1911, *non nata* 1913).

Existen otras protecciones:

- a) La causa de improcedibilidad de no poder presentarse ni siquiera acusación en los juzgados y tribunales sin que previamente se desafore al funcionario (Constitución de 1939);
- b) Plazos de prescripción o caducidad cortos para los delitos oficiales (casi en todas nuestras constituciones);
- c) Prohibición de juzgar al Presidente por ciertos delitos durante el ejercicio de sus funciones, reservando la acusación al final de su cargo (Constitución de 1858);

<sup>1</sup> Art. 148 inc. 2 de la Constitución.

<sup>2</sup> Arts. 130 y 139 de la Constitución.

<sup>3</sup> Arts. 130 párrafo 3 y 151 de la Constitución.

<sup>4</sup> Arts. 130 párrafo 3 y 162 de la Constitución.

<sup>5</sup> Arts. 130 párrafo 3 y 172 de la Constitución.

<sup>6</sup> Art. 154 de la Constitución.

<sup>7</sup> Art. 138 inc. 9 de la Constitución.

- d) Caducidad de la acusación por delitos oficiales al finalizar el período a favor de los que integran los Supremos Poderes (Constitución de 1858).

### 3. SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO DE DIPUTADOS Y SENADORES

#### A) Sistema judicial

En virtud de este sistema los diputados son juzgados directamente por el Poder Judicial, sin previa declaración de formación de causa. Se funda en dos razones:

- a) Las garantías son contrarias al principio de igualdad.
- b) Los diputados y senadores, en un Estado de Derecho, respetuoso de la libertad y la justicia, bien podrán cumplir sus funciones sin necesidad de esos privilegios, sin los peligros de las diversas presiones al contar con un poder judicial justo e independiente. No tendrían justificación, porque podrían defenderse con la misma seguridad y confianza que el ciudadano común.

Hans Kelsen se pronuncia en contra de la inmunidad (y la inviolabilidad): «En primer lugar, es preciso suprimir o, por lo menos, restringir considerablemente aquella irresponsabilidad de los diputados, denominada inmunidad, e invocada no respecto de los electores, sino ante las autoridades, y especialmente las de orden judicial, que ha sido constantemente considerada como característica del sistema parlamentario. El hecho de que un diputado sólo pueda ser perseguido judicialmente o detenido por un delito cuando el Parlamento lo autorice, supone un privilegio surgido en la época de la Monarquía estamental, es decir, en los tiempos de la competencia más violenta entre el Parlamento y el Gobierno monárquico; y podría tener aún justificación en una Monarquía constitucional en que esta contraposición entre el Parlamento y el Gobierno subsiste, aunque en sentido distinto al anterior y atenuada esencialmente, de todos modos, por la independencia del Poder Judicial, no hallándose todavía eliminado totalmente el riesgo de que un Gobierno arbitrario privase a los diputados del ejercicio de su cargo parlamentario. Pero dentro de una República parlamentaria, en que el Gobierno no es sino una emanación del Parlamento y se encuentra bajo el control de la oposición y la opinión pública en general, a la vez que la independencia del Poder Judicial no está menos asegurada que en la Monarquía constitucional, carece de sentido tratar de proteger al Parlamento frente a su propio Gobierno. Ni siquiera puede tener aplicación este privilegio para proteger a las minorías contra el albedrío de las mayorías. Cambio de sentido que experimentan muchas instituciones tomadas de

las monarquías constitucionales al ser trasplantadas a las repúblicas democráticas, por la sola razón de que semejante protección no es posible mientras la mayoría pueda acordar la entrega de un diputado a la autoridad que lo persiga. En modo alguno puede tratarse de un derecho necesario a tal protección, y menos si se observa que en el privilegio de la inmunidad se trata prácticamente de una disminución de las garantías judiciales del honor ante los ataques procedentes de los diputados. Hoy resulta completamente inadecuada la práctica de sancionar los actos delictivos cometidos por un diputado dentro del desempeño de sus funciones, en ocasión de un discurso parlamentario, con el solo empleo de los medios disciplinarios destinados al mantenimiento del orden en la Cámara, como son una llamada al orden o a la cuestión, etc. Si el parlamentarismo durante el largo período de su existencia no sólo no ha sabido merecer las simpatías de las grandes masas, sino todavía menos de los intelectuales, no ha sido ello ajeno al abuso del anacrónico privilegio de la inmunidad»<sup>8</sup>.

A pesar de todos estos argumentos el sistema judicial puro no ha tenido aceptación en las constituciones. La mayoría de ellas consagra los privilegios y garantías a favor de los diputados y senadores con más o menos amplitud.

#### B) Sistemas de amplias garantías

Este sistema parte de que en la realidad los diputados y senadores no pueden desempeñar libremente sus funciones porque pende sobre ellos la amenaza del poder judicial, del poder ejecutivo, de los partidos políticos que los adversan y generalmente del sistema que impide la independencia de los diputados y senadores de la Asamblea o Congreso. Ha tenido vigencia en muchas constituciones nacionales y extranjeras.

#### C) Sistema ecléctico

En virtud de este sistema se consagran los privilegios y garantías a favor de los senadores y diputados, pero en forma restringida. Es el que goza de mayor aceptación en los países donde impera la democracia y la independencia del poder judicial.

En algunos países, como España, el Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha restringido estos privilegios y garantías a favor de los diputados y senadores.

Con relación a los sistemas amplios y eclécticos, los diputados y sena-

<sup>8</sup> HANS KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, Editorial Colofón, México, 1992, pp. 67 y 68.

dores, en forma semejante a los gobernantes, pueden ser juzgados en los tribunales comunes, por el Poder Legislativo o en forma mixta: desafuero previa por el Poder Legislativo y juzgamiento por el Poder Judicial. Este último es el que se ajusta más al sistema ecléctico.

Las diferentes formas de juzgamientos serán ampliadas al desarrollar el tema del juzgamiento de los gobernantes.

En España, los diputados son acusados con autorización de la Cámara de Diputados y las causas penales serán conocidas por la Sala Penal del Tribunal Supremo.

Los sistemas de juzgamiento de gobernantes, diputados y senadores son muy semejantes y podrían ser estudiados en forma unitaria, destacando las particularidades de cada uno. Pero por razones de orden y método es mejor hacerlo separadamente.

Algunos ejemplos de nuestro constitucionalismo con relación al juzgamiento de los altos funcionarios y diputados:

- a) En las Constituciones de 1893, 1905, *non nata* de 1911 y *non nata* de 1913, los altos funcionarios eran declarados con formación de causa por el poder legislativo y juzgados por la Corte suprema.
- b) Unos funcionarios son declarados con formación de causa por un órgano (Consejo Representativo) y otros por la Asamblea Nacional. Unos son juzgados por la Corte Suprema y otros por un Tribunal Especial. Sistema seguido por la Constitución de 1826.
- c) El sistema actual en que se declara el desafuero por la Asamblea Nacional y el funcionario es juzgado por los tribunales comunes en primera y segunda instancia y casación, excepto el Presidente y Vicepresidente de la República que son juzgados por la Corte Suprema.

#### 4. SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO DE LOS GOBERNANTES

Los reyes absolutos o gobernantes totalitarios concentraban todo el poder en sus manos y gozaban de impunidad penal y de irresponsabilidad política.

Pero a medida que el proceso de democratización avanzaba fue surgiendo la responsabilidad penal y la responsabilidad política de los gobernantes, pero se le concedieron privilegios para ser procesados, a fin de evitar conmociones políticas y arbitrariedades en el juzgamiento. Los gobernantes protegidos son el Presidente y Vicepresidente y los Ministros de Estado. Existen cuatro tipos de sistemas para enjuiciar a estos funcionarios:

## A) El sistema judicial

En virtud de este sistema los mencionados funcionarios son enjuiciados por delitos directamente ante la justicia ordinaria.

Se parte de la confianza e independencia del Poder Judicial. El gobernante puede defender sus derechos con éxito como lo hace cualquier ciudadano. En este sistema es posible que se señale al más alto Tribunal de Justicia para su juzgamiento, como muestra de imparcialidad, competencia y garantía.

En Bélgica la Cámara de Representantes acusa a los Ministros ante el Tribunal de Casación, según se dispone en el art. 103 de la Constitución.

En España el Presidente del gobierno y sus demás miembros son acusados ante la Sala Penal del Tribunal Supremo, que conoce directamente sobre la responsabilidad criminal del Presidente y de sus demás miembros.

Este sistema tiene el inconveniente de inmiscuir en política a los Tribunales de Justicia o al Alto Tribunal Judicial, en su caso.

## B) Tribunal especial

Se puede confiar también el juzgamiento de los gobernantes a un tribunal especialmente organizado, no perteneciente a la jurisdicción ordinaria, para el juzgamiento de estos funcionarios. Podría ser también el Tribunal Constitucional.

En la Constitución de Bayona el juzgamiento de los Altos Funcionarios lo hacía un Tribunal Especial.

En la República de Weimar se constituyó el Tribunal de Estado, con una estructura política y judicial<sup>9</sup>, el cual tenía la competencia para conocer de las violaciones punibles de la Constitución o de las leyes realizadas por el Presidente de la República, el Canciller y los Ministros, a quienes juzgaba por esas infracciones.

El Presidente de la República italiana es acusado por el Parlamento y juzgado por el Tribunal de Garantías Constitucionales.

En Alemania acusa al Presidente la Dieta o el Consejo Federal ante el Tribunal Constitucional.

En Francia el Presidente es acusado ante un Tribunal especial denominado Alto Tribunal de Justicia y los Ministros por un Tribunal de carácter mixto denominado el Tribunal de Justicia de la República.

<sup>9</sup> Art. 59 de la Constitución. Tiene dos defectos: a) Las sentencias pueden ser motivadas por causas políticas, alentadas por los partidos políticos; b) El Poder Legislativo carece de la imparcialidad y la técnica de que goza la función jurisdiccional.

### C) Sistema legislativo

En virtud de este sistema conoce de la responsabilidad penal de los gobernantes el poder legislativo. Si el sistema es bicameral la Cámara de Diputados acusa y la Cámara del Senado actúa como tribunal para juzgar.

Se funda en el criterio de la naturaleza política de los delitos cometidos por los gobernantes y en los serios obstáculos que encontrarían ante los tribunales de justicia ordinarios para conservar su independencia en juicios trascendentales y difíciles.

### D) Sistema mixto

En este sistema intervienen el poder legislativo y la justicia ordinaria. El Congreso puede presentar acusación o denuncia y desaforar al gobernante y los jueces y los tribunales se encargarían del juzgamiento.

## 5. SISTEMA NICARAGÜENSE DE JUZGAMIENTO A ALTOS FUNCIONARIOS: CONSTITUCIÓN DE 1987 Y SUS REFORMAS

La Constitución vigente en Nicaragua es la de 1987, con sus tres reformas (de 1990, 1995 y 2000).

El sistema mixto de desaforación por la Asamblea Legislativa y el juzgamiento por los jueces y tribunales ordinarios es el establecido en la Constitución vigente para todos los funcionarios que tienen inmunidad, excepto para el Presidente y Vicepresidente de la República, que son juzgados por la Corte Suprema de Justicia en pleno después de ser desaforados por la Asamblea Nacional<sup>10</sup>.

La Asamblea, al desaforar, no impone ninguna suspensión del cargo ni pena alguna. No obstante, los diputados quedan suspendidos en el ejercicio de sus derechos cuando al ser procesados penalmente, después de ser desaforados, dictan contra ellos auto de detención provisional<sup>11</sup>.

Se aparta de nuestros tradicionales sistemas mixtos, en los cuales intervenían en el proceso de juzgamiento la Cámara de Diputados, el Senado y la Corte Suprema. Primero porque el actual Parlamento es unicameral, y segundo por que se restringe la inmunidad al no permitir que intervengan la Asamblea y la Corte Suprema en el juzgamiento, salvo cuando se procede contra el Presidente y Vicepresidente.

<sup>10</sup> Arts. 130 párrafo 5 de la Constitución y 27 inc. 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

<sup>11</sup> Art. 10 inc. 1 del Estatuto General de la Asamblea Nacional.

No existe en el sistema nicaragüense fuero especial, salvo a favor del Presidente y Vicepresidente.

Gozan de inmunidad sólo las personas a las cuales se las concede expresamente la Constitución. No la puede otorgar la ley ordinaria, ni ningún otro tipo de norma. Estos funcionarios son:

- a) El Presidente y Vicepresidente de la República (arts. 130 y 148 de la Constitución);
- b) Los diputados (arts. 130 y 139 de la Constitución);
- c) Los Ministros y Viceministros de Estado (art. 151 de la Constitución);
- d) Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia (art. 162 de la Constitución);
- e) Los Magistrados del Consejo Supremo Electoral (art. 172 de la Constitución);
- f) Los Miembros Propietarios y Suplentes del Consejo Superior de la Contraloría General de la República (art. 154 de la Constitución reformado en enero de 2000);
- g) El Procurador y Subprocurador de los Derechos Humanos (art. 138 inc. 9 de la Constitución).

Los privilegios parlamentarios pueden ser colectivos y personales. Los primeros se refieren al órgano, para que el ejercicio y la función sea más fácil e independiente, y los segundos al representante de la Cámara correspondiente, los cuales protegen, no al funcionario en su persona, sino en su función para que pueda actuar con libertad e independencia.

Entre los colectivos se incluyen: el poder disciplinario de cada Cámara sobre sus miembros y extraños; el juzgamiento de la validez de la elección de sus miembros<sup>12</sup> (no existe en nuestro actual sistema); el derecho de llamar e interpelar a Ministros y otros funcionarios; aceptar la renuncia de sus miembros, pero no las condicionadas; el derecho de las Cámaras de hacer su propio Reglamento.

Entre los personales se citan: la inmunidad, la inviolabilidad por los votos y opiniones y la dieta, pero este no es privilegio, sino un derecho a la remuneración por su trabajo, a menos que se garantice que no puede ser reducida<sup>13</sup>.

La protección a los diputados comprende dos aspectos fundamentales: exención de responsabilidad por sus opiniones y votos emitidos en la

<sup>12</sup> Varias de nuestras constituciones concedían intervención al Poder Legislativo para conocer del escrutinio, validez y legalidad de sus miembros y aún de las autoridades superiores: 1824, 1826, 1848, 1854, 1858, 1893, 1905, *non nata* de 1911, 1911, *non nata* de 1913, 1939, 1948 y 1950.

<sup>13</sup> El art. 239 de la Constitución de 1950 y 313 de la Constitución de 1974 garantizan a los funcionarios del Poder Judicial no rebajarle o suprimirle los sueldos.

Asamblea Nacional, y la inmunidad. La primera exime de responsabilidad civil y penal. La segunda sólo lo protege de infundadas demandas o acusaciones que le impidan el normal desenvolvimiento de sus funciones, pero si amerita juzgarlo es desafortunado para que conozcan de la causa los tribunales comunes (en primera instancia, apelación y casación).

El derecho a la inviolabilidad (o exención de responsabilidad por las opiniones y votos) aparece restringido en cuanto al espacio o lugar en que se ejercite, si nos atenemos al texto literal del art. 139 que se refiere a las opiniones y votos emitidos en la Asamblea Nacional.

Podría pensarse que la inviolabilidad se refiere solamente a las opiniones emitidas en el plenario, pero no es así. Sus opiniones las puede dar en las comisiones, en las resoluciones, investigaciones, en las salas de prensa, en los dictámenes, incluso fuera de la Asamblea. Sus discursos pueden ser reproducidos por los medios de comunicación sean o no remitidos por el diputado, puede escribir o hablar en dichos medios.

Aunque no lo expresa la Constitución, la opinión debe ser dada en el ejercicio de sus funciones<sup>14</sup>, pues de otra manera podría ser acusado por injurias y calumnias por las razones siguientes:

- a) Es absurdo pensar que el silencio de la Constitución autorice la impunidad.
- b) Se viola el derecho de igualdad.
- c) Se viola el derecho a la honra y la reputación. Si el diputado opina en su carácter de ciudadano, periodista, profesor y no como diputado de la Asamblea Legislativa, no goza del derecho de la inviolabilidad. Creo que si los diputados suscriben un manifiesto o resolución del partido a que pertenecen sobre problemas que atañen a las funciones de la Asamblea están exentos de responsabilidad.
- d) En la Constitución de Alemania no se exige que las opiniones sean expresadas en el ejercicio de las funciones, pero la inviolabilidad no protege las injurias y calumnias. Las opiniones pueden ser verdadas por escrito o verbalmente.

Otras constituciones no exigen que sean expresadas en el ejercicio del cargo: Cádiz, Alemania, Brasil, Costa Rica, El Salvador y República Dominicana.

<sup>14</sup> La condición de que la opinión debe ser expresada en el ejercicio de sus funciones está contemplada en las Constituciones de 1824, 1826, 1838, 1854, 1858, 1939, 1950 y 1974, excepto, lógicamente, en las constituciones que no contemplan el derecho de la inviolabilidad: 1893, 1905, 1948, *non nata* 1911, 1911 y *non nata* 1913. A ésta lista debe agregarse las constituciones de otros países: Francia, Italia, España, Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Uruguay, Venezuela.

El art. 139 no se puede interpretar en forma amplia, pero sí restrictiva con relación al derecho de los partidos políticos de expulsar o sancionar al diputado que se aparte de sus lineamientos y conducciones.

Los efectos de este derecho subsisten aun cuando el diputado cese en sus funciones, siempre que la opinión la hubiere dado cuando ejercía su cargo.

En la doctrina se discute también si están exentos de responsabilidad penal los instigadores, los cómplices o los que participan de la opinión del diputado o representante. En este punto la doctrina se encuentra dividida: unos sostienen que sí están exentos de responsabilidad y otros que no lo están. Me inclino a esta última tesis.

Este derecho de la inviolabilidad es tan amplio que hasta se llegan a admitir pronunciamientos difamatorios que no constituyen delito, pero que pueden ser sancionados en la Cámara correspondiente en virtud de su poder disciplinario.

Bidart Campos cita el siguiente caso de la jurisprudencia argentina: «En 1960, al fallar el caso Mario Martínez Casas, la propia Corte reiteró y especificó su doctrina, que creemos puede resumirse en las siguientes afirmaciones: a) la inmunidad del art. 60, destinada a garantizar la independencia funcional de las Cámaras legislativas, integra en nuestro régimen el sistema representativo republicano; b) resulta contradictorio asignar a dicha inmunidad un alcance menor que el reconocido a la norma equivalente de la Constitución norteamericana, en cuya interpretación se ha admitido que las palabras difamatorias pronunciadas durante un discurso en la Cámara de Senadores de los Estados Unidos, se encuentran en absoluto comprendidas dentro del privilegio «y también que los legisladores se hallan exentos de responsabilidad penal por sus manifestaciones y actividades intralegislativas»; c) el carácter absoluto de la inmunidad es requisito inherente a su concreta eficacia; d) el reconocimiento de excepciones a la prohibición del art. 60, que la norma no contiene, significaría, presumiblemente, abrir un resquicio por el cual, mediante el argumento de que cabe distinguir entre las opiniones lícitas y las ilícitas de un legislador, podría penetrar la acción sojuzgadora, intimidatoria o simplemente perturbadora de otros Poderes del Estado o aun de particulares, con desmedro del fin constitucional perseguido; e) no es congruente con el sistema de gobierno adoptado por la Constitución, el reconocimiento a los tribunales de justicia de inquirir acerca de los motivos determinantes de la conducta de los legisladores cuando actúen en calidad de tales; f) el pensamiento de quienes consagraron este régimen se apoyó en la presunción de que toda incriminación de un legislador basada en la emisión de opiniones es política e institucionalmente dañosa o riesgosa y debe ser excluida, ya que es preferible tolerar el posible y ocasional exceso de un diputado o senador, a introducir el peligro de que sea presionada o entorpecida la actividad del poder legislativo; g) pero los posibles abusos deben ser reprimidos por los

mismos legisladores sin afectar la esencia del privilegio; h) en otras palabras: las opiniones calumniosas o injuriosas vertidas desde una banca parlamentaria no constituyen delito, pero sí pueden comportar desorden de conducta en el ejercicio de su función, y son susceptibles de originar sanciones diferidas a la decisión del cuerpo legislativo (art. 58 de la Constitución nacional), en las que debe verse el medio idóneo para contener posibles extralimitaciones en resguardo del decoro de este cuerpo y para impedir que el honor de los particulares sea impunemente vulnerado»<sup>15</sup>.

Dentro de un criterio restrictivo de la inviolabilidad, Néstor Pedro Sagués señala que las normas del Pacto de San José que protegen la honra, la dignidad y la intimidad, obligan a una adecuación del art. 60 de la Constitución argentina (que contempla el derecho a la inviolabilidad) con el art. 11 de dicho Pacto porque no es válida una situación de inmunidad e indemnidad frente a ataques a la honra y la dignidad<sup>16</sup>.

Bidart Campos no está de acuerdo con la extensión que se le concede al derecho de la inviolabilidad, y para mientras se reforma la norma que la consagra propone medidas restrictivas:

«Si bien creemos que la aplicación que la jurisprudencia de la Corte ha hecho del art. 60 es exacta, presupuesta la vigencia de la norma constitucional, pensamos, en cambio, que dikológicamente dicha norma es criticable y que merece reforma futura. Una impunidad total y absoluta, con la que un legislador en ejercicio de su mandato puede injuriar, calumniar, ofender, etc., no parece éticamente sostenible.

Ni el Congreso, ni cada Cámara, ni la división de Poderes, ni ningún otro principio de independencia funcional, tienen tan alta jerarquía como para suprimir la delictuosidad y el juzgamiento de hechos cometidos por un legislador en «uso» (?) y abuso de su libertad de expresión. Esto no es ya un privilegio, inmunidad o fuero parlamentarios, sino una irritante lesión de la igualdad; una banca legislativa no puede proporcionar vía libre para delinquir. La supuesta indemnidad que excluye la responsabilidad penal no es necesaria para garantizar el funcionamiento del Congreso.

A efectos de atenuar la extensión y magnitud del privilegio, creemos útil, mientras la norma permanezca vigente, interpretarla restrictivamente (como que es un principio de buena hermenéutica interpretar todo privilegio en forma estricta).

Así: a) la inmunidad no alcanza a opiniones vertidas con precaución del desempeño concreto del cargo; b) la inmunidad no ampara el otorgamiento de facultades extraordinarias incriminado por la pro-

<sup>15</sup> Cit. por GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. El Derecho Constitucional del Poder*, Ediar, Buenos Aires, 1995, t. II, pp 137 y 138.

<sup>16</sup> Citado por BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, t. II, *op. cit.*, p. 139.

pia Constitución en el art. 29; el legislador que pretendiera resguardarse en el privilegio del art. 60 para no ser procesado o castigado por comisión del delito constitucional del art. 29, no podría tener éxito; c) la inmunidad no impide que el legislador tenga que declarar en causa penal o civil de terceros, siempre que su deposición no verse sobre hechos relacionados con opiniones propias cubiertas por el privilegio parlamentario»<sup>17</sup>.

El derecho de la inviolabilidad, no es obstáculo para que de acuerdo al Estatuto y Reglamento de la Asamblea Nacional se sancione al diputado por las injurias, desmanes y desacatos.

Existe una Ley de Inmunidad del 21 de marzo de 1990, reformada por Ley del 21 de septiembre de 1990, ambas anteriores a las reformas constitucionales de 1995 y del 2000.

De conformidad a sus disposiciones, a los funcionarios que gozan de inmunidad sólo se les puede privar de ella con el voto favorable de la mayoría de sus miembros. Al Presidente de la República solo se le puede desaforar con dos tercios de los votos de los miembros de la Asamblea<sup>18</sup>.

Sin esta privación de inmunidad, y previos los trámites y defensa del funcionario, éste no podrá ser detenido ni procesado, excepto en causas relativas al Derecho de familia y laborales. La expresión «no podrá ser procesado» debe interpretarse ampliamente (proceso penal, civil, etc., delitos oficiales y comunes), excepto la materia familiar y laboral<sup>19</sup>.

En materia de familia y laboral se puede presentar la demanda o acusación directamente ante el juzgado competente y tramitarse hasta el final sin necesidad de que el funcionario sea desaforado.

La inmunidad cubre los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones (oficiales) y los delitos comunes. En resumen, gozarán de inmunidad judicial, mientras no sean desaforados o renuncien a la inmunidad, lo que es permitido por la Constitución.

En la doctrina general y donde la Constitución calla sobre la renuncia, la inmunidad y el derecho a la inviolabilidad son derechos subjetivos públicos irrenunciables, tanto en materia civil, penal y en general en todo lo contencioso.

A fin de que la inmunidad cumpla su finalidad y evitar las presiones, la renuncia debe ser expresa y presentada ante la Asamblea Nacional. El funcionario que goza de inmunidad puede declarar como testigo sin perder su inmunidad.

La renuncia para un caso no se extiende a otros. No puede ser general ante la Asamblea Legislativa ni ante cualquier persona natural o jurídica,

<sup>17</sup> *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. II, *ob. cit.*, p. 139.

<sup>18</sup> Art. 130 párrafo 4 de la Constitución, reformado en enero del 2000.

<sup>19</sup> Art. 130 párrafo 4 de la Constitución, reformado en enero del 2000.

pública o privada. Tampoco se puede renunciar previamente en virtud de contrato o convenio.

Si el delito por el que se le acusa al diputado electo fue cometido antes, goza de inmunidad, pero si ya existiere juicio pendiente, éste continuará.

De acuerdo con el art. 138 inc. 24 de la Constitución, le corresponde a la Asamblea Nacional recibir de las autoridades judiciales o directamente de los ciudadanos las acusaciones o quejas presentadas en contra de los funcionarios que gozan de inmunidad para conocer y resolver sobre las mismas.

Sobre la apreciación de los méritos de la acusación se han formulado varios criterios:

- a) El que distingue entre delitos políticos y delitos comunes para los efectos de desaforar o no desaforar, habida cuenta que los primeros tienen una justificación y privilegio ante una asamblea legislativa asediada por el poder. Este criterio presenta el problema que significa distinguir entre dichos delitos y se puede prestar a la impunidad.
- b) La gravedad del delito. Si el delito es leve debe denegarse la desaforación. Este criterio es inaceptable pero acogido en la práctica parlamentaria.
- c) Se deniega la desaforación cuando existen indicios de persecución política, criterio que responde al fin de la inmunidad. Sin embargo, se le critica porque la Asamblea Nacional no puede entrar a conocer el fondo de los hechos de la acusación, lo cual no es correcto porque no puede sustituir al juez. Solo éste puede conocer sobre la culpabilidad o inocencia, las eximentes, etc. El análisis de la Asamblea no es judicial, sino político. Es cierto que en varias de nuestras constituciones el Congreso juzgaba, pero en la actual no. Este es el criterio más aceptable actualmente. No descarto la posibilidad de que la Asamblea Legislativa adopte, según las circunstancias, cualquiera de los criterios expuestos.

La acusación o queja se presenta en la Secretaría, quien de inmediato informará a la Junta Directiva<sup>20</sup>. Seguidamente la Junta Directiva nombrará una Comisión para que estudie y dictamine sobre la acusación o queja, la cual le será comunicada al funcionario dentro de las veinticuatro horas siguientes de haberse formado la Comisión. Se concederá audiencia al acusado ante dicha Comisión dentro del sexto día de notificado para que exprese lo que tenga a bien<sup>21</sup>. El funcionario puede defenderse personalmente o por medio de apoderado, tanto en la Comisión como en el Plenario<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Art. 8 de la Ley de Inmunidad.

<sup>21</sup> Art. 9 de la Ley de Inmunidad.

<sup>22</sup> Art. 10 de la Ley de Inmunidad.

La Comisión abrirá a pruebas las diligencias por el término de veinte días prorrogables a solicitud de la Comisión o del interesado ante la Junta Directiva.

Vencido el término de prueba, la Comisión emitirá dictamen confirmado o rechazando la acusación o queja<sup>23</sup>.

El dictamen se pasará al Plenario para decidir si lo acepta o rechaza. El Presidente le concederá intervención al funcionario o a su apoderado<sup>24</sup>.

El plenario acepta o niega la desaforación con el voto de la mayoría de sus miembros<sup>25</sup>, y cuando se trata de la desaforación del Presidente, con los dos tercios de los votos de sus miembros<sup>26</sup>. La Secretaría librará certificación de la decisión sobre el dictamen<sup>27</sup>.

Se podría sostener que la decisión de desaforar o no desaforar no admite recurso de amparo, pues es una función privativa de la Asamblea que no puede ser controlada por el Poder Judicial. La que rechaza la desaforación produciría cosa juzgada, como si estuviéramos frente a un juicio porque nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo hecho (*non bis in idem*). Pero creo que no existe ningún impedimento para que proceda el amparo contra la resolución de desaforar o no desaforar.

Los magistrados y jueces no pueden gozar del derecho de la inviolabilidad por sus votos y opiniones porque: son responsables civil y penalmente en el ejercicio de sus funciones; la motivación de la sentencia tiene que ajustarse a la ley y a la justicia y no a caprichos, arbitrariedades o intereses extraños; no pueden emitir opiniones sobre casos que pueden llegar a su conocimiento y en general deben guardar imparcialidad. Sin embargo, tiene amplitud para interpretar la ley y la Constitución.

En las Constituciones *non nata* de 1911, 1911, *non nata* de 1913 y de 1974 los magistrados gozaban del derecho de la inviolabilidad.

<sup>23</sup> Art. 11 de la Ley de Inmunidad.

<sup>24</sup> Art. 12 de la Ley de Inmunidad.

<sup>25</sup> Art. 130 párrafo 4 de la Constitución.

<sup>26</sup> Art. 130 párrafo 4 de la Constitución.

<sup>27</sup> Art. 14 de la Ley de Inmunidad.