

EL CONTORNO DE LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS EN ALEMANIA* THE DELIMITATION OF PARLIAMENTARY PRIVILEGES IN GERMANY

Susana Sánchez Ferro

Profesora Titular de Derecho constitucional
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El artículo analiza la situación actual de las prerrogativas parlamentarias en Alemania y pone el foco en el caso *Pofalla II*, resuelto por el Tribunal Constitucional alemán en el año 2001, que supuso un antes y un después en este campo, sobre todo en relación con la inmunidad. Además de reafirmar la actualidad de las prerrogativas parlamentarias y la necesidad de seguir contando con ellas como garantía de la representación y del buen funcionamiento del trabajo parlamentario, el Tribunal Constitucional alemán acotó el margen de decisión del *Bundestag* y reconoció al diputado individual una pretensión, fundada en su estatus constitucional —y, en concreto, en la libertad de mandato—, para que la decisión sobre su inmunidad no fuera arbitraria. Esa conexión con la libertad de mandato del diputado es extrapolable a la inviolabilidad.

PALABRAS CLAVE

Prerrogativas parlamentarias, inmunidad, inviolabilidad, Derecho constitucional alemán.

ABSTRACT

The article reviews the situation of parliamentary privileges in Germany, focusing on the *Pofalla II* case. This case was decided in 2001 by the German Constitutional Court and marked a milestone. The Constitutional Court, reaffirming the usefulness of parliamentary privileges as a way to preserve the representativeness and functioning of Parliament, limited the margin of appreciation of Parliament as to the decision to lift the immunity of members of Parliament (MPs) and recognised them an entitlement to get a non-arbitrary decision by the German Constitutional Court about their immunity, thus based on their constitutional status and, specifically, on their freedom of mandate. This MP status can also be linked to freedom of speech of MPs in Parliament.

KEYWORDS

Parliamentary privileges, immunity, freedom of speech of MPs, German Constitutional Law.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2021.029>

* Este artículo se ha realizado en el marco del proyecto DER2015-69217-C2-1-R, «Reforma constitucional: problemas filosóficos y jurídicos», codirigido por los profesores Juan Carlos Bayón y José María Sauca y financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

EL CONTORNO DE LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS EN ALEMANIA

Susana Sánchez Ferro

Profesora Titular de Derecho constitucional
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario: 1. La inmunidad y la inviolabilidad en Alemania: el Derecho positivo. 1.1. La regulación constitucional de la inviolabilidad a nivel federal y estatal. 1.2. La regulación constitucional de la inmunidad a nivel federal y estatal. 2. La naturaleza jurídica de la inmunidad y de la inviolabilidad. 3. Aspectos relativos a la inviolabilidad. 4. La inmunidad al detalle. 4.1. El desarrollo reglamentario de la inmunidad, su duración y otras cuestiones de procedimiento. 4.2. Límites a la decisión del *Bundestag* sobre la inmunidad. 4.3. La discusión sobre la propia necesidad de la existencia de la inmunidad. Notas. Bibliografía.

1. LA INMUNIDAD Y LA INVOLABILIDAD EN ALEMANIA: EL DERECHO POSITIVO

1.1. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INVOLABILIDAD A NIVEL FEDERAL Y ESTATAL

Al igual que en otros países, en Alemania se distingue entre la inviolabilidad (*Indemnität*) y la inmunidad en sentido estricto (*Immunität*) (Klein, 2016: § 7). Ambas prerrogativas hunden sus raíces en la tradición del parlamentarismo inglés; en el Continente, las constituciones de la Revolución francesa fueron las primeras en regular dichas instituciones. En territorio alemán, la recepción de ambas figuras tuvo lugar a través de Francia y Bélgica; algunas constituciones del sur y de la mitad del territorio siguieron el modelo de la Carta francesa de 1814, y otras, como la de Prusia o la de la Confederación —*gesamtstaatliche Verfassung*—, el de la Constitución belga de 1831. Sobre esta evolución histórica, *vid.* Magiera (2011: §§ 1-3, §§ 26-31); y Klein (2016: § 8).

El artículo 46 de la Constitución alemana (*Grundgesetz*) regula en su apartado primero la inviolabilidad de los diputados. Dicho artículo establece que los diputados —los miembros del *Bundestag*— no podrán ser perseguidos en ningún momento, ni administrativa ni

judicialmente, por los votos emitidos o por las declaraciones (*Äußerungen*) vertidas en el *Bundestag* o en cualquiera de sus comisiones ni se les podrá exigir responsabilidad alguna por las mismas, salvo en el propio *Bundestag*. Durante los debates de la asamblea constituyente, un diputado solicitó expresamente que se incluyera en la Constitución la protección por las expresiones realizadas fuera del ámbito parlamentario, pero tal posibilidad fue excluida cuando se votó la propuesta (Magiera, 2011: § 58).

A diferencia de la Constitución de Weimar de 1919, la Constitución alemana vigente no incluye en su ámbito de protección a los parlamentarios de los *Länder* (Magiera, 2011: § 46).

En fin, el artículo 46 (1) de la Constitución alemana —*Grundgesetz*, en adelante GG— excluye las difamaciones injuriosas de la protección que brinda la inviolabilidad.

Las constituciones de los estados federados (*Länder*) también regulan la inviolabilidad de sus parlamentarios. En la mayor parte de las constituciones de los *Länder*, la inviolabilidad se extiende a todas las expresiones de los parlamentarios realizadas en el ejercicio de su mandato (Klein, 2016: § 20). Bien es verdad que algún tribunal como el Tribunal Supremo del Estado de Bremen (*Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen*), por ejemplo, en su sentencia de 12 de julio de 1967 (BremStGH, Entscheidung vom 12.07.1967 (St 2/1966)), aclara que deben entenderse como declaraciones realizadas en ejercicio del mandato solo las vertidas en el pleno de la Cámara, en las comisiones, así como en los grupos parlamentarios. La Constitución de Baviera es la más restrictiva de todas las constituciones de los *Länder* en este punto, ya que solo libera al parlamentario de responsabilidad por su conducta en las votaciones, mientras que las Constituciones de Hamburgo, Baja Sajonia, Sajonia-Anhalt y de Schleswig-Holstein siguen la línea del artículo 46 GG, con el único matiz de que la Constitución de Baja Sajonia incluye expresamente la protección por las expresiones manifestadas en los grupos parlamentarios (*Fraktionen*).

Por otro lado, si bien la mayoría de las constituciones de los *Länder* excepcionan de la inviolabilidad las expresiones que supongan difamaciones injuriosas, en la línea de lo establecido en el art. 46 GG, las Constituciones de Baden-Wurtemberg, Bremen, Hessen (que además protege expresamente a los miembros de otros parlamentos de los estados federados) y Renania Palatinado no prevén dicha excepción (Klein, 2016: § 20). Hamburgo sigue un camino intermedio, pues en el artículo 14 (2) de su Constitución establece que los insultos difamatorios realizados por los parlamentarios pueden ser perseguidos si lo autoriza la Cámara (*Bürgerschaft*).

En Alemania se plantea el problema de la articulación de la regulación de la inviolabilidad que establecen las constituciones de los *Länder* con el artículo 36 del Código Penal —*Strafgesetzbuch*— (art. 36 StGB), que es una norma federal y que también regula la inviolabilidad. Su tenor literal es el siguiente: «Los miembros del *Bundestag*, de la Asamblea Federal o de un cuerpo legislativo de un *Land* no podrán ser considerados responsables fuera del propio parlamento en ningún momento por su voto o por cualquier declaración que hayan hecho en el Cámara o en una de sus comisiones». De nuevo, se excluyen de la protección las declaraciones que sean difamaciones injuriosas. Como

puede observarse, este artículo establece una regulación única para todos los estados de la Federación; el problema es que, como ya hemos visto, la regulación de las constituciones de los *Länder* no siempre coincide con la del precepto del Código Penal. Sobre esta articulación hay diversidad de opiniones: los Tribunales Supremos de los estados de Bremen y Baviera y el Tribunal Supremo federal (*Bundesgerichtshof*) interpretaron que el § 36 StGB rige también para los parlamentarios de los *Länder*, puesto que es materia penal (Klein, 2016: § 24; y Klein, 1989: 557). Existe también un sector doctrinal que opina que el artículo 36 del Código Penal alemán prevalece sobre las constituciones de los *Länder* basándose en el artículo 31 GG, que señala que el Derecho federal prevalece sobre el estatal, lo que dejaría a salvo otras formas de responsabilidad, como la civil; así, por ejemplo, esta corriente sostiene que no podría exigirse a los parlamentarios de Baviera responsabilidad penal por las declaraciones o manifestaciones hechas en el Pleno o las Comisiones a pesar de que la Constitución de Baviera solo proteja a los parlamentarios por su voto, mientras que a un parlamentario de Renania-Palatinado se le podría exigir responsabilidad por las manifestaciones realizadas fuera del Parlamento y sus comisiones a pesar de que la Constitución de dicho *Land* garantice la inviolabilidad por las declaraciones vertidas en el ejercicio de su mandato (Magiera, 2011: § 49, quien se apoya también en el art. 74 (1) núm. 1 GG, que regula las competencias concurrentes). Algunos autores consideran que el artículo 36 StGB es nulo en relación con el Derecho de los *Länder* porque estamos ante una materia de Derecho parlamentario, perteneciente, por tanto, al ámbito competencial de los *Länder*, por lo no es posible llevar a cabo una interpretación conforme del artículo 36 StGB (su ámbito de aplicación quedaría, pues, circunscrito a los diputados del *Bundestag*) (Röper, 1998: 74). Otros, en fin, sostienen que el ámbito de aplicación del artículo 36 StGB se limita a los casos en los que los parlamentarios de los *Länder* cometen un delito fuera de su propio *Land* (*vid.* una síntesis de estas posiciones en Klein (2016: § 24) y una discusión en profundidad en Schröder (1982: 42-50)). Klein considera que el legislador federal no es competente para regular la inviolabilidad de los parlamentarios estatales en la medida en que se trata de una materia de Derecho parlamentario —y, por ello, de Derecho Constitucional— del *Land* tanto en sentido material como formal (el autor se apoya en el artículo 28 (1) GG, que establece que debe existir cierta homogeneidad en las constituciones de los *Länder*, pero que garantiza a estos su autonomía sin interferencias de la Federación), pero que el precepto del Código Penal no es nulo, sino que simplemente establece la obligación de respetar la inviolabilidad de los parlamentarios de cada estado federado en todo el país con una extensión variable, dependiente de lo que los mismos establezcan en su propio ordenamiento (Klein, 2016: § 25). En fin, el artículo 152a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (StPO), que sí entra dentro del marco de las competencias del legislador federal, dispone que los preceptos normativos de los *Länder* sobre las condiciones en las que se puede iniciar o continuar un proceso penal contra un parlamentario del *Land* son también eficaces frente a los demás estados de la República Federal de Alemania y ante la propia Federación.

1.2. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INMUNIDAD A NIVEL FEDERAL Y ESTATAL

El artículo 46 (2) GG dispone que el diputado solo podrá verse privado de libertad o exigírsele responsabilidad a causa de un hecho punible con la autorización del *Bundestag*, salvo que sea detenido *in fraganti* o en el transcurso del día siguiente a la comisión del delito. Además, conforme al artículo 46 (3) GG se requerirá la autorización del *Bundestag* cada vez que quiera limitarse adicionalmente la libertad personal del diputado o cuando se pretenda iniciar un proceso contra el mismo de acuerdo con el artículo 18 de la Constitución. El artículo 18 de la Constitución alemana regula el abuso del Derecho y establece lo siguiente: quien con el fin de luchar contra el orden libre democrático abusa de la libertad de expresión en general, y en concreto de la libertad de prensa (artículo 5 (1) GG), de la libertad de enseñanza (artículo 5 (3) GG), de la libertad de reunión (artículo 8 GG), de la libertad de asociación (artículo 9 GG), de la confidencialidad de las cartas, correos y telecomunicaciones (artículo 10 GG), de la propiedad (artículo 14 GG) o del derecho de asilo (artículo 16 bis) pierde estos derechos fundamentales. La pérdida de estos derechos y la extensión de la misma debe ser declarada por el Tribunal Constitucional. Finalmente, de acuerdo con el art. 46 (4) GG, a requerimiento del *Bundestag* deberá interrumpirse cualquier proceso penal en curso y cualquier proceso del artículo 18 GG, así como cualquier detención o cualquier otra restricción de la libertad del diputado.

Las constituciones de los estados federados contienen también preceptos relativos a la inmunidad de los parlamentarios, algunas de ellos con especificidades frente a la norma federal (Klein, 2016: § 21). El tratamiento que la Constitución de Baviera hace de la inmunidad es similar al de la Ley Fundamental de Bonn; contempla la posibilidad de que el Parlamento exija la paralización de un proceso o de una detención o de cualquier otra conducta que suponga una restricción de la libertad del parlamentario, con efectos durante el período de sesiones, según establece expresamente el artículo 24 (3) apartado 2 de la mencionada Constitución; ahora bien, el requerimiento de paralización no podrá realizarse si el parlamentario ha sido acusado de un crimen apolítico. De acuerdo con el art. 24 (3) apartado 3 Constitución de Baviera, el parlamento del *Land* decidirá si el crimen es o no apolítico.

Por otro lado, las Constituciones de Bremen y Hessen —esta última extiende también su aplicación a los parlamentarios de otros *Länder*— excluyen de la protección de la inmunidad los casos en los que el parlamentario es procesado por un presunto acto delictivo que traiga causa de que el parlamentario sea el editor responsable de una revista o de un periódico (arts. 95 (4) de la Constitución de Bremen y 96 (4) de la Constitución de Hesse). La Constitución del Sarre prevé la imposibilidad de recurrir a la inmunidad por actos cometidos en el ejercicio profesional cuando las leyes determinan la posibilidad de enjuiciamiento de dichos actos sin limitaciones (art. 82 (4) de la Constitución del Sarre). En fin, la Constitución de Renania del Norte-Westfalia dispone que no gozará de inmunidad el que de forma dolosa (*shuldigt*) cometa una ofensa injuriosa en el ejercicio de su mandato.

Las constituciones de los estados federados también regulan de forma distinta la duración de la inmunidad. Algunas Constituciones (Baviera, Bremen y Hesse) la extienden únicamente al período de sesiones, mientras que el resto la contemplan para toda la legislatura; ahora bien, esta diferenciación no tiene efectos prácticos porque los parlamentos se reúnen en sesión permanente (Klein, 2016: § 21 b)).

Por otro lado, existen diferencias en relación con la extensión de la protección concedida en cada caso. Así, por ejemplo, la Constitución de Brandemburgo no impide de forma inmediata las medidas de enjuiciamiento penal contra un miembro del parlamento, su detención y cualquier otra restricción de su libertad personal, sino que dispone simplemente que tales medidas deberán suspenderse a petición del parlamento si perjudican la labor parlamentaria del propio parlamento (art. 58 Constitución de Brandemburgo), mientras que la Constitución de Hamburgo sí establece en su artículo 15.1 que los parlamentarios no pueden ser detenidos ni sometidos a ninguna otra medida que restrinja su libertad y el ejercicio de su mandato sin el consentimiento de la Cámara (*Bürgerschaft* —literalmente traducido como ciudadanía—) a menos que sean detenidos mientras cometen un delito (flagrancia) o durante el día siguiente a su comisión (Klein, 2016: § 22).

Finalmente, en algunas Constituciones como la de Renania-Palatinado (art. 94 (4)), puede atribuirse a una comisión la competencia para decidir sobre el levantamiento de la inmunidad o, como en el caso de la Constitución de Turingia (art. 55 (4)), tanto dicha decisión como la potestad de requerir la paralización de una detención o la suspensión de cualquier medida de restricción de la libertad del parlamentario.

2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA INMUNIDAD Y DE LA INVIOLABILIDAD

Ambas prerrogativas, inviolabilidad e inmunidad, sirven para proteger tanto la representatividad del Parlamento como el ejercicio de las funciones parlamentarias (Klein, 2016: §§ 3, 50). La libertad de palabra (*Redefreiheit*), que era la denominación de la inviolabilidad en las constituciones anteriores a la Ley Fundamental de Bonn, es una condición necesaria para que la representación en el Parlamento se desarrolle libremente y sin cortapisas (Klein, 2016: § 31). La finalidad de la inmunidad, por su parte, es que la representatividad del Parlamento no sea vea mermada por restricciones de la libertad de sus componentes o por la preocupación que les supondría a estos el hecho de verse inmersos en un proceso. Al igual que en España, la prerrogativa protege tanto la composición como las funciones del Parlamento.

El Tribunal Constitucional alemán (*BVerfG*) se pronunció sobre la naturaleza jurídica de la inmunidad en el caso *Pofalla II* del año 2001 (BVerfGE 104, 310), el más relevante a estos efectos. La Sala Segunda del *BVerfG* hubo de decidir en dicho caso un conflicto entre órganos (*Organstreitverfahren*) planteado por el diputado Pofalla frente al propio *Bundestag* y al presidente del *Bundestag*. Según el recurrente, tanto 1. a) el levantamiento de su inmu-

nidad decretado por el *Bundestag* (la autorización para proceder otorgada por el *Bundestag* que hizo posible que se iniciase la instrucción de un procedimiento penal contra él ante las sospechas de que había incurrido en fraude fiscal) como *b*) la autorización del *Bundestag* para que se procediese a ejecutar registros y órdenes de embargo de los bienes del diputado eran contrarios al artículo 46 (2) GG, en relación con el artículo 38 (1) segunda frase GG, que dispone que los miembros del *Bundestag* son representantes de todo el pueblo y que no están sometidos a mandato imperativo y solo están sujetos a los dictados de su conciencia. Además, el diputado alegó que *c*) el hecho de que el Parlamento no hubiera exigido la interrupción del proceso penal contra él implicaba una vulneración del artículo 46 (4) GG como también lo era 2. el hecho de que el presidente del *Bundestag* no hubiera impulsado una resolución del Parlamento para que se suspendiera su procesamiento. El *BVerfG* declaró que el recurso era inadmisibile en lo que atañía a las alegaciones 1.*a*) y 2. por haberse presentado fuera de plazo, y respecto a las alegaciones 1.*b*) y *c*) concluyó que, aunque era admisible, el recurso no tenía fundamento.

En los fundamentos jurídicos de la sentencia, el *BVerfG* declaró que el artículo 46 GG por sí solo no permite al diputado recurrir frente al Parlamento en la medida en que la inmunidad es una garantía que protege al Parlamento en su conjunto y no al diputado individual (BVerfGE 104, 310 (325)). Para llegar a esta conclusión, el Tribunal se valió de los diferentes métodos de interpretación jurídica. El tenor literal del artículo 46 (2) GG no permite deducir, en opinión del *BVerfG*, un derecho subjetivo del diputado a la inmunidad o al levantamiento de la misma, aunque la reserva de autorización para proceder que posee el *Bundestag* se establezca a favor del diputado (BVerfGE 104, 310 (326)). Tampoco la interpretación histórica permite afirmar un derecho del diputado a que se mantenga o a que se levante su inmunidad. A comienzos del constitucionalismo —afirma el *BVerfG*—, la inmunidad se introdujo para proteger en el ejercicio de sus funciones a los diputados frente a la iniciación arbitraria por parte del ejecutivo de cualquier investigación penal que pudiera obstaculizar su trabajo. La protección del parlamentario individual tenía como finalidad preservar la capacidad de trabajo y de funcionamiento del Parlamento. La inmunidad no se consideraba un privilegio del parlamentario, sino una prerrogativa del Parlamento (*Schutzrecht des Hauses*), opinión también dominante en la asamblea constituyente que tuvo lugar en 1948 en Alemania. El diputado no puede disponer de la inmunidad y no puede renunciar a ella en tanto que es una prerrogativa de la Cámara, opinión, por otro lado, unánime en la doctrina. (BVerfGE 104, 310 (326-327)). La interpretación teleológica, por su parte, confirmaría también que la inmunidad persigue proteger al Parlamento (BVerfGE 104, 310 (328)). La inmunidad, sostiene el *BVerfG*, encuentra su justificación, actualmente, en el principio de representación (en el mismo sentido, Klein (2016: § 3); y Magiera (2011: § 35)). Así, aunque la Constitución disponga que es el representante de todo el pueblo alemán, el diputado verdaderamente solo puede ser tal en conjunción con el resto de la Cámara y actuando en común con los demás representantes. El pueblo se ve representado a través de las decisiones adoptadas en el Parlamento de forma conjunta; por ello, en la medida de lo posible, debe garantizarse la participación de todos los diputados en la toma de aquellas decisiones, en el marco de lo razonable en un sistema democrático parlamentario como el que establece la Constitución. En fin, cuando se obstaculiza la

labor del parlamentario individual —afirma el *BVerfG*— no solo se alteran las mayorías establecidas en el Parlamento por los electores, sino que también se impide que el diputado contribuya con sus conocimientos, experiencias, convicciones o los intereses de sus electores a la formación de la voluntad parlamentaria, lo que perjudica asimismo la formación de dicha voluntad, que se nutre del equilibrio entre los antagonistas sociales (BVerfGE 104, 310 (329); en el mismo sentido se había pronunciado ya Würbs (1987: 25)). En definitiva, la inmunidad debería servir para garantizar que el diputado no se vea obstaculizado en el ejercicio de sus funciones por la intromisión de los demás poderes del Estado (BVerfGE 104, 310 (329)); el fin de esta prerrogativa no es otro que permitir el trabajo del Parlamento y el desarrollo de sus funciones sin interferencias (BVerfGE 104, 310 (332)). Estamos, pues, ante una prerrogativa que trata de preservar la autonomía parlamentaria. Por ello, la decisión sobre el levantamiento o no de la inmunidad debe ser responsabilidad del *Bundestag* (Klein, 2016: § 50). Más adelante veremos que el *BVerfG* ha conectado la prerrogativa parlamentaria de la inmunidad con el artículo 38 (1) de la Constitución, esto es, con el estatus del Parlamentario y la libertad de mandato, y ha extraído de ahí un límite al margen de decisión del *Bundestag* sobre el otorgamiento o levantamiento de la inmunidad del diputado.

En fin, la necesidad de proteger a los parlamentarios impopulares frente a las interferencias de los demás poderes para preservar el principio de representación se da también, *mutatis mutandis*, en el caso de la inviolabilidad; es imprescindible que los parlamentarios puedan participar en la construcción de la voluntad parlamentaria a través de la libertad de palabra, la réplica y la contrarréplica sin estar sometidos a presiones externas, incluso aunque recurran a un lenguaje acerado cuando la pasión del debate les lleve a ello (Klein, 2016: § 31). Será el propio *Bundestag* el que deberá adoptar las medidas de moderación que considere oportunas. Por supuesto, la responsabilidad política del diputado frente al pueblo, elemento esencial del parlamentarismo, se mantiene también incólume (Klein, 2016: § 3).

3. ASPECTOS RELATIVOS A LA INVOLABILIDAD

La inviolabilidad excluye la responsabilidad jurídica del diputado por los votos emitidos y manifestaciones vertidas en el *Bundestag* y en sus comisiones (art. 46 (1) GG); no protege a los miembros del *Bundesrat*, esto es, a los miembros de la Cámara Alta en la que se encuentran representados los gobiernos de los estados (Klein, 2016: § 35; y Wiefelspütz, 2016: § 3). La finalidad de la inviolabilidad es que los parlamentarios puedan debatir libremente en el Parlamento sin presiones externas para que la voluntad de la Cámara se forme sin perturbaciones (se protege, por tanto, la función orgánica del *Bundestag*); de ahí que solo se tutelen las manifestaciones y los votos vertidos dentro del *Bundestag* o de alguna de sus comisiones, pero no las declaraciones realizadas a la prensa —salvo que sean una repetición exacta de lo dicho en sesión pública en el *Bundestag*— o a terceros (por ejemplo, en las reuniones de los partidos políticos o los encuentros con los electores) (Klein, 2016:

§§ 39-44; y Magiera, 2011: § 66). A diferencia de la inmunidad, la inviolabilidad funciona de manera inmediata, sin necesidad de que el Parlamento actúe de forma alguna. Es más, el Parlamento no puede disponer de dicha prerrogativa, como tampoco puede hacerlo el diputado (Magiera, 2011: § 79; y Klein, 2016: §§ 4 y 33). Cuando se desconoce la inviolabilidad del diputado, este debe recurrir a las acciones que le ofrece el ordenamiento jurídico y, una vez agotados todos los recursos, podrá interponer recurso de amparo ante el *BVerfG* por vulneración del art. 38 (1), segunda frase, GG en relación con el art. 46 (1) GG (art. 93 (1) núm. 4a GG en relación con el § 90 de la Ley que regula el Tribunal Constitucional —*BverfGG*—). Si es el propio Parlamento el que daña la inviolabilidad —por ejemplo, al levantar la inmunidad del parlamentario por un delito de expresión que no constituya ofensas injuriosas—, el diputado podría acudir al conflicto entre órganos regulado en el art. 93 (1) núm. 1 GG y en los artículos 63 ss. *BVerfGG* (Klein, 2016: § 34; y Magiera, 2011: § 134). La protección otorgada por la inviolabilidad comienza con la legislatura y cubre las expresiones emitidas durante el mandato; además, la protección se conserva tras la expiración del mandato para las expresiones vertidas durante el mismo (Magiera, 2011: § 73).

La inviolabilidad cubre tanto las votaciones como las manifestaciones / declaraciones (*Äußerungen*) hechas en la Cámara o en sus comisiones (vid. art. 46 (1) GG). Según la opinión doctrinal mayoritaria, la expresión *Äußerungen* incluye tanto opiniones (*Meinungsäußerungen*) como información o descripción de hechos (*Tatsachenbehauptungen*) (Klein, 2016: § 38; Wiefelspütz, 2016: § 5). De hecho, se optó por elegir este concepto —*Äußerungen*— frente al de *Meinungen* (opiniones), más restringido y plasmado tanto en la Constitución belga de 1831 como en la prusiana la prusiana (art. 83 (1) Constitución de 5.12.1848 y art. 84 (1) Constitución de 31.1.1850) (Magiera, 2011: § 30). En cuanto a la forma, se protegen las manifestaciones orales o escritas e incluso los comportamientos —por ejemplo, permanecer sentado mientras tiene lugar una ovación en pie en la Cámara—; cabría incluso entender incluidas las votaciones, pero desde hace tiempo estas se incluyen ya expresamente en el texto constitucional debido a su relevancia (Magiera, 2011: §§ 55-56; Klein, 1989: §27. *Vid.* un análisis en profundidad sobre el comienzo de la protección del parlamentario en el caso de las preguntas parlamentarias en Röper, 1998: 56-59).

La inviolabilidad protege al diputado frente a cualquier tipo de responsabilidad: penal, contencioso-administrativa o civil (no cabe siquiera responsabilidad por daños o por omisión); también se protege al diputado frente a la adopción de medidas de ejecución, frente a medidas administrativas disciplinarias o frente a otras medidas de Derecho público (como medidas policiales o medidas tomadas por los servicios secretos), dado que el art. 46 GG dispone que no solo se protegerá al diputado penal o disciplinariamente, sino también frente a cualquier otro tipo de responsabilidad (Magiera, 2011: §§ 67-69; Klein, 2016: §§ 37, 45-46). Evidentemente, ello no excluye que dentro del propio Parlamento sí puedan adoptarse medidas disciplinarias contra el parlamentario (Klein, 2016: § 47, quien hace referencia a la sentencia del *BVerfG BVerfGE* 94, 351 [354 ss.]). La inviolabilidad no

protege frente a medidas adoptadas en la esfera privada, como por ejemplo la expulsión del partido (Magiera, 2011: *ibidem*).

Por otro lado, aunque la Constitución solo hace referencia las declaraciones realizadas en la Cámara o en sus comisiones, la doctrina mayoritaria entiende que la inviolabilidad se garantiza también en aquellos casos en los que dichas manifestaciones se llevan a cabo en el seno de los grupos parlamentarios (*Fraktionen*) —recordemos que algunas de las constituciones de los *Länder* incluyen expresamente la garantía de la inviolabilidad para las declaraciones realizadas en el seno de los grupos parlamentarios y sus divisiones— porque, en definitiva, lo que se persigue es proteger la función orgánica del Parlamento, procurando que el debate dentro del mismo sea libre para formar la voluntad política de la Cámara (Klein, 2016: §§ 41-43; Klein, 1989: 575-576 (§33); *vid.*, también, Magiera, 2011: § 62). En su jurisprudencia, el *BVerfG* considera a los grupos parlamentarios como una parte —una división— del Parlamento (Klein, 2016: § 43; sobre la importancia de la presencia del diputado en los grupos parlamentarios para la vida de la Cámara, *vid.* Butzer, 1991: 164-165). En fin, como luego veremos, los autores también conectan la inviolabilidad con la libertad del mandato del diputado (art. 38 (1), segunda frase, GG) (Klein, 2016: § 31).

Como ya dijimos, el artículo 46 (1) GG excluye la inviolabilidad en el caso de que se cometa un delito de difamaciones injuriosas (*verleumnderischen Beleidigung*). Este delito está regulado en el artículo 187 del Código Penal (*StGB*); solo podrá perseguirse al diputado por dicho delito si antes el *Bundestag* ha levantado su inmunidad (Klein, 2016: § 40). Según la doctrina, la inviolabilidad tampoco cubre el delito de corrupción de los diputados del artículo 108e *StGB* porque el tipo penal no penaliza el comportamiento en el voto u otra expresión parlamentaria, sino la compraventa del voto (Klein, 2016: § 47).

4. LA INMUNIDAD AL DETALLE

4.1. EL DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LA INMUNIDAD, SU DURACIÓN Y OTRAS CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO

La inmunidad no deja de ser una condición de procedibilidad en beneficio del diputado, no así de otros participantes en el hecho ilícito (Klein, 2016: §§ 52-53; Magiera, 2011: § 137), que protege al diputado frente a cualquier comportamiento punible. El concepto de «pena» utilizado por el artículo 46 (2) GG es más amplio que el del ámbito estrictamente penal e incluye cualquier medida de seguridad o disciplinaria administrativa y las sanciones profesionales (excluye, eso sí, la protección frente a medidas preventivas con efectos pro futuro, como por ejemplo contra testigos que no quieren testificar o contra deudores morosos, e incluso aquellas medidas que no requieran investigación, como por ejemplo medidas por desacato a un tribunal, pues no se entiende como ejecución de condena, que sí estaría cubierta por la inmunidad (Magiera, 2011: §§ 85-88).

Además, según el artículo 46 (2) GG la inmunidad cubre también la exigencia de responsabilidad (*Zur Verantwortung ziehen*), entendida como cualquier medida de investigación o persecutoria que afecte al diputado, concepto que comprende las medidas judiciales, pero también las que adopte la Abogacía del Estado o la policía. Finalmente, la inmunidad protege al diputado frente a cualquier decisión tomada durante el proceso y al final del proceso (Magiera, 2011: § 89), así como frente a cualquier privación o limitación de la libertad, salvo que el diputado sea detenido *in fraganti* o en el transcurso del día siguiente —los registros de viviendas o de cosas, así como la interceptación de comunicaciones, no se consideran restricciones de la libertad—. La inmunidad no se extiende a procesos civiles y a las medidas de ejecución no penales (Magiera, 2011: § 95-109).

A diferencia de la inviolabilidad, la inmunidad solo se garantiza de forma temporal, durante la duración del mandato (cuando se pierde la condición de parlamentario, el proceso puede seguir su curso). En el caso de que el diputado fuera nuevamente elegido, debería autorizarse de nuevo el procesamiento o las medidas limitativas de su libertad de acuerdo con el llamado principio de discontinuidad. Mientras opera el impedimento procesal por la inmunidad, la prescripción se paraliza (artículo 78 b (2) *StGB*).

El procedimiento para otorgar la autorización para proceder contra un diputado o pedir la suspensión de un procedimiento o medida contra el mismo no está regulado en la Constitución, sino en el Reglamento del *Bundestag* (*GOBT*), si bien de forma incompleta. Normalmente, es el pleno de la Cámara el que decide sobre la inmunidad del diputado, aunque en algunos casos dicha decisión se delega en la Comisión de escrutinio electoral, inmunidad y reglamento —*Ausschuß für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung*—. Según el artículo 107 *GOBT*, cualquier asunto relativo a la inmunidad de los diputados debe ser remitido por el presidente de la Cámara a la Comisión de escrutinio electoral, inmunidad y reglamento (§ 107 (1) *GOBT*). De acuerdo con el Reglamento de la Cámara, la Comisión debe establecer unos principios en relación con la tramitación de las solicitudes de levantamiento de la inmunidad de los miembros del *Bundestag*. Estos principios deben servir como punto de partida de las recomendaciones de resolución que la Comisión formule en cada caso concreto al *Bundestag* (§ 107 (2) *GOBT*), que será el órgano que finalmente decida sobre la inmunidad del diputado. El *Bundestag* ha hecho suyos los principios aprobados por la Comisión, vinculándose a los mismos mediante su publicación como Anexo 6 del Reglamento del *Bundestag*, titulado «Resolución del *Bundestag* alemán sobre el levantamiento de la inmunidad de los miembros del *Bundestag*» («*Beschluß des Deutschen Bundestages betr. Aufhebung der Immunität von Mitgliedern des Bundestages*»). Al comienzo de cada legislatura, la nueva Cámara es libre de asumir estos principios y la mencionada Resolución —como no podía ser de otra forma, dada la su autonomía— o de introducir las modificaciones que considere oportunas (Wurbs, 1987: 98; Klein, 2016: § 89). Los principios sirven, en definitiva, para permitir un tratamiento unitario de los casos relativos a la inmunidad por el *Bundestag* (Klein, 2016: § 6). La Comisión de escrutinio electoral, inmunidad y reglamento no tiene la obligación de oír al diputado afectado, si bien puede darle audiencia a petición de un grupo parlamentario (Principio 3). Por otro lado, el dipu-

tado afectado no tiene derecho a votar en los casos en los que se decide su inmunidad tanto en el Pleno como en comisión (Magiera, 2011: § 121).

El Anexo 6 *BTGO* comienza con una declaración según la cual el *Bundestag* autoriza de forma anticipada y hasta el fin de la legislatura la realización de investigaciones sobre los diputados por hechos penalmente punibles, salvo que se trate de ofensas que tengan carácter político (reguladas en los artículos 185, 186, 187 a (1) y 188 (1) del Código Penal). Para Trute, este sería un medio de evitar al diputado la atención mediática que existiría en ausencia de tal previsión (Trute, 2003: 151). A Wiefelspütz este argumento no le convence porque entiende que los medios suelen airear igual el procesamiento o la investigación que recae sobre el diputado; el Parlamento sigue siendo dueño de la situación en cuanto que en cualquier momento puede hacer uso de lo dispuesto en el art. 46 (4) GG (Wiefelspütz, 2016: §§ 46-47). Wiefelspütz observa críticamente que, al dar anticipadamente la autorización, la Cámara no realiza la necesaria ponderación de intereses que requiere la decisión (Wiefelspütz, 2016: § 45).

Antes de comenzar la investigación, esta debe ponerse en conocimiento del presidente de la Cámara y del diputado, salvo —en el caso del diputado— que ello entorpezca la averiguación de la verdad; la investigación puede empezar al menos 48 horas después de la comunicación al presidente del *Bundestag* de que se pretende llevar a cabo la misma (sin contar días festivos), plazo que puede prolongarse con el acuerdo de la Comisión de escrutinio electoral, inmunidad y reglamento; el derecho del *Bundestag* a exigir la interrupción de la investigación se mantiene incólume (art. 1 Anexo 6 *GOBT*).

La autorización anticipada del *Bundestag* no cubre la interposición de la querrela ni la solicitud de que se dicte una orden penal (art. 2 a) An. 6 *GOBT*) ni la posibilidad de dar continuidad a un proceso que ya quedó interrumpido en la legislatura precedente cuando el Parlamento exigió la interrupción del mismo (art. 2 d) An. 6 *GOBT*); tampoco afecta a las medidas restrictivas o privativas de la libertad (art. 2 c) An. 6 *GOBT*) ni a los procesos de la Ley sobre infracciones administrativas que puedan ser decididos conforme a las leyes penales (art. 2 b An. 6 *GOBT*). La ejecución de penas privativas de libertad o de medidas coactivas de arresto conforme a la Ley de infracciones administrativas (*OWiG*) conlleva la necesidad de pedir la autorización a la Cámara. Además, el *Bundestag* ha dispuesto también la autorización anticipada para adoptar medidas que impliquen limitación de la libertad conforme a la Ley para la protección contra infecciones (*Infektionsschutzgesetz*), si bien posteriormente la Comisión del escrutinio electoral, inmunidad y Reglamento está obligada a estudiar la cuestión (todos los detalles sobre esta cuestión figuran en el artículo 6a del Anexo 6 *GOBT* y en el principio 15).

Los principios establecen quiénes están legitimados para solicitar el levantamiento de la inmunidad, así como cuestiones relativas al procedimiento para solicitar la misma en cada caso. Los principios añaden, por ejemplo, que si bien no se precisa la autorización de la Cámara para detener al diputado cuando se le atrapa *in fraganti* o al día siguiente de haber cometido el hecho (art. 46 (2) GG), sí es necesario pedirla cuando el diputado deba comparecer de nuevo ante el juez o ser detenido de nuevo al haber sido ya puesto

en libertad (principio 6); con respecto a la prisión, el séptimo principio aclara que, cuando el artículo 46 (2) habla de detención (*Verhaftung*), se refiere únicamente a la prisión preventiva, que es diferente a la prisión por ejecución de la pena: son necesarias una autorización para la prisión preventiva y una autorización diferente para la privación de la libertad por ejecución de la pena. Además, la autorización para la prisión preventiva incluye la comparecencia forzosa ante el juez, pero si se autoriza solo la comparecencia forzosa ante el juez, se precisa otra autorización para la prisión preventiva (principio número 7).

4.2. LÍMITES A LA DECISIÓN DEL BUNDESTAG SOBRE LA INMUNIDAD

En su sentencia sobre el caso *Pofalla 2*, el *BVerfG* estableció que, si bien del artículo 46 (2) y (4) GG no se deriva un derecho subjetivo del diputado frente al *Bundestag* a que se mantenga su inmunidad o a que se levante la misma ni a que se pida la interrupción del proceso (BVerfGE 104, 310 (325)), de dichos preceptos en conjunción con el artículo 38 (1), segunda frase, sí se deriva un derecho del diputado a que la decisión sobre el levantamiento de la inmunidad no sea arbitraria (art. 46 (2) en conjunción con el art. 38 (1), segunda frase, GG) y a que la decisión sobre la petición de que se interrumpa un proceso ya iniciado contra el diputado esté también libre de arbitrariedad (art. 46 (4) GG en conjunción con el art. 38 (1), segunda, frase GG); ello hace necesario que el *Bundestag* examine de manera integral las razones alegadas para el enjuiciamiento penal (Trute, 2003: 149). En el caso *Pofalla II*, el *BVerfG* declaró admisible el conflicto entre órganos (entre el diputado y el *Bundestag*) por este motivo, si bien luego declaró que en el caso no se había producido una vulneración del estatus del diputado a la que hace referencia el artículo 38 (1) GG (BVerfGE 104, 310 (325)). ¿Cuál fue el razonamiento del *BVerfG* para derivar dicha pretensión a favor del diputado frente al *Bundestag*?

El *BVerfG* comienza su razonamiento conectando la inmunidad con el principio de representación. Aunque el parlamentario individual solo representa al pueblo cuando lo hace conjuntamente con el resto de los miembros de la Cámara, el estatus constitucional representativo del diputado es también la base de la posición representativa del *Bundestag*. Este no desarrolla sus competencias y tareas de forma separada a los demás diputados, sino que todos forman una unidad. Cada parlamentario cuenta y es relevante para el conjunto, incluso los parlamentarios que son impopulares. Además, prosigue el *BVerfG*, los intereses del *Bundestag* no siempre coinciden con los del diputado individual; hoy en día el Parlamento y el Gobierno no se encuentran tajantemente separados; el Gobierno y la mayoría parlamentaria forman normalmente un frente unido frente a la oposición, por lo que no se puede descartar de antemano que la mayoría parlamentaria haga suyas consideraciones superfluas o irrelevantes de los órganos de instrucción. Para proteger al diputado frente a ello, se le reconoce una pretensión conforme al artículo 46 (2) GG en conjunción con el artículo 38 (1), segunda frase, GG para que el *Bundestag* tome su decisión de forma no arbitraria y conforme a los artículos recién citados para que la decisión de exigir o no la interrupción del proceso penal, cuando esté en juego la continuación de un proceso ya iniciado, también

se tome de forma no arbitraria (BVerfGE 104, 310 (329-331)). Actualmente, el principio número 4 (An. 6 *BTGO- Grundsätze*) dispone ya que la decisión del *Bundestag* no puede ser arbitraria (puede verse un resumen de la práctica previa del *Bundestag* en relación con la inmunidad en Wiefelspütz, 2002: 1235). En todo caso, el *BVerfG* apunta que la decisión es producto de la autonomía de la Cámara, que es la que debe decidir si autoriza o no el levantamiento de la inmunidad, o si permite que continúe el proceso o solicita su interrupción cuando este ya se ha iniciado. Dicha decisión queda reservada a la Cámara con el fin de lograr que aquel mantenga sus actividades y funciones incólumes (BVerfGE 104, 310 (332); *vid.*, también, Magiera, 2011: § 139). Durante mucho tiempo, la doctrina defendió que la inmunidad era una prerrogativa únicamente de la Cámara y que el derecho a no ser perseguido o procesado del parlamentario era únicamente un derecho reflejo de la decisión del Parlamento sobre la inmunidad, decisión que correspondería a su esfera de autonomía y que debía tomar en cuenta únicamente las necesidades del propio Parlamento (Butzer, 1991: 93-94; y Wiefelspütz, 2016: § 23), pero, como puede observarse, en el caso *Pofalla II* el *BVerfG* va más allá en su jurisprudencia.

El Tribunal Constitucional afirma que, a la hora de adoptar su decisión, el *Bundestag* debe ponderar los intereses del Parlamento con los de los demás poderes del Estado. La versión precedente de los principios disponía que la decisión del *Bundestag* era una decisión política (Trute, 2003: 149). Sin embargo, en el caso *Pofalla II* el *BVerfG* advierte que dicha decisión está sometida a ciertos límites. Ciertamente, en la ponderación de los diversos intereses el *Bundestag* dispone de un amplio margen de apreciación, pero dicho margen no es ilimitado. Primero, el propio Reglamento de la Cámara —que es, al fin y al cabo, producto del ejercicio de la autonomía parlamentaria— introduce límites a la decisión, y segundo, el *Bundestag* no puede actuar de forma arbitraria, como ya vimos. Cuando lleve a cabo la ponderación, y al objeto de evitar la arbitrariedad, el *Bundestag* debe tomar en consideración el estatus constitucional del parlamentario y, en concreto, sus derechos y obligaciones como parlamentario (aunque no se exige que el Parlamento tenga que ir más allá y tomar en consideración otras posibles consecuencias que pudiera tener la decisión para el parlamentario —en el caso *Pofalla II* el diputado se presentaba a las elecciones en un *Land* y la decisión de levantar la inmunidad podía perjudicarle en la campaña electoral— ni que lleve a cabo ninguna prueba concreta). El parlamento tampoco está obligado a examinar la seriedad de las acusaciones contra el diputado, aunque puede realizar dicho examen si así lo desea. La inconsistencia de la acusación penal o de la proporcionalidad de las medidas podría, junto a otros indicios, apuntar a una motivación política de la persecución penal, por lo que no se excluye que, si el *Bundestag* así lo desea, pueda proceder a examinar el carácter concluyente o no del reproche penal (BVerfGE 104, 310 (333)). El *Bundestag* tampoco tiene por qué realizar una ponderación equivalente a la que realizarían los órganos de instrucción; el control de la legitimidad de las medidas de instrucción corre a cargo de los órganos jurisdiccionales (BVerfGE 104, 310 (333)). Hay ocasiones, sostiene el *BVerfG*, en las que no puede excluirse concluyentemente la motivación política del proceso penal y en tales situaciones podría ser de interés para el diputado y para el *Bundestag* esperar a la instrucción penal y dejar al juez actuar y tomar medidas de investigación penal, pues el *Bundestag* siempre tiene la posibilidad de ordenar

la interrupción del proceso conforme al artículo 46 (4) GG. El *BVerfG* añade que incluso aquellas medidas correctas no motivadas por propósitos políticos pueden producir perjuicios al Parlamento (por ejemplo, investigaciones iniciadas por medio de denuncia, por la arrogancia de particulares, o por sospechas de los medios de comunicación (BVerfGE 104, 310 (328-329)). La decisión que tome el *Bundestag* no contiene una determinación sobre la justicia de las medidas o sobre la culpabilidad o la falta de culpabilidad del diputado ([Principio 4, que recoge la jurisprudencia del *BVerfG* en relación con la decisión que deba tomar el *Bundestag* en casos relativos a la inmunidad).

El principio de representación obliga al *Bundestag* a examinar si existen indicios de injerencias ajenas deliberadas con el fin de modificar la composición de la Cámara. En el caso de que ello sea claro y patente, el *Bundestag* no debe otorgar la autorización; si no hay duda de que el proceso penal contra el diputado se ha iniciado por motivos irrelevantes, especialmente políticos, el *Bundestag* no puede otorgar su permiso para que se tomen medidas procesales porque en tal caso haría suyas las consideraciones del órgano de persecución penal y estaría comportándose arbitrariamente (BVerfGE 104, 310 (332-333)). En el conflicto entre órganos, el Tribunal Constitucional alemán controlará que la decisión no se ha tomado de forma arbitraria siguiendo estos criterios (Wiefelspütz, 2016: 30-32).

4.3. LA DISCUSIÓN SOBRE LA PROPIA NECESIDAD DE LA EXISTENCIA DE LA INMUNIDAD

Desde el surgimiento de la inmunidad, se han producido grandes cambios, sobre todo en relación con la consolidación del Estado de Derecho, la independencia judicial y los controles a los que se ve sometido el poder público (Trute, 2003: 148). Algunos autores consideran que la inmunidad debería desaparecer porque se trata de una institución anticuada y obsoleta (*vid.*, por todos, Witte-Wegmann, 1974: 867; y Witt, 2001: 588) que colisiona con el principio de división de poderes y con el principio de igualdad.

Frente a esta posición, Magiera argumenta que el principio de división de poderes, al menos en la Constitución alemana, presenta excepciones y que el principio de igualdad no rige indistintamente (Magiera, 2011: §§ 33-40). También Butzer sostiene que no existe una frontera nítida entre poderes y que existen limitaciones entre ellos. En su opinión, para que se produjera tal choque el ataque tendría que producirse en el corazón de las funciones del poder implicado, cosa que no se da en este caso (Butzer, 1991: 95-97). En relación con el principio de separación de poderes, Magiera observa que la inmunidad no es algo anticuado, en la medida en que de las actuaciones del ejecutivo siguen derivándose algunos peligros, a pesar de que ahora el ejecutivo dependa del Parlamento. Concluye este autor que no es cierto que estemos ante un privilegio que escape al ordenamiento jurídico, sino más bien ante una institución dirigida a proteger al Parlamento en el ejercicio de sus funciones para que no se obstaculice su trabajo, institución, además, sometida a controles por parte del *BVerfG* y del electorado en los comicios periódicos. En este sentido, no es necesario hacer una interpretación restrictiva de la inmunidad, ya que basta ponderar el

interés del Parlamento con el de la Administración de Justicia (Magiera, 2011: §§ 33-40). Wurbs añade que no estamos ante un derecho del parlamentario, sino ante una prerrogativa que pretende proteger al Parlamento, a la representación de la soberanía, y que, en este sentido, existe una razón objetiva para la aparente desigualdad de trato en la medida en que dicha protección sirve indirectamente a los intereses de los ciudadanos (que conformarían el grupo de comparación) (Wurbs, 1987: 17-18). El constituyente, en definitiva, ha tenido en cuenta los intereses públicos en juego —la persecución penal y la protección de la capacidad de funcionamiento del Parlamento— inclinándose por la protección del segundo (Butzer, 1991: 100). Ciertamente, dice Wurbs, muchas veces, cuando existen mayorías estables, no se percibe demasiado ese perjuicio para el Parlamento, pero lo importante no es tanto el punto de vista cualitativo, sino el cuantitativo —mediante la injerencia externa, se priva al Parlamento de una voz singular que debe formar parte del todo— (Wurbs, 1987: 25-29). Para este autor tampoco existiría una vulneración del principio de separación de poderes, dado que, entre otras consideraciones, el obstáculo procesal que supone la inmunidad es solo temporal (Wurbs, 1987: 20).

En el caso concreto de la inviolabilidad, más que de una posible contradicción con el principio de separación de poderes podría hablarse de una tensión con el principio del Estado de Derecho (Wurbs, 1987: 90-92) que, sin embargo, encuentra su justificación en la preservación del sentido y de los objetivos del sistema de democracia representativa inmanente a la Constitución (Wurbs, 1987: 92-94).

En síntesis, para el *BVerfG* aquel sector de de la doctrina que considera anticuada y superflua la inmunidad en un Estado democrático de Derecho parte de la existencia de un comportamiento ideal del Derecho escrito y de la realidad constitucional. Ciertamente, afirma el *BVerfG*, en un Estado de Derecho que funciona bien es difícil que se dé una persecución arbitraria de los parlamentarios, pero esa posibilidad no puede excluirse del todo (*vid.* también Trute, 2003: 148, quien afirma que, a veces, la justicia puede ser usada como instrumento para facilitar campañas difamatorias). La historia nos enseña, prosigue el *BVerfG*, que en tiempos de tensión política no existe una garantía segura de que el Parlamento pueda desempeñar sus funciones sin ataques. La garantía de la inmunidad debe, por tanto, contribuir a que el Parlamento conserve la capacidad de actuar en situaciones críticas (BVerfGE 104, 310 (328)).

NOTAS

1. Así, art. 37 de la Constitución de Baden-Wurtemberg, art. 27 de la Constitución de Baviera, artículo 51 (1) de la Constitución de Berlín, art. 57 de la Constitución de Brandenburgo, artículo 94 de la Constitución de Bremen, art. 14 de la Constitución de Hamburgo, art. 95 de la Constitución de Hessen, art. 24 (1) de la Constitución de Mecklemburgo-Pomerania Occidental, art. 14 de la Constitución de Baja Sajonia, art. 47 de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia, art. 93 de Renania-Palatinado, art. 81 de la Constitución del Sarre, art. 55 (1) de la Constitución de Sajonia, art. 57 de la Constitución de Sajonia-Anhalt, art. 31 (1) de la Constitución de Schleswig-Holstein y art. 55 (1) de la Constitución de

Turingia. Indica Magiera que pueden hacerlo en la medida en que la Constitución alemana no contiene una reserva de la regulación de la inviolabilidad a favor de la Federación (Magiera, 2011: § 47).

2. Se trata de los casos de Baden-Wurtemberg (cuya Constitución añade además que se protegerá a los diputados por su voto o por las declaraciones hechas en el parlamento del *Land*, en las comisiones parlamentarias, pero también en los grupos parlamentarios (*Fraktionen*) o en el ejercicio de su mandato —art. 37—), Berlín, Brandenburgo (cuya Constitución también hace mención a los grupos parlamentarios en su artículo 37), Bremen (cuya Constitución, en su art. 94, extiende la protección a cualquier declaración hecha en el ejercicio de sus funciones), Hessen (cuya Constitución, en vez de mencionar al parlamento, comisiones, grupos parlamentarios etc., prefiere decir que el parlamentario quedará protegido por sus votos y por cualquier declaración hecha en el ejercicio de su trabajo como parlamentario), Renania del Norte-Westfalia (cuya Constitución, en su artículo 93, habla también de las expresiones realizadas en el ejercicio de su mandato como parlamentario) y art. 55 (1) de Turingia (que, si bien comienza de la misma forma que el artículo 46 GG, añade una coletilla para excluir la responsabilidad del parlamentario por cualquier declaración realizada en el ejercicio de su mandato).

3. Art. 27 de la Constitución de Baviera. No están protegidas ni las expresiones orales ni las escritas de los parlamentarios y se ha dicho que el claro tenor literal del precepto impide una interpretación analógica del precepto que amplíe su ámbito de protección (Schröder, 1982: 26).

4. *Vid.* Arts. 14 de la Constitución de Hamburgo, 14 de la Constitución de Baja Sajonia, 57 de la Constitución de Sajonia-Anhalt, 24 de la Constitución de Mecklemburgo-Pomerania Occidental, 93 de Renania-Palatinado y 31 (1) de Schleswig-Holstein.

5. Art. 46 (2) GG: «(2) Wegen einer mit Strafe bedrohten Handlung darf ein Abgeordneter nur mit Genehmigung des Bundestages zur Verantwortung gezogen oder verhaftet werden, es sei denn, daß er bei Begehung der Tat oder im Laufe des folgenden Tages festgenommen wird».

6. *Vid.* Art. 38 de la Constitución de Baden-Wurtemberg, art. 28 de la Constitución de Baviera, artículo 51 (3) y (4) de la Constitución de Berlín, art. 58 de la Constitución de Brandenburgo, artículo 95 de la Constitución de Bremen, art. 15 de la Constitución de Hamburgo, art. 96 de la Constitución de Hessen, art. 24 (2) de la Constitución de Mecklemburgo-Pomerania Occidental, art. 15 de la Constitución de Baja Sajonia, art. 48 de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia, art. 94 de Renania-Palatinado, art. 82 de la Constitución del Sarre, art. 55 (2) y (3) de la Constitución de Sajonia, art. 58 de la Constitución de Sajonia-Anhalt, art. 31 (2) de la Constitución de Schleswig-Holstein y art. 55 (2), (3) y (4) de la Constitución de Turingia.

7. Ya el artículo 60 suavizaba la inmunidad cuando el delito era calificado como no político (Magiera, 2011: §§ 1-3).

8. Para algunos autores, estas prerrogativas protegerían también el prestigio y la soberanía del Parlamento (*vid.* Butzer, 1991: 82-84; y Wiefelspütz, 2016: § 9, quienes se muestran críticos con esta última posición).

9. El artículo 18 del Reglamento del *Bundestag* (*Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages*) indica que las normas de comportamiento —disciplina— de los miembros del *Bundestag* aprobadas conforme al art. 44 b de Ley de los miembros del *Bundestag* alemán (*Abgeordnetengesetz*) forman parte del Reglamento de la Cámara y están contenidas en el Anexo 1 de dicho Reglamento. La versión actual de dichas normas —«Verhaltensregeln für Mitglieder des Deutschen Bundestages (Anlage 1 der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages)» - *GO-BT Anl1*— ha sido aprobada en el año 2020 (Bekanntmachung zur Änderung der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages vom 07.10.2020 BGBl. I S. 2563).

10. Desde el punto de vista penal, se ha discutido si estamos ante una causa de justificación, o una exención de la culpa. Para Klein y Magiera, la inviolabilidad no excluye ni la tipicidad ni la antijuridicidad ni la culpabilidad, sino que nos encontraríamos simplemente ante una exención personal de la pena que impide procesar al diputado (Klein, 2016: § 32; y Magiera, 2011: § 77).

11. El tipo del artículo 103 *StGB* también se incluía entre los excluidos de la protección de la inviolabilidad, pero fue derogado en el año 2018. Este artículo protegía a los órganos y representantes de países extranjeros frente a las injurias. Por su parte, el artículo 187 del Código Penal establece que cualquiera que, en contra de su mejor juicio, afirme o difunda un hecho falso en relación con otro para menospreciarlo o para desprestigiarlo ante la opinión pública o poner en peligro su crédito, será sancionado con prisión de hasta dos años o con multa y, si el acto se comete públicamente, en reunión o mediante la difusión del contenido (artículo 11, párrafo 3), será punible con una pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa.

12. El artículo 108 e (1) *StGB* establece que será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa aquel diputado o parlamentario de un *Land* que exija, acepte o se deje prometer una ventaja injustificada para sí mismo o para un tercero a cambio de emprender u omitir una acción o seguir instrucciones en el desempeño de su mandato.

13. Art. (46 (2) GG: «(2) Wegen einer mit Strafe bedrohten Handlung darf ein Abgeordneter nur mit Genehmigung des Bundestages zur Verantwortung gezogen oder verhaftet werden, es sei denn, daß er bei Begehung der Tat oder im Laufe des folgenden Tages festgenommen wird» (Magiera, 2011: §§ 85-88).

14. Existe un procedimiento simplificado para levantar la inmunidad que se aplica en algunos casos: delitos de tráfico, otros delitos como los regulados en los artículos 90 y 194 (4) *StGB*, cuestiones consideradas nimias por la Comisión de escrutinio electoral, inmunidad y reglamento (*Bagatelleangelegenheiten*), o decisiones al principio de legislatura sobre un proceso sobre el que ya se hubiera pronunciado la Cámara en la legislatura anterior dando su autorización para proceder, o en casos de autorización de la ejecución de una pena de prisión cuando la pena o las penas a imponer no sumen más de tres años (An. 6, arts. 3 y 4 *GOBT*). La Comisión también puede recurrir a dicho procedimiento cuando se trata de exigir que se interrumpa un proceso conforme al artículo 46 (4) GG (An. 6, art. 6 *GOBT*). De acuerdo con tal procedimiento simplificado la Comisión comunicará su decisión al *Bundestag* a través del presidente de la Cámara (sin necesidad de que se incluya en el orden del día) y si pasan siete días desde la comunicación sin que el presidente se oponga por escrito a la decisión se entiende que el *Bundestag* ha tomado tal decisión (An. 6, art. 6 *GOBT*). La Comisión no tiene la obligación de oír al diputado afectado, si bien la Comisión de escrutinio electoral, inmunidad y reglamento puede darle audiencia a petición de un grupo parlamentario (Principio 3 de los principios aprobados por la Comisión de escrutinio electoral, inmunidad y Reglamento (An. 6 *BTGO- Grundsätze in Immunitätsangelegenheiten und in Fällen der Genehmigung gemäß § 50 Abs 3 StPO und § 382 Abs. 3 ZPO sowie bei Ermächtigung gemäß § 90b Abs 2, § 194 Abs. 4 StGB* (a partir de ahora *Grundsätze*)). Por otro lado, el diputado afectado no tiene derecho a votar en los casos en los que se decide su inmunidad tanto si la decisión se toma en el Pleno como si se decide en Comisión y él pertenece a la Comisión (Magiera, 2011: § 121).

15. Antes de que se constituya la Comisión, el presidente puede presentar una recomendación de resolución sobre la inmunidad de un diputado directamente al *Bundestag* (§ 107 (4) *GOBT*). Por otro lado, el artículo 107 (3) *GOBT* señala que la discusión sobre una posible recomendación de resolución por parte de la Comisión no está sujeta a plazos, y que no puede empezar la misma antes del tercer día desde que se haya distribuido la proposición y que en el caso de que la misma no se haya distribuido se leerá.

16. An. 6 *BTGO- Grundsätze in Immunitätsangelegenheiten und in Fällen der Genehmigung gemäß § 50 Abs 3 StPO und § 382 Abs. 3 ZPO sowie bei Ermächtigung gemäß § 90b Abs 2, § 194 Abs. 4 StGB*

17. A ellos se refiere el artículo 81 (1) de la Ley de infracciones administrativas (§ 81 Abs. 1 Satz 2 *OWiG*).

18. Según el primero de los principios, están legitimados para solicitar el levantamiento de la inmunidad: *a*) abogados del Estado, juzgados y tribunales, tribunales de honor y tribunales profesionales con un carácter de Derecho público y corporaciones profesionales que ejercen la inspección por fuerza de la ley («*die Staatsanwaltschaften, Gerichte, Ehren- und Berufsgerichte öffentlich-rechtlichen Charakters sowie berufsständische Einrichtungen, die kraft Gesetzes Standesaufsicht ausüben*»); *b*) en el caso de litigios privados, el tribunal ante el que tiene lugar el litigio; *c*) el acreedor, en procesos de ejecución, salvo que el propio Tribunal tenga legitimación para iniciar la solicitud y *d*) la propia Comisión de escrutinio electoral, inmunidad y reglamento (este último puede dirigir su solicitud directamente al *Bundestag* según el principio número 2, mientras que los demás deben dirigir su solicitud al presidente del *Bundestag* por medio del Ministro de Justicia de acuerdo con el mismo principio).

19. No solo la ejecución de la pena privativa de libertad requiere de consentimiento por no ser suficiente el consentimiento anticipado dado por el *Bundestag* al inicio de la legislatura, de acuerdo con el principio 8 también necesita dicha autorización el llamado arresto coactivo impuesto conforme a la Ley de infracciones administrativas (§§ 96, 97 *OWiG*), así como los procesos ante tribunales de honor y profesionales requieren de esa autorización por no aplicárseles la autorización anticipada aprobada por el *Bundestag* al inicio de la legislatura (principio 10). En fin, el principio 14 regula la necesidad de autorización en casos particulares relativos a insolvencia, falta de comparecencia como testigo, etc.

20. Trute es crítico con la decisión del *BVerfG* en el caso *Pofalla II* pues el *BVerfG* no estimó que se hubiera producido una decisión arbitraria e irrelevante en el caso concreto. Para Trute, había razones suficientes para apreciarlo así. Si se interpreta como en dicho caso, la determinación de lo que es arbitrario quedaría muy restringida; en el futuro el *Bundestag* tendría un margen muy amplio para no apreciar que existe dicha arbitrariedad o irrelevancia en los motivos de la persecución. El fallo, para él, sería un paso en la dirección correcta pero el *BVerfG* no habría llegado hasta el final (Trute, 2003: 150).

21. Butzer insinuaba ya en su monografía de 1991 que un conflicto entre órganos planteado por el parlamentario contra el *Bundestag* por vulneración del mandato representativo del art. 38 (1) frase 2 GG podría resultar admisible, aunque entonces le auguraba poco éxito, pues la posición dominante era que la decisión del *Bundestag* era política (Butzer, 1991: 114-115).

BIBLIOGRAFÍA

- BUTZER, Hermann (1991): *Immunität im demokratischen Rechtsstaat*, Berlín: Dunckler & Humboldt.
- KLEIN, Hans H. (1989): «§ 17. Indemnität und Immunität», en H.P. Schneider y W. Zeh (coords.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlín: De Gruyter, 555-592.
- (2016): «Art. 46», en T. Maunz, G. Dürig, R. Herzog, R. Scholz, M. Herdegen y H.M. Klein (coords.), *Grundgesetzkommentar*, 79 Ergänzungslieferung, Munich: ed. C.H. Beck.
- MAGIERA, Siedfried (2011): «Art. 46», en W. Kahl, C. Walhoff y C. Walter (dirs.), *Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Ordner 9 (Art. 45a-61)*, Karlsruhe: C.F. Müller.
- RÖPER, Erich (1998): *Parlamentarier und Parlament*, Berlín: Dunckler & Humboldt.
- SCHRÖDER, Meinhard (1982): «Rechtsfragen des Indemnitätsschutzes», *Der Staat*, 21(1), 25-52.
- TRUTE, Hans-Heinrich (2003): «Entscheidungen | Verfassungsrecht. Parlamentsrecht | BVerfG, Urteil v. 17.12.2001 - 2 BvE 2/00», *Juristenzeitung (JZ)* 58(3), 148-151.
- WIEFELSPÜTZ, Dieter (2002): «Die Immunität des Abgeordneten», *DVBl*, 18, 1229-1238.
- (2016): «Indemnität und Immunität», en M. Morlok y U. Schliesky (coords.), *Parlamentsrecht (Praxishandbuch)*, Baden Baden: Nomos, 463- 480.

WITT, Olaf (2001): «Das Immunitätsrecht im Grundgesetz», *Jura* 2001, 585-588.
WITTE-WEGMANN, Gertrud (1974): «Parlamentarische Redefreiheit auch für Regierungsmitglieder?» *DVBf*, 6(22), 866-870.
WURBS, Richard (1987): *Regelungsprobleme der Immunität und der Indemnität in der parlamentarischen Praxis*, Berlin: Dunckler & Humboldt.

Fecha de recepción: 1 de agosto de 2021.

Fecha de aceptación: 29 de octubre de 2021.