

# DE LOS PRIVILEGIOS PARLAMENTARIOS Y DE LOS ALLANAMIENTOS

Por José Raúl HEREDIA  
24 de agosto de 2018

[joseraulheredia@gmail.com](mailto:joseraulheredia@gmail.com)

**Sumario:** Ante las deformaciones mediáticas que se difunden en estos días acerca del concepto y los alcances de los fueros parlamentarios y la inviolabilidad de la privacidad de las personas, del domicilio, pertenencias y comunicaciones y en presencia de discursos pronunciados, incluso por legisladore/as que ostentan el título de abogado/a, en el seno del Congreso nacional en línea con esas interpretaciones que están logrando vulgarizar tema tan importante que se corresponde con el diseño constitucional del poder, apresuro estas reflexiones acaso como desagravio a nuestra profesión por las responsabilidades que se nos pudiera atribuir en la destrucción del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

1. Debo enfatizar desde el inicio que el Parlamento ha sido una institución formidable en la lucha por las libertades públicas y la limitación del poder. La vulgarización de la palabra *privilegio* desnuda un desconocimiento lamentable de la institución y de la significación histórica de sus prerrogativas. Recuérdese: “La reapertura del parlamento y el arresto ordenado por el monarca de los principales jefes de la oposición fueron suficientes para prender el fuego de la guerra civil entre los partidarios del rey y los partidarios del parlamento” (...) “Antes de reconocer al nuevo soberano, el parlamento impone a Guillermo unas onerosas condiciones, plasmadas en la Declaración de Derechos del 13 de febrero de 1689. La Declaración se encuentra precedida de una serie de acusaciones contra la monarquía. De esta manera se selló el triunfo del parlamento sobre el rey y con ella el triunfo de la tradición anti-absolutista entronizada en la sociedad inglesa desde el siglo XI” / “...Los revolucionarios ingleses dispusieron todas sus fuerzas contra el absolutismo, bajo cualquiera de sus manifestaciones posibles; los franceses, en cambio, luchaban contra la nobleza y contra su expresión monárquica. Mientras en el territorio insular se consideraba que la concentración del poder era el enemigo principal de la libertad, en Francia se pensaba que era

el rey con su corte lo que impedía que los hombres fuesen libres e iguales. Por eso, doce años después de la toma de la Bastilla, Napoleón y su régimen autoritario podían presentarse -por lo menos durante los primeros cinco años del consulado- como una continuación de la tradición republicana iniciada en 1789”.<sup>1</sup>

En la Declaración de Derechos (1689) se estableció:<sup>2</sup> “...Que el pretendido poder de suspender las leyes y la aplicación de las mismas, en virtud de la autoridad real y sin el consentimiento del Parlamento, es ilegal. / II. Que el pretendido poder de dispensar de las leyes o de su aplicación en virtud de la autoridad real, en la forma en que ha sido usurpado y ejercido en el pasado, es ilegal. /... IV. Que toda cobranza de impuesto en beneficio de la Corona, o para su uso, so pretexto de la prerrogativa real, sin consentimiento del Parlamento, por un período de tiempo más largo o en forma distinta de la que ha sido autorizada, es ilegal. V. Que es un derecho de los súbditos presentar peticiones al Rey, siendo ilegal toda prisión o procesamiento de los peticionarios...”.

Añado: “VIII. Que las elecciones de los miembros del Parlamento deben ser libres. IX. **Que las libertades de expresión, discusión y actuación en el Parlamento no pueden ser juzgadas ni investigadas por otro Tribunal que el Parlamento.**

**...Reclaman, piden e insisten en todas y cada una de las peticiones hechas, como libertades indiscutibles, y solicitan que las declaraciones, juicios, actos o procedimientos, que han sido enumerados y realizados en perjuicio del pueblo, no puedan, en lo sucesivo, servir de precedente o ejemplo...”**

¡Qué antiguo! ¡Y aún no se comprende!

---

<sup>1</sup> V. La democracia constitucional: entre la libertad y la igualdad por Mauricio Carda Villegas.

<sup>2</sup> *The Bill Of Rights* inglés (Declaración de Derechos) de 13 de febrero de 1689 es una concesión dada por la monarquía inglesa en el cual reconoce la potestad legislativa del Parlamento y consagra las libertades públicas de los súbditos del reino. Su nombre completo es: “Ley para declarar los derechos y libertades de los súbditos y para determinar la sucesión a la Corona”. V. su texto completo en COUTHBERT, George, "*The Bill Of Rights (Declaración De Derechos) 13 febrero 1689*", <http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/07/bor.html> Consulta: Jueves, 23 Agosto de 2018.

2. No abundaré ya en esos orígenes.<sup>3</sup> En el derecho patrio –anterior a la Constitución de 1853 y a la sanción de los códigos-, que Alberdi denominó *derecho intermedio* es posible encontrar estos antecedentes que resumo:

**a. 1811 - Decreto de seguridad individual.** Si la existencia civil de los ciudadanos se abandonase a los ataques de la arbitrariedad, la libertad de la Imprenta publicada en 26 de octubre del presente año no sería más que un lazo contra los incautos y un medio indirecto para consolidar las bases del despotismo. Todo ciudadano tiene un derecho sagrado a la protección de su vida, de su honor, de su libertad y de sus propiedades. La posesión de este derecho, centro de la libertad civil y principio de todas las instituciones sociales, es lo que se llama seguridad individual.

(...) 3. Para decretar el arresto de un ciudadano, pesquisa de sus papeles o embargo de bienes, se individualizará en el decreto u orden que se expida el nombre o señales que distingan su persona y objetos sobre que deben ejecutarse las diligencias, tomando inventario, que firmará el reo, y dejándole copia autorizada para su resguardo. 4. La casa de un ciudadano es un sagrado, cuya violación es un crimen; sólo en el caso de resistirse el reo refugiado a la convocación de un juez, podrá allanarse: su allanamiento se hará con la moderación debida y personalmente por el juez de la causa. Si algún motivo urgente impide su asistencia, dará al delegado una orden por escrito y con la especificación que contiene el antecedente, dando copia de ella al aprehendido y al dueño de casa si la pide.

**b. Estatuto Provisorio de 1815.** CAPÍTULO II - *Límites del Poder Ejecutivo y Autoridad del Director:* Artículo Iº - No podrá fuera de los casos que expresa este Reglamento intervenir en negocio alguno judicial, civil o criminal contra persona alguna de cualquiera clase o condición que fuese, ni alterar el sistema de administración de justicia.

(...) VIIº - No podrá absolutamente en ningún caso por sí solo violar o interceptar directa o indirectamente la correspondencia epistolar de los Ciudadanos, la que debe respetarse como sagrada; y cuando por algún raro y extraño accidente, en que se interese la salud general y buen orden del estado, fuese preciso practicar la apertura de alguna correspondencia, lo verificará con previa noticia y consentimiento de la Junta Observadora, Fiscal de la Cámara y Procurador General de la Ciudad, que en el caso tendrán voto con juramento del secreto; como también el Administrador de

---

<sup>3</sup> Cabe recordar la Carta de Petición De Derechos, de 1628, considerada un documento constitucional histórico.

Correos sólo Consultivo cuando haya de interrumpirse, suspenderse o variarse el curso de ellos.

(...) Vº - Toda sentencia en causas criminales, para que se reputé válida, ha de ser pronunciada por el texto expreso de la Ley, y cualquier infracción de ésta, es un crimen en el Magistrado que será corregido con el pago de costas, daños, y perjuicios causados.

(...) XIº - Para decretar prisión contra cualquier habitante del Estado, pesquisa de sus papeles, ó embargo de bienes, se individualizará en el decreto el nombre, y señales que distingan su persona con el objeto de las diligencias, formándose en el acto del embargo, prolijo Inventario a presencia del reo, que deberá firmarlo, del cual se le dejará copia autorizada para su resguardo, poniendo en seguridad los bienes con fé del Escribano de la causa, ó en su defecto del mismo Juez y dos testigos.

(...) XIIº - Cuando al tiempo del embargo no se pudiese por algún accidente formar el Inventario, se asegurarán los bienes, á que se extienda dicho embargo, bajo de dos llaves, una de las cuales tomará el Juez, y la otra el reo; y no siendo esto practicable, se cerrarán y sellarán a presencia suya las arcas, y puertas de la casa, ó habitaciones, y en primera oportunidad se abrirán a su presencia y practicará el inventario.

(...) XIIIº - Cuando hubiese de hacerse el embargo en ausencia del reo fuera del lugar, nombrará el Juez un Ciudadano honrado de bienes conocidos que haga sus veces en este acto, al que se le abonará la comisión que se considere proporcionada a su trabajo; pero si la no asistencia del reo al embargo procediese de enfermedad, el mismo nombrará personero de su satisfacción.

(...) XVº - La casa de un Ciudadano es un sagrado, que no puede violarse sin crimen y sólo en el caso de resistirse a la convocación del Juez, podrá allanarse. Esta diligencia se hará con la moderación debida personalmente por el mismo en el caso que algún urgente motivo se lo impida, dará al Delegado orden por escrito con las especificaciones convenientes dejando copia de ella al individuo fuere aprehendido, y al dueño de la casa si la pidiere.

**c. Constitución de 1819.** Artículo XXVI.- Los senadores y representantes no serán arrestados ni procesados durante su asistencia a la Legislatura y mientras van y vuelven de ella, excepto el caso de ser sorprendidos in fraganti en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamia u otra aflictiva, de lo que se dará cuenta a la Sala respectiva con la sumaria información del hecho.

(...) Artículo XXVIII.- En el caso que expresa el Artículo XXVI, o cuando se forma querrela por escrito contra cualquier senador o representante por delitos que no sean del privativo conocimiento del Senado: examinado el mérito del sumario en juicio

público podrá cada Sala con dos tercios de votos separar al acusado de su seno y ponerlo a disposición del Supremo Tribunal de Justicia para su juzgamiento.

**d. Constitución de 1826.** Artículo 35.- Los senadores y representantes jamás serán responsables por sus opiniones, discursos o debates.

Artículo 36.- Tampoco serán arrestados por ninguna otra autoridad durante su asistencia a la legislatura y mientras vayan y vuelvan de ella, excepto el caso de ser sorprendidos in fraganti en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamia u otra aflictiva, de lo que se dará cuenta a la Sala respectiva con la información sumaria del hecho.

Artículo 37.- Cuando se forme querrela por escrito ante las justicias ordinarias contra cualquier senador o representante, por delito que no sea de los expresados en el Artículo 19, examinado el mérito del sumario en juicio público podrá cada Sala, con dos tercios de votos, suspender en sus funciones al acusado y ponerlo a disposición del tribunal competente para su juzgamiento.

**3.** Pese a que algunos constitucionalistas afirman que las prerrogativas parlamentarias afectan el sistema republicano y que por ello son de interpretación restrictiva, ello no obstante, cabe advertir que ellas son esenciales al mismo. La Historia lo prueba.

Observemos ahora cómo deberían funcionar las prerrogativas parlamentarias. En el Proyecto “MAIER” de Código Procesal Penal (1986) se contempló una norma que fue reproducida en el Código mixto del Chubut (ley 3155, año 1988) en estos términos:

170. Privilegio constitucional. Cuando la viabilidad de la persecución penal dependa de un procedimiento especial previo de desafuero o destitución previstos constitucionalmente, el tribunal competente, si considera fundada la persecución penal, solicitará el desafuero o la destitución del imputado a la autoridad correspondiente, con un informe de las razones que justifican el pedido, acompañando copia de las actuaciones correspondientes. En caso contrario, declarará que no puede proceder y archivará las actuaciones.

Contra el titular del privilegio no se podrá realizar actos que impliquen una persecución personal hasta su desafuero, destitución o cesación en sus funciones. Sólo se podrá practicar los actos urgentes de investigación que no admitan demora y los indispensables para fundar la petición. Culminada la investigación esencial se archivarán las piezas de convicción, salvo que el procedimiento continúe con relación a otros imputados que no ostentan el privilegio.

En todo caso, se observará lo dispuesto en el Capítulo X "INAMOVILIDAD, INMUNIDADES Y DESAFUEROS" y en normas concordantes de la Constitución Provincial.

En aquellos años anoté así la norma del Chubut: La Corte Suprema tenía dicho reiteradamente que "Las inmunidades de los arts. 61 y 62 de la Constitución Nacional no impiden la formación y trámite de las causas fundadas en hechos distintos a los contemplados en el art. 60 de aquélla y en tanto no se afecte la libertad personal del procesado". "No causa gravamen al legislador nacional recurrente, la resolución judicial que aun cuando admite la pertinencia del arresto de aquél, no lo dispone, y pide el desafuero, lo que importa respetar la inmunidad parlamentaria." (CS, febrero 24-965, 'Savino, Horacio, en L.L. 119-199; v. Fallos, t. 139, p. 67 y t. 185, p. 360).

Vélez Mariconde ha criticado, a nuestro juicio con razón, esta doctrina que implica permitir la continuación del proceso, en estos términos: "Si el Juez pudiera practicar lo que la ley denomina 'sumario', no sólo sometería a proceso al legislador antes del desafuero, desde que el sumario es una etapa del proceso, sino que podría practicar una serie de medidas coercitivas que importan restricciones a los derechos individuales. Excluida la prisión, que la Constitución sólo admite en caso de flagrancia (C.N., art. 61; C. Prov., art. 75), el Juez podría citar y recibir declaración al imputado, dictar el auto de procesamiento, efectuar allanamientos de domicilio o secuestros y ordenar embargos, todo lo que no parece posible antes sino después del desafuero." ('Derecho Procesal Penal', II, p. 352).

La interpretación de Vélez es la que se compadece en un todo con las previsiones de la Constitución del Chubut (v. arts. 228, 231 232 y 233) (hoy, arts. 246 y ss.) y el texto expreso del artículo que comentamos. Repárese que la norma reza "Contra el titular del privilegio no se podrá realizar actos que impliquen una persecución personal hasta su desafuero, destitución o cesación en sus funciones", con lo que, entre nosotros, la cuestión se resuelve expresamente en favor de la tesis de Vélez Mariconde.

Interesante resulta citar la norma pertinente de la novísima (entonces, la de 1988) Constitución de Río Negro (art. 129), que en su primer párrafo dice: "A pedido de juez competente, la Legislatura puede, previo examen del sumario en sesión pública, suspender con dos tercios de votos en su función al legislador y

ponerlo a disposición para su juzgamiento."; con lo que se consagra la tesis correcta.

Enseña Clariá Olmedo: "El privilegio es obstáculo al comienzo del proceso y no al juzgamiento aunque la letra de la Constitución diga esto último. El sumario a que se refiere la Constitución no es jurisdiccional sino el que forma la propia Cámara del desafuero (En contra, CSN, Fallos, T. 135, pág. 250; T. 155, p. 360). Extensivamente podría comprender la información sumarial..." -es decir, una breve investigación que no tiene el alcance de un verdadero proceso (conf. Vélez Mariconde, II, p. 354)- "... para determinar si corresponde que la Cámara trate el desafuero. Judicialmente no se puede incriminar sin desafuero, pero se ha sostenido que sí se puede sobreseer (CCC, T. I, p. 317 y JA, T. 11, p. 677)." (I, p. 186, n° 154).

Conforme lo expresa el art. 233 de la constitución local, mientras no se produzca el desafuero la acción criminal queda en suspenso, sin que corran los plazos de prescripción, desapareciendo el privilegio cuando cesa el mandato.

Vélez Mariconde sintetiza del siguiente modo el alcance del privilegio: 1º) "...un legislador no puede ser enjuiciado libremente sino que es menester un desafuero de la Cámara..."; 2º) "...el proceso sólo puede iniciarse 'cuando se forme querella por escrito', o sea, por una instancia o requerimiento de instrucción del Ministerio Público (si se trata de un delito de acción pública) o una querella particular (si se trata de un delito de acción privada), pero no cuando se formule simplemente una denuncia..."; 3º) "...la Cámara Legislativa a la cual pertenezca el imputado, puede decretar su desafuero con dos tercios de votos, examinando el mérito del sumario en juicio público." (II, p. 350/351).<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Una cuestión que no aparece uniformemente resuelta en doctrina, es la relativa al alcance territorial y jurisdiccional del privilegio constitucional. Vélez Mariconde entiende que 'no parece posible que el privilegio del legislador se extienda fuera de la Provincia a que pertenece', pues ello implicaría desconocer la autonomía de cada Provincia 'y especialmente el poder de juzgar los hechos cometidos en su territorio (C.N. 102)' (II, p. 351). Con semejantes fundamentos, coincide en la solución Clariá (lug. cit.). Ello no obstante, merece atención lo sustentado por Núñez para quien 'la garantía del desafuero también vale para los legisladores nacionales, que están amparados por el art. 61 de la Constitución Nacional. Vale, igualmente, para los legisladores de otras provincias, porque la subsistencia en todo el territorio de la Nación de los privilegios que les confieren las respectivas constituciones, hacen al régimen federal de gobierno, que presupone el mutuo respeto de la incolumidad de las estructuras institucionales locales. En contra, sin

En esas notas referí un fallo recaído en aquella época que anuló actuaciones sumariales llevadas a cabo en contra de un diputado provincial.<sup>5</sup>

4. No desconozco que las posturas y enseñanzas de la Escuela de Córdoba no han sido adoptadas por la Corte Suprema<sup>6</sup> ni por el mismo Congreso que ha

---

embargo, la C.S. de la Nación, Fallos, T. 199, p. 291, a pesar del dictamen del Procurador General de la Nación Dr. Botet (Véase la posición, que compartimos, de Miguel Ángel Ekmekdjian "La extraterritorialidad de los privilegios parlamentarios de los legisladores provinciales y el federalismo", nota a fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en L.L., T. 1986-C, p. 351. El fallo, in re "Marresse, Alberto A. c. Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Fe", de fecha 28 de noviembre de 1985, puede verse en L.L., T. 1986-C, p. 350, voz "Acción de Amparo". V. también Maier, comentario parágr. 152 a, OPP, p. 125 y Vélez Mariconde, T. II, p. 350 y sigs.

<sup>5</sup> Señaló el tribunal: a) Registro domiciliario e Inspección ocular: Para el análisis de la cuestión propuesta se hace necesario considerar en primer término la esencia de las inmunidades parlamentarias. En ese sentido comparto el criterio sostenido por el Defensor. / Las inmunidades parlamentarias pertenecen al Cuerpo y no a la persona, han sido establecidas en resguardo de aquel, con el objeto de preservar el su funcionamiento, y en consecuencia no pueden ser renunciadas por quién circunstancialmente las titulariza. A ello refiero la imposibilidad de allanamiento de las mismas, referidas en el último párrafo del art. 231 de la Carta Magna Provincial. / En mérito de lo que vengo exponiendo, mal podía el legislador (...) renunciar a la inmunidad, como lo hace a requerimiento del entonces Juez Subrogante a fs. 15 vta. de estos obrados, La calidad de las normas que se violan en el acto hace que deba fulminarse con la nulidad cualquier acto realizado como consecuencia de la misma.

b) Declaración indagatoria: Se ha sostenido pacíficamente que la jurisprudencia que la recepción de la declaración implica necesariamente procesamiento, y así lo fue concretado conforme al art. 236 primera parte del Código de Procedimientos Criminal, derogado (Rubianes T.III Ed. 1978 N° 276, Pág. 80). En ese sentido suele creerse que el Juez puede instruir el sumario y que la limitación sólo establece la imposibilidad de dictar sentencia, esa interpretación presuntamente se basa en la inteligencia del art. 62 de la Constitución Nacional, pero es contraria al sentido de lo que procesalmente se llama un sumario, ya que supone la instrucción de un proceso sin la participación del imputado y con la violación flagrante del principio de contradicción, violentando el privilegio. La facultad del Juez es la de labrar una información sumaria, cuyo objeto no es procesamiento del privilegiado, sino el de fundar el pedido de desafuero, sin cuya concesión no debe instruirse proceso, en el sentido técnico de la palabra. Lo contrario crea una situación de verdadero desorden institucional (Soler -T.V.- pág. 116 Ed. 1970). / En base a estos argumentos, y coincidiendo con los fundamentos de la Defensa debo proceder a la declaración de nulidad absoluta de la declaración indagatoria...

<sup>6</sup> Las inmunidades de los arts. 61 y 62 de la Constitución Nacional no impiden la instrucción de un sumario criminal para investigar la conducta de los legisladores -excepto en el caso del art. 60 de la Constitución-, en tanto no se afecte su libertad personal por orden de arresto o prisión

podido interpretar otra cosa, destiñendo la Constitución en concesión, al parecer, a las presiones devenidas de la opinión publicada.<sup>7</sup>

La ley 25.320 derogó los artículos 189, 190 y 191 del Código Procesal Penal de la Nación, normas relativas a los *obstáculos fundados en privilegio constitucional*, y lo propio hizo la ley 4633 en la Provincia del Chubut con el artículo 170 CPrPenCH [ley 3155].

El artículo 170, CPrPenCh. fue tomado del artículo 235, párrafos primero y tercero, del “Proyecto Maier”, que, como señalé, consagró la solución tradicional defendida por la Escuela de Córdoba, revisada por el Congreso que con la ley citada recibe la doctrina opuesta, conforme a la cual el privilegio constitucional no impide los actos de persecución penal, salvo la privación de la libertad. Se ha atemperado la posición admitiendo que no pueda allanarse el domicilio, ni interceptarse documentación o comunicaciones telefónicas sin la autorización de la Cámara en el caso de los legisladores. La ley en Chubut es más severa y atenta, según nuestro juicio, contra el privilegio constitucional tal como él es concebido. Es que esta ley permite el allanamiento, el secuestro y la interceptación de comunicaciones y de correspondencia, actos todos muy graves que comportan indudable coerción y restricción a la libertad.

Cabe entender por prerrogativas institucionales aquellas atribuciones especiales que el ordenamiento jurídico-constitucional otorga a ciertos funcionarios -no en su persona- sino en razón de su investidura, tendientes a garantizar un mínimo de eficacia en la acción que el ordenamiento jurídico le confiere. Así por ejemplo, en punto al Poder Judicial la inamovilidad y la intangibilidad de las retribuciones, son garantías institucionales para asegurar su independencia. Del mismo modo, existen las inmunidades, privilegios o fueros parlamentarios para asegurar el buen funcionamiento y la independencia del Poder Legislativo; los obstáculos de procedibilidad, el desafuero de los legisladores, el juicio político, enjuiciamiento de ciertos funcionarios, que por la investidura y alta responsabilidad asignada, previo

---

provisional o definitiva. Tal privilegio no contempla a las personas, sino que es una garantía al libre ejercicio de la función legislativa para mantener la integridad de los poderes del Estado. 1986 Fallos: 308:2091.

<sup>7</sup> Ley 25.320, ARTICULO 1º — Cuando, por parte de juez nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se abra una causa penal en la que se impute la comisión de un delito a un legislador, funcionario o magistrado sujeto a desafuero, remoción o juicio político, el tribunal competente seguirá adelante con el procedimiento judicial hasta su total conclusión....

remover ciertos obstáculos de procedibilidad (suspensión o destitución), para que luego se haga valer la responsabilidad penal.

La diferencia esencial entre la inmunidad parlamentaria y los obstáculos de procedibilidad, están dadas esencialmente en que entre las primeras está considerada la inmunidad de opinión, que constituye más bien un caso de indemnidad de opinión, en tanto y en cuanto las opiniones vertidas por el legislador en ocasión de sus funciones no puede constituir nunca un delito, ni aún después de cesadas las mismas. En cambio, en los obstáculos de procedibilidad, por razones de interés público, el ordenamiento institucional exige que antes de proceder a poner en marcha los mecanismos de la procesabilidad penal, sea el órgano de contralor político quien permita remover los obstáculos de procedibilidad, es decir hacer valer en primer término la responsabilidad política del funcionario investigado, sea éste responsable mediante juicio político, enjuiciamiento u otro procedimiento similar, y luego recién se lo investigue penalmente. Removido el obstáculo el presunto autor del delito puede ser investigado penalmente.<sup>8</sup>

Conviene insistir en que los fueros o privilegios parlamentarios tienen en mira el resguardo de la independencia del poder legislativo frente a los otros dos poderes, frente a presiones exteriores e internas y propenden a preservar la

---

<sup>8</sup> S.C Mendoza, marzo 2-990, Gianella, Horacio c. Silvano, Jorge R., en supl. La Ley, 16-7-990, p. 13.

libertad de opinión de sus integrantes.<sup>9-10</sup> No es, así, un privilegio fundado en la raza o en prerrogativas personales. Es esto lo que ha empezado a desconocerse en el marco de un “desmontaje” muy amplio de la Constitución. Algunos discursos escuchados en la sesión del Senado del día 22 de agosto de 2018 apañaron esta desinterpretación que no asume que también los jueces pueden afectar el orden constitucional con fines inconfesables. Los jueces fueron representantes del antiguo régimen y considerados burócratas por los revolucionarios franceses y en Argentina no controlaron a los poderes de facto que nos colocaron al margen de la civilización humana. Muchos lo consintieron y avalaron.

---

<sup>9</sup> Lo dijo hace poco la Corte: “Las inmunidades funcionales (en el caso, senador nacional) no están previstas en interés de la persona, sino precisamente de la función (Fallos: 327:4376, y sus citas) y tienen por tanto el alcance que les confieren específicamente las normas que establecen y regulan el contenido de la actividad funcional de que se trate. -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-. Romero, Juan Carlos s/incidente información sumaria -piezas pertenecientes -causa n° 34977/11- R. 185. L. RHE. 13/03/2018. Fallos: 341:235.

Es interesante este fallo ya que resuelve, en contra de lo sostenido por el senador por Salta, que la ley 25.320 le resulta aplicable sobre las previsiones del código procesal penal de esa provincia por tratarse de un senador nacional y en base a ello rechaza el recurso extraordinario lo que implica la continuación del sometimiento del senador al proceso penal iniciado en su Provincia (“...el juez de instrucción entendió que era aplicable al caso la inmunidad de jurisdicción establecida en los artículos 185 y siguientes de! Código Procesal Penal local, de modo que luego de practicar la información sumaria prevista en esas normas, que incluyó un descargo voluntario del nombrado, resolvió archivar e! proceso por inexistencia de delito. Apelada esta decisión por e! ministerio fiscal, la Cámara de Acusación declaró la nulidad de todo lo actuado por considerar que debió aplicarse e! régimen de inmunidades de la ley 25.320 por tratarse de un senador nacional...”. Del dictamen del Procurador General).

<sup>10</sup> También remitió en otro precedente la Corte (Caso de Milagro Sala) al caso “Alem” (Fallos: 54:432) en que se dijo: “La Constitución no ha buscado garantizar a los miembros del Congreso con una inmunidad que tenga objetos personales, ni por razones del individuo mismo a quién hace inmune. Son altos fines políticos lo que se ha propuesto, y si ha considerado esencial esa inmunidad, es precisamente para asegurar no sólo la independencia de los poderes públicos entre sí, sino la existencia misma de las autoridades creadas por la Constitución” (05/12/2017, Fallos: 340:1775).

En ese fallo, concluyeron los jueces que la integraban en 15 de diciembre de 1893: “...se declara que las inmunidades constitucionales del senador electo doctor Leandro N. Alem, no están limitadas por el estado de sitio, y que debe ser puesto en libertad...”.

-N-. En *El Devenir del Enjuiciamiento Penal* señalé: Si no hubiera ocurrido en la realidad de nuestro país, en los últimos años del siglo XX, lo que vamos a recordar enseguida aparecería como una exageración o, peor aún, como un desvarío nuestro. Dijo la Corte: *Procede hacer lugar al recurso extraordinario y revocar la sentencia que aplicó una condena penal por robo, si se ha fundado en la investigación basada en la confesión extrajudicial del reo que se obtuvo mediante apremios ilegales, ya que el hecho de que la aplicación de la tortura haya sido decisiva para solucionar la causa contradice la obligación de los jueces de acatar el principio constitucional que prohíbe los tormentos, y compromete la buena administración de justicia, al pretender constituirla en beneficiaria de un hecho ilícito.*<sup>11</sup> Y que el recurso extraordinario “...somete al Tribunal el conflicto entre dos intereses fundamentales de la sociedad; su interés en una rápida y eficiente ejecución de la ley y su interés en prevenir que los derechos de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de la ley’ según lo definiera la Corte Suprema de los Estados Unidos ante un caso similar (*Spano vs. New York*“, 360 U.S. 315- 1958)”. “4º) Que tal conflicto se haya resuelto en nuestro país desde los albores de su proceso constituyente cuando la Asamblea de 1813, calificando al tormento como ‘intervención horrorosa para descubrir los delincuentes’ mandó quemar los instrumentos utilizados para aplicarlo (ley del 19 de mayo de 1813, ‘Asambleas Constituyentes Argentinas’, Tomo I, pág. 44) decisión que se concretó en la prohibición contenida en el art. 18 de la Constitución de obligar a alguien a declarar contra sí mismo...”.

Hizo constar la Corte que todos los jueces de grado coincidieron en que la aplicación de la tortura fue decisiva en el caso y, sin embargo, igualmente condenaron al acusado (con algunas disidencias).

No lo reiteraremos aquí, pero podemos remitir al debate previo a la sanción de la ley 23.050 en el Congreso: él evidencia muy bien lo que acaecía en el país.

---

<sup>11</sup> CS., diciembre 10-1981 ' Montenegro, Luciano Bernardino', Fallos: 303:1938. En una de nuestras comunicaciones a las Segundas Jornadas Forenses, recordamos lo dicho por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos: *La conducta seguida choca con la conciencia de equidad de nuestro pueblo. La irrupción ilegal en la intimidad del peticionante, la lucha para obligarlo a abrir la boca y sacarle lo que tenía dentro, el vómito obligado para obtener el contenido de su estómago, todo esto cumplido por los agentes del gobierno en su esfuerzo por obtener pruebas, representa una ofensa que lastima aún la sensibilidad más endurecida (...) si aceptamos la conducta brutal seguida por la policía en este caso, encubriremos la brutalidad con el manto de la ley. Sería la conducta más eficaz para desacreditar la ley y contribuir a animalizar el temperamento de la sociedad...* (del voto del Juez Frankfurter en el caso 'Rochil v. California', citado por Vanossi en 'Teoría Constitucional').

5. Véase lo que pudo decirse:<sup>12</sup> “...los senadores debemos aproximarnos al mundo real. Cuando hay que atenerse a la ley no hay excusas para nadie. La sociedad nos reclama paridad y creo que ningún senador teme ser igual a cualquiera”. “Por el contrario, es una regla de oro de la actividad política que nadie es más que nadie, que somos gente del común pero debemos dar el ejemplo, exigirnos aún más en el cumplimiento de nuestro mandato. Quien sienta la política de otra manera podrá provenir de los siempre presentes aventureros y advenedizos que se acercan en busca de ventajas y con conducta asegurada, pero nunca de quienes reclaman el reconocimiento de una vida de militancia. Ser senador es una dignidad que hay que honrar, nunca un título de nobleza para tener un tratamiento especial”.<sup>13</sup>

Es palmario el desconcepto, de tono demagógico y ubicuo, oportunista. Repátese lo que llevo dicho hasta aquí: precisamente, lo/as legisladore/as no son gente común sino que se distinguen porque integran uno de los poderes del Estado que tiene por misión contrapesar a los otros dos. Y por ello sus fueros. Lo que debía establecerse era si se afectaban las prerrogativas del Senado o, si por el contrario, podía autorizarse el acto solicitado por el juez actuante por no mediar ninguna afectación institucional. No era suficiente, como sí podría ocurrir con el morador particular, el consentimiento expreso de la senadora afectada con la medida en cuestión porque es un privilegio del Cuerpo. A juzgar por la amplia difusión del allanamiento dispuesto judicialmente con mucho tiempo de anticipación a que se verificara el debate cabía su rechazo por resultar una medida solo injuriosa. Y a juzgar por el modo en que se ha llevado a cabo –según lo publicado y exhibido por los medios de prensa profusamente- se ha agraviado al Senado de la Nación. El Cuerpo no ha sabido proteger sus prerrogativas constitucionales que no le pertenecen a cada senador sino al pueblo que

---

<sup>12</sup> PERÍODO 136º 13ª REUNIÓN - 7ª SESIÓN ESPECIAL -22 y 23 de agosto de 2018, Senado, Pág. 11 Dirección General de Taquígrafos.

<sup>13</sup> Del miembro informante del despacho de la Comisión de Asuntos Constitucionales, Sr. Martínez (E. F.). Solo menciono esta intervención, ino podría abundar en otras citas semejantes!

representan en el Senado.<sup>14</sup> Las personas comunes les han conferido esa condición para que las defiendan.<sup>15</sup>

6. En distintos trabajos<sup>16</sup> me he ocupado de la inviolabilidad del domicilio, considerado invariablemente en todos los antecedentes patrios “un sagrado”. Solo recordaré aquí que la Corte sostuvo que conceder valor a las pruebas obtenidas por vías ilegítimas y asentar en ellas una sentencia judicial no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito por el que se adquirieron tales evidencias (Fallos, t. 303, p. 1938 -Rev. LA LEY, t. 1982-D, p. 225). Y que el art. 18 de la Constitución Nacional establece que "el domicilio es inviolable...; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá precederse a su allanamiento y ocupación". Se consagra así el

---

<sup>14</sup> La razón substancial de estas prerrogativas de las Cámaras sobre sus miembros, es porque son sus privilegios los que se consideran violados; porque aunque la inmunidad de arresto de los miembros del Congreso es personal, ella tiene por objeto "habilitarles para desempeñar sus deberes como tales, y son esenciales a este fin", y es por esta razón que, "cuando un miembro del Congreso está ilegalmente arrestado ó detenido, es deber de la asamblea adoptar medidas inmediatas y efectivas para obtener su libertad", porque "los privilegios de sus miembros son parte de la ley de la tierra", puesto "que el gran objeto de la institución de esos privilegios es asegurarles su asistencia a las asambleas legislativas". (Cushing, Ley parlamentaria americana, páginas 224 a 238). (Caso "ALEM").

<sup>15</sup> En el caso "Alem" -Fallos: 54:432- lo dijo así la Corte: "En nuestro mecanismo institucional, todos los funcionarios públicos son meros mandatarios que ejercen poderes delegados por el pueblo, en quien reside la soberanía originaria". Y allí mismo dijo, obsérvese la importancia del pronunciamiento: "... es tal el celo que la Constitución ha tenido por guardar esta inmunidad dada a los miembros del Poder Legislativo contra los arrestos posibles de sus personas, que, aún en estos casos de excepción, cuando el Poder Judicial interviene, éste está obligado a dar cuenta a la Cámara respectiva, con la información sumaria del hecho, la que, en los casos de querrela por escrito, necesita el concurso de dos terceras partes de los votos de sus miembros para ponerlo a disposición del Juez competente para su juzgamiento (Constitución Nacional, arts. 61 y 62). / Se ve, pues, que aun tratándose de los actos de indiscutible jurisdicción de los tribunales ordinarios, cuando ellos ordenan el enjuiciamiento de un Senador o Diputado, la Cámara respectiva tiene acción decisiva sobre la persona de sus miembros, con prescindencia completa de las resoluciones de los demás poderes de la Nación". Qué bien hubiesen hecho alguna/o/s legisladora/e/s hoy en leer este fallo.

<sup>16</sup> V. gr., Prolongación del ciclo constituyente - La reforma en la Provincia del Chubut (1995) y El devenir... (2003).

derecho individual a la privacidad del domicilio de todo habitante -correlativo del principio general del art. 19- en cuyo resguardo se determina la garantía de su inviolabilidad, oponible a cualquier extraño, sea particular o funcionario público.<sup>17</sup> Si el *corpus delicti* sólo cabría darse por probado mediante los elementos secuestrados con quebrantamiento de la inviolabilidad del domicilio, ello no sólo sustenta la revocación del pronunciamiento que condenó al imputado como autor del delito de tenencia de estupefacientes, sino que determina la exclusión de la condena (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).<sup>18</sup>

Va de suyo que esta garantía impera también para los legisladores y que la autorización por el Senado de un allanamiento no implica autorización para violentarla porque la Constitución está por encima de las decisiones del Cuerpo.<sup>19</sup> Y es preciso enfatizar que el modo en que se ejecuta el allanamiento se comprende en la garantía de un modo esencial; de ella se deriva la exigencia de que el registro se extienda solo a aquellos objetos que estén relacionados con la causa. Dice la Enmienda IV de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, fuente de nuestro constitucionalismo:<sup>20</sup> “No se violará el derecho del pueblo a la

---

<sup>17</sup> Fiorentino, Diego Enrique. 1984, Fallos: 306:1752.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Cito aquí estos dichos del Juez Lorenzetti en un fallo en materia laboral pero que pueden resultar de interés en estas notas, pensando en el futuro: la magna labor de administrar justicia no se basa en la sola voluntad o en el derecho libremente aplicado, sino en leyes, ya que nadie está sobre ellas, siendo que nuestra Constitución estableció un Poder Judicial integrado por jueces que actúan conforme a reglas que la comunidad debe conocer, y a las que deben ajustarse para que las soluciones sean previsibles, todo lo cual esta Corte debe hacer respetar porque constituyen un elemento de la garantía constitucional del debido proceso (*in re* FIORENTINO ROXANA MARIA LUJAN c/ SOCIALMED S.A. Y OTRO Y OTRO s/MULTAS L.E.-SOLID. ART. 30 LCT. 29/05/2007, Fallos: 330:2452).

<sup>20</sup> "...el sistema de gobierno que nos rige, no es una creación nuestra. Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia, y nos lo hemos apropiado. Y se ha dicho con razón, que una de las grandes ventajas de esa adopción, ha sido encontrar formado un vasto cuerpo de doctrina, una práctica y una jurisprudencia que ilustran y completan las reglas fundamentales, y que podemos y debemos utilizar en todo aquello que no hayamos podido alterar por disposiciones peculiares (Serie segunda, tomo X, página 236)". "...si bien las disposiciones de la constitución Argentina alteran las disposiciones análogas de la constitución norte-americana, lo hacen por una peculiaridad que tiene aquella, y que sirve para ensanchar el alcance de la inmunidad contra el arresto de que gozan los miembros de nuestro congreso nacional. El artículo primero, sección primera, párrafo primero de la Constitución de los Estados Unidos, consagra este privilegio en los

seguridad de sus personas, sus domicilios, sus papeles y sus efectos personales, contra allanamientos y secuestros arbitrarios, ni se expedirá ningún mandato en tal sentido sino en virtud de causa probable respaldada por juramento o declaración solemne y que describa en forma precisa el lugar que haya de ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o secuestradas”.<sup>21</sup>

7. Me interesa retomar una vez más esta síntesis magnífica que adopto de Valadés quien pone de manifiesto que la Constitución es *el estatuto jurídico del poder* y subraya que ella regula cuatro formas de relación con el poder: el *derecho al poder*, el *derecho del poder*, el *derecho ante el poder* y el *control del poder*. Estimo imprescindible decir que es en *el control del poder* en que deberemos avocarnos de aquí en adelante. El liberalismo jurídico imaginó unas formas de control del poder político: la Francia revolucionaria propuso el control de los jueces, en los que desconfiaba, mediante la casación que examinaba si se había cumplido con el mandato del legislador. El tribunal de casación, ubicado originariamente en la asamblea legislativa, tenía la facultad de anular las decisiones de los jueces si se apartaban de la literalidad de la ley. Luego se convirtió en un recurso procesal ante la Corte de Casación, ahora ubicada en la cúspide del poder judicial.

---

términos siguientes: "Gozarán (los Diputados y Senadores) en todos los casos, excepto en los de traición, felonía y perturbación de la paz (breach of the peace) del privilegio de no ser arrestados, mientras asistan a sus respectivas cámaras y al ir y al volver a las mismas". / Las diferencias que entre este artículo y el de la constitución Argentina existen, son dos: la primera, que mientras que en los Estados Unidos puede ser arrestado, por orden judicial, en cualquier momento un miembro del Congreso que haya cometido delito, por la Constitución Argentina el arresto sólo puede tener lugar cuando el senador ó diputado, es sorprendido infraganti, es decir, en el acto mismo de la comisión del delito. La segunda diferencia, es que en los Estados Unidos la inmunidad dura sólo el tiempo de las sesiones de las cámaras y el necesario para ir y volver al Congreso, mientras que en la República Argentina esa inmunidad dura para los diputados y senadores desde el día de su elección hasta el de su cese. / Fueron indudablemente razones peculiares a nuestra propia sociabilidad y motivos de alta política los que aconsejaron estas enmiendas hechas al modelo que se tenía presente por los constituyentes argentinos. Se buscaba, sin duda alguna, dar a los miembros del Congreso Nacional aún mayores garantías para el desempeño de sus funciones que aquellas de que gozaban los legisladores de la Nación Americana, asegurando su independencia individual y la integridad de los poderes" (del caso "ALEM").

<sup>21</sup> Adopto la traducción que hizo Verónica Gómez en el libro de David P. Currie, *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos*, Ed. Zavalía, Bs. As., 1993 (1988).

El amparo mexicano fue una forma de controlar al poder estatal.

El control del poder difundido entre nosotros es de cuño norteamericano: el control de constitucionalidad a cargo de los jueces. Pero, “*Quis custodiet ipsos custodes?*” *¿Quién custodia a los custodios?* Es la gran pregunta que, como Juvenal, a quien recuerda Cappeletti, cabe hacerse. Interrogante que reitera Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, en un trabajo dedicado al estudio de la separación y control de los poderes en el sistema constitucional español.<sup>22</sup>

Recientemente me ha parecido del todo urgente intentar caminos de oxigenación de nuestra administración de justicia.<sup>23</sup> Las responsabilidades nuestras son muy profundas en estos tiempos: yo no sé cómo no se han expedido aún instituciones básicas de la abogacía y de la magistratura.

Llamo la atención acerca del diseño del poder que en los hechos impera que implica el *desmontaje*<sup>24</sup> alarmante de la Constitución. Podemos valorar los esfuerzos de la mayor parte de nuestras juezas y jueces y fiscales, que honran el poder judicial. Pero sabemos, es público y notorio, que un grupo de jueces ejerce el poder alineado con poderes políticos, mediáticos, grupos de presión y servicios de inteligencia. Deshonran la magistratura y la profesión de abogado/a y afectan gravemente el Estado Constitucional de Derecho que tiene en los jueces el último resguardo para proteger las libertades públicas.

Es indisimulable el acrecimiento de los poderes del Ejecutivo en desmedro del Congreso –naturalmente disperso y sin vocación cultural hacia la cooperación-.<sup>25</sup> Claro, cooperación no en línea con el Ejecutivo y sus competencias desbordadas. Aparece hoy subordinado.

Es hora de repensar los controles del poder, no tan solo del poder político sino también de los otros poderes fácticos que es lo que sabemos menos. Estamos lejos hoy de todos los *garantismos* de que habla Ferrajoli, especialmente del *garantismo liberal*, del *garantismo social* y del *garantismo internacional*.

Culmino con esta cita del ilustre florentino:

---

<sup>22</sup> V. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N° 4, año 1989, pp. 47 y sigs.

<sup>23</sup> En TRES NOTAS SOBRE EL JURADO, ED. DUNKEN, Bs. As., agosto, 2018.

<sup>24</sup> Expresión de Werner Kägi.

<sup>25</sup> “...la ineficiencia del Parlamento es un hecho natural, por la dispersión de liderazgos. Pero la eficacia del Parlamento es un hecho cultural, si la cooperación reemplaza a la confrontación” (FRÍAS).

De este modo, por “garantismo” se entenderá, en esta concepción más amplia, un modelo de derecho fundado en la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y en los vínculos impuestos a ellos en garantía de los derechos, primeros entre todos los derechos fundamentales establecidos en las constituciones. En este sentido, el garantismo es sinónimo de “Estado constitucional de derecho”, es decir, de un sistema que reproduce el paradigma clásico del Estado liberal, ampliándolo en dos direcciones: por un lado, a todos los poderes, no sólo al judicial sino también a los poderes legislativo y de gobierno, no sólo a los poderes públicos sino también a los económicos privados y no sólo a los poderes estatales sino también a los poderes supra-estatales; por el otro lado, a todos los derechos, no sólo a los de libertad, sino también a los sociales, y no sólo a los derechos sino también a bienes estipulados como vitales, con consiguientes obligaciones de satisfacción y protección, además de prohibiciones de lesión, a cargo de la esfera pública.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> *¿Qué es el garantismo?* Traducción de Nicolás Guzmán, Universidad de Buenos Aires.