

TRABAJO DE FIN DE GRADO DE GRADO EN
DERECHO
MODALIDAD: REVISIÓN TEÓRICA

**ELIMINACIÓN DE LOS AFORAMIENTOS EN EL
ESTATUTO AUTONÓMICO DE CANARIAS**

**Elimination of the appraisals in the autonomic statute of the
Canary Islands**

Grado en: **DERECHO**

Facultad de Derecho

Cmno de La Hornera, s/n. C. 38071. La Laguna.
Tenerife. E-mail: facder@ull.edu.es Tlf.
922317291. Fax. 922317427 - www.ull.es

Universidad de La Laguna

Curso 2018/2019

Convocatoria: **Septiembre**

Realizado por:

Marta Fernández Torres

Tutorizado por el profesor:

D. Gerardo Pérez Sánchez

Departamento:

Área de derecho constitucional

Área de conocimiento:

Derecho constitucional

Resumen

Este trabajo de fin de grado trata de hacer una revisión teórica sobre la condición de aforamiento prevista en la Constitución española, las controversias existentes entre dicha condición y determinados preceptos constitucionales, como los artículos 14 y 24.2 de la Constitución española, reflexionando sobre si, finalmente, los aforamientos son una prerrogativa, tal y como afirma el Tribunal Constitucional, o un privilegio, tal y como es percibido por la sociedad española. También se lleva a cabo un estudio de las posibles modificaciones o reformas que deberían hacerse en torno a esta cuestión, basándonos en la legislación vigente, en Sentencias del Tribunal Constitucional, en una moción presentada por un partido político y en juristas que han aportado su punto de vista sobre el objeto de estudio.

En este estudio hemos profundizado sobre la supresión de los aforamientos en Canarias y de cómo ha afectado este proceso a la realidad política Canaria.

Palabras clave: Aforamiento, Reforma Constitucional, Estatuto de Autonomía de Canarias.

ABSTRACT

This finaldegree project tries to make a theoretical revision on the condition of *aforamiento* in the Spanish constitution, the controversies between said condition and certain constitutional requirements, such as articles 14 and 24.2 of the Spanish constitution, reflecting on whether, finally, the *aforamientos* are a prerogative, as stated by the constitutional Court, or a privilege, as perceived by Spanish society. A study is also carried out of the possible modifications or reforms that should be made around this issue, based on the current legislation, in constitutional Court Sentences, on a motion presented by a political party and on jurists who have contributed their point of view on the object of study.

In this study we have deepened on the suppression of *aforamientos* in the Canary Islands and how this process has affected Canarian political reality

Keywords: Aforamiento, Constitutional Reform, Statute of Autonomy of the Canary Islands.

ÍNDICE

	Pág.
1. Introducción	4
2. Los aforamientos en La Constitución Española	5
2.1. Consideraciones sobre la independencia judicial en relación a la elección de los miembros del CGPJ	10
2.2. Aspectos cuestionables de los aforamientos	14
2.3. Aspectos beneficiosos de los aforamientos	16
2.4. Los aforamientos y el derecho comparado.	17
3. Análisis sobre el proyecto de reforma constitucional sobre eliminación de aforamientos en la Constitución	19
3.1. La nueva redacción de los artículo 71 y 102 de la Constitución española	19
3.2. Afectación de la modificación constitucional en los estatutos autonómicos	20
4. Análisis de la moción por la que se insta al Gobierno a limitar el aforamiento de Diputados, Senadores y miembros del Gobierno	21
5. Análisis del nuevo Estatuto de Autonomía de Canarias sobre la eliminación de aforamientos	25
5.1. Análisis comparativo de las modificaciones sobre los aforamientos en el Estatuto de Autonomía de Canarias de 1982 y el nuevo Estatuto de Autonomía de Canarias de 2018	26
5.2. Posible supresión de aforamientos en otras Comunidades Autónomas.	29
6. Estudio sobre las consecuencias prácticas que ha supuesto la eliminación de aforamientos en el nuevo Estatuto de Autonomía de Canarias	30
7. Discusión y conclusiones	37
8. Referencias.	41

ABREVIATURAS

Abreviatura	Leyenda
EAC	Estatuto de Autonomía de canarias
CE	Constitución Española
TS	Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
TSJC	Tribunal Superior de Justicia de Canarias
STC	Sentencia
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial

1. Introducción

A lo largo de las siguientes páginas se abordará el estudio de la eliminación de aforamientos del nuevo Estatuto de Autonomía de Canarias (en adelante EAC), las consecuencias prácticas que ha supuesto dicha supresión y un estudio en profundidad sobre un proyecto de reforma constitucional sobre la eliminación de aforamientos a nivel Estatal, llevándose a cabo un análisis comparativo sobre la eliminación de aforamientos que ha tenido lugar en el EAC con relación a lo que recoge la Constitución Española sobre este hecho.

Asimismo, se abordarán las posibles ventajas que ha supuesto esta modificación del Estatuto, en qué aspectos ha podido ser beneficiosa y en cuales puede haber supuesto una desventaja, o mejor dicho, para quiénes ha podido suponer una desventaja.

Finalmente, el trabajo acabará con un estudio de campo sobre cómo ha afectado la modificación en la ley electoral canaria a un caso que se encuentra abierto a nivel judicial en el que se encuentra involucrado un expresidente del Gobierno de Canarias (Fernando Clavijo), por el “caso Grúas”.

Además de la eliminación de aforamientos, se han llevado a cabo otras reformas en el EAC que han supuesto, entre otras cosas, la creación de un nuevo sistema electoral canario al margen del sistema d'Hondt. Estas reformas han sido necesarias para corregir las incongruencias en el reparto de los votos, ya que el sistema d'Hondt encuentra su base en un sistema electoral que se utiliza para repartir los escaños de un parlamento o congreso de una manera no proporcional a los votos que han obtenido las candidaturas

Hemos seleccionado el tema de la eliminación de los aforamientos en el EAC porque consideramos que se destaca la eliminación de un privilegio político sumamente importante que conlleva el desbloqueo judicial de casos de corrupción en los que se encuentran inmersos algunos de nuestros parlamentarios. Este avance a nivel autonómico, que ya ha tenido lugar en la comunidad autónoma de Murcia, debería servir como ejemplo para que se proceda a la eliminación a nivel estatal de este privilegio y se puedan desbloquear numerosos casos de corrupción que en numerosas ocasiones no han seguido adelante o se han paralizado por la politización existente en

los Tribunales Superiores y Tribunales Supremos de Justicia de este país.

En definitiva, el impacto judicial que ha tenido dicha supresión de los aforamientos en el EAC ha sido uno de los motivos fundamentales que me han llevado sentir curiosidad por este tema y profundizar en él.

2. Los aforamientos en la Constitución española

Antes de entrar en materia, parece oportuno que caractericemos el término “aforamiento”, con el objeto de poder situar al lector en la temática de nuestra propuesta de trabajo. Los aforamientos son una situación jurídica que disfrutan determinadas personas por su condición personal, es decir, por el cargo profesional que ocupan los mismos o por las funciones que desempeñen. Cuando se hace referencia a los cargos profesionales, se hace alusión a quienes ostentan un cargo público. En concreto, a Diputados, Senadores, al Presidente y demás miembros del Gobierno; tal y como se recoge en los artículos 71.3 y 102.1 de la Constitución española (1978) (en adelante, CE). También ostentan la condición de aforados jueces y magistrados y demás miembros de la carrera judicial, tal y como se recoge en el artículo 57.1.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ):

“De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidentes de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado y Defensor del Pueblo, así como de las causas que en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía”.

Podemos definir los aforamientos también a través de una Sentencia del Tribunal Constitucional¹, en la cual recoge que se entenderá como aforamiento: *“toda norma de competencia que atribuya a determinados órganos jurisdiccionales el conocimiento de determinados asuntos, en razón de la calidad de las personas en ellos implicados, es una norma de carácter procesal como lo son todas aquellas que establecen o distribuyen la facultad de conocer y resolver cualesquiera otros a los diferentes órganos jurisdiccionales”*. De esta definición que nos proporciona el TC podemos extraer que el aforamiento encuentra su fundamento en un problema de competencia jurisdiccional en relación a las personas implicadas en determinados asuntos, es decir, determinadas personas que cumplan los requisitos de ejercicio o función de determinados cargos, serán sometidos a unos Tribunales determinados.

Otra figura institucional a la que no se le reconoce la condición de aforado, pero si ostenta la prerrogativa de la inviolabilidad, recogido a través del artículo 56.3 de la CE es la figura de el Rey, que nos recuerda que:

“La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el artículo 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el artículo 65.2”.

El término de inviolabilidad hacer referencia a la exoneración del Monarca de toda responsabilidad por los actos que cometa como Rey, es decir, la inviolabilidad afecta a los actos y funciones que le son propios al Jefe del Estado. Dichos actos estarán siempre refrendados por el presidente del Gobierno y por los ministros competentes². Esto conlleva una responsabilidad por parte de las personas que los refrenden, que responderán por los actos refrendados de el Rey, aun cuando no sean autores de dichos actos (por ejemplo, el refrendo de las leyes). Si el refrendo no se produce porque alguno de los sujetos con competencia para llevarlo a cabo no actúa con la debida diligencia u omitan el refrendo, el acto en cuestión carecerá de validez. La inviolabilidad que ostenta la figura de el Rey supone una especial protección a su persona, atribuyéndole una

1 Sentencia del Tribunal Constitucional: STC 159/1991 de 18 de julio de 1991.

2 El artículo 64.1 de la CE recoge que: *“los actos del Rey serán refrendados por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes. La propuesta y el nombramiento del Presidente del Gobierno, y la disolución prevista en el artículo 99, serán refrendados por el Presidente del Congreso”*.

especial inmunidad en virtud del cual el Rey se encuentra al margen de los Tribunales de Justicia, ya que la persona de el Rey es “*inviolable y no está sujeta a responsabilidad*”. El Tribunal Constitucional, a través de una de sus sentencias³, ha querido añadir algunos aspectos importantes a tener en cuenta en relación al refrendo. El TC establece en dicha Sentencia (a partir de ahora STC) que “*cualquier forma de refrendo distinta de la establecida en el artículo 64 o que no encuentre su fundamento en él debe ser considerada contraria a lo preceptuado en el artículo 56.3 de la misma y, por consiguiente, inconstitucional*”. De dicha STC se pueden extraer varias notas aclaratorias en relación al refrendo. En primer lugar, debe entenderse que los actos del Rey, salvo la excepción recogida en el artículo 56.3 de la CE en relación al artículo 65.2 de la CE, deberán ser siempre refrendados por los sujetos habilitados para ello (artículo 64.1 CE). Hay que hacer alusión al hecho de que existen actos que no necesitan refrendo, como son los contenidos en el artículo 65.2, en el que se recoge que: “*el Rey nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa*”.

Otro de los aspectos a tener en cuenta por la STC del TC es que la ausencia de refrendo implica la invalidez del acto, y que el refrendo deberá hacerse en la forma que se prevé en el artículo 64 de la CE.

El beneficio que adquieren las personas que ostentan la condición de aforados es que no pueden ser juzgadas por los tribunales ordinarios que les correspondería, es decir, se acogen a un fuero diferente por su condición profesional, procediendo a ser juzgados por la Sala Penal del Tribunal Supremo (en adelante, TS), tal y como recoge el artículo 71.3 de la CE. El aforamiento supone el establecimiento a determinadas personas de un fuero procesal especial, distinto de las reglas ordinarias (y que recoge el artículo 24.2 de la CE⁴) para el conocimiento de las causas incoadas a tales sujetos durante su mandato por cualquier delito penal (supone una prerrogativa procesal).

Otro de los artículos de la CE que hace referencia a los aforamientos en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra recogido en el artículo 102.1 de dicho texto legal, en

³ Sentencia del Tribunal Constitucional número 5/1987, de 27 de enero.

⁴ En este artículo se resalta que “...todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

el que se dispone que “la responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”. Este artículo tiene como finalidad proteger la autonomía e independencia del Presidente y demás miembros del Gobierno. Se trata de un instrumento que fomenta la independencia de los miembros del Gobierno a la hora de evitar posibles presiones que podrían sufrir los órganos judiciales de primera instancia que son a los que les correspondería juzgar según nuestro ordenamiento jurídico⁵. Según lo dispuesto en una STC del Tribunal Constitucional⁶ (en adelante, TC), dicho tribunal establece que lo que se recoge en el artículo 102.1 de la CE en relación a los aforamientos no hay que entenderlo como un privilegio ni como un artículo con connotaciones de desigualdad y excepcionalidad, ya que el mismo lo que ofrece es un tratamiento jurídico diferente a determinadas situaciones subjetivas diferenciadas por la Constitución, que lo que pretende es proteger a los miembros del Gobierno frente a posibles actuaciones abusivas que reciban los mismos por las funciones que la Constitución les encomiendan. Con actuaciones abusivas hace referencia el TC a la utilización abusiva de querellas con el objetivo de desprestigiar sus cargos políticos.

No debemos pasar por alto que lo que recoge el artículo 102.1 sobre los aforamientos se encuentra conectado con lo dispuesto en el artículo 24.2 de la CE:

“Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

5 Aquí podemos hacer referencia al artículo 24.2 de la CE, que establece que “... todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley...”.

6 Sentencia del TC del 22/1997, 11 de Febrero de 1997. [Las Sentencias del Tribunal Constitucional en el presente trabajo se han buscado en la página oficial del Tribunal Constitucional, en el buscador de jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional de España. [Www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es)]

que recoge el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por ley. Según la doctrina del TC, el artículo 102.1 lo que hace es predeterminar el Juez competente para enjuiciar causas criminales dirigidas contra los miembros del Gobierno, lo que permite entender vulnerado el hecho de que se lleve a cabo un enjuiciamiento criminal de los miembros del Gobierno por un órgano jurisdiccional distinto al de la Sala de lo Penal del TS.

El TC, en su interpretación de las prerrogativas que disfrutaban los Diputados y Senadores y demás miembros del Gobierno, ha establecido como doctrina en varias sentencias⁷ que los aforamientos no suponen privilegios contrarios a los principios de justicia e igualdad, sino que suponen una garantía vinculada a un interés institucional y permanente del ordenamiento con el objetivo de preservar la independencia de la institución concernida en cada caso⁸. Dicho Tribunal encuentra su fundamento principal en que la creación de la figura de aforado en la CE tiene como objetivo principal el proteger la autonomía, libertad e independencia de los órganos constitucionales, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1.1 de la CE⁹, y también entiende el aforamiento como instrumento para garantizar la separación efectiva entre los poderes del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial). Entiende el TC que la figura del aforamiento *“ofrece un tratamiento jurídico diferenciado a situaciones subjetivas cualitativa y funcionalmente diferenciadas por la propia Constitución, y resultan de obligada aplicación siempre que concurra el presupuesto de hecho por ellas contemplado”*.

El TC aclara en reiteradas sentencias¹⁰ que la finalidad de la prerrogativa de aforamiento de Diputados y Senadores es proteger la independencia tanto del órgano parlamentario como del jurisdiccional frente a presiones externas que puedan sufrir los mismos o de las presiones que pudieran sufrir los presuntos encausados por razón de su cargo político o institucional. Entiende el Tribunal, que el aforamiento es un instrumento que protege la independencia de las Cortes Generales y del propio Poder Judicial, dotando de cierto equilibrio a los poderes del estado.

7 Sentencias de referencia: STC 90/1985, de 22 de julio; STC 90/1995 de 9 de junio y 124/2001 de 4 de julio.

8 Sentencia 22/1997 de 11 de febrero del TC. BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1997.

9 Artículo 1.1 de la CE: *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”*.

10 Sentencias del TC: STC 206/1992, de 27 de noviembre de 1992; STC 90/1985, de 22 de julio de 1985.

2.1. Consideraciones sobre la independencia judicial en relación a la elección de los miembros del CGPJ

Para entrar en antecedentes en relación al Poder Judicial, el proceso de instaurar la independencia del Poder Judicial en España, a niveles históricos, se introdujo en la Constitución de 1812¹¹. Este principio de autonomía e independencia judicial fue desarrollado por la LOPJ de 1870, de 16 de septiembre de 1870, que estuvo vigente hasta la entrada en vigor de la actual Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

En relación al texto constitucional de 1978, se encuentra recogido en el artículo 117 de la CE en el Título VI dedicado al Poder Judicial, en el que se establece que: *“la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”*. Dicho precepto constitucional se encuentra relacionado con los artículos 12 a 14 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial¹².

La importancia que tiene la independencia judicial en nuestro sistema democrático de Derecho la describe muy bien Íñiguez (2018) cuando establece que: *“la independencia respecto a las partes es una condición necesaria para garantizar la imparcialidad del juez. En segundo lugar, un juez independiente supone un límite eficaz al modo en que se desempeñan las funciones públicas y, en definitiva, el poder. En tercer lugar, como la magistratura ya no está aislada de su entorno político, el juez desempeña un papel fundamental en los regímenes democráticos, lo que implica inevitablemente la aparición de tensiones con el sistema político”*¹³. En el texto mencionado, el autor lo que quiere resaltar son las funciones que ostenta la independencia judicial en el estado de Derecho, resaltando como uno de sus problemas principales el sistema político que gira en torno a la función judicial. A continuación, se desarrollará un estudio sobre las posibles situaciones en las que pueden encontrar relación el poder ejecutivo, que desempeña la función política, y el poder judicial.

El objetivo fundamental de la existencia del aforamiento en la CE es proteger, de alguna

¹¹ La Constitución de 1812, promulgada el 19 de marzo de 1812, es la llamada Constitución de Cádiz, coloquialmente conocida como *la pepa*.

¹² En dichos artículos de la LOPJ se recoge la independencia de los Jueces y Magistrados.

¹³ Íñiguez, D. (2008). *Fracaso del autogobierno judicial*. España: Civitas. P. 52.

manera, a las personas que ostentan cargos públicos de ser juzgados por la jurisdicción ordinaria por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, pasando los mismos por un filtro judicial establecido por la CE que les hace acudir directamente ante el TS (tal y como indican los artículos 71.3 y 102.1 de la citada Constitución). El problema radica en considerar si a través de la elección de los miembros del CGPJ puede existir una interferencia del poder ejecutivo en el poder judicial, relacionándose de tal manera que nos haga reflexionar sobre si realmente nos encontramos ante una efectiva separación de poderes en nuestro Estado Democrático y de Derecho, o por el contrario, ante un Estado que prima porque haya cierto control del poder judicial por parte del poder ejecutivo para satisfacer intereses políticos y personales de quienes lo ejercen (el poder ejecutivo).

El CGPJ se encuentra recogido en el artículo 122.2 y 3 de la CE, entendiéndose dicho órgano como el que ejerce el gobierno de los jueces. La finalidad principal del CGPJ es la de garantizar el autogobierno del Poder Judicial, y su vez, garante de la independencia judicial en relación al resto de poderes del Estado. Se encuentran subordinados al CGPJ todas las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, de la Audiencia Nacional, así como los órganos unipersonales con funciones gubernativas.

Teniendo en cuenta que la elección de los miembros del TS se produce a través del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ), tal y como se recoge en el artículo 127.1.a de la LOPJ¹⁴ y que, a su vez, los miembros del CGPJ son elegidos por el Congreso de los Diputados y por el Senado¹⁵, esto nos hace reflexionar sobre la posibilidad de que finalmente el TS acabe estando conformado por magistrados que, de alguna manera, puedan favorecer la resolución de sentencias derivadas de conflictos generados por el ejercicio o cargo público de los parlamentarios. Este hecho pone en duda la imparcialidad del poder judicial en relación a los Tribunales que más cerca se encuentran del poder ejecutivo y nos acerca más a la idea de su posible politización, favoreciendo así a quienes ostenten la condición de aforados a nivel parlamentario. Para que no se ponga en cuestión la imparcialidad del poder judicial en relación a la elección

¹⁴ Esta LOPJ recoge en este artículo que “será de la competencia del Pleno del Consejo General del Poder Judicial: 1. La propuesta de nombramiento por mayoría de tres quintos de sus miembros de: a) El Presidente del TS y del CGPJ y el Vicepresidente de este último”.

¹⁵ El Consejo General del Poder Judicial está compuesto en total por 12 magistrados, 6 magistrados los propone el Congreso de los Diputados y 6 los propone el Senado, y 8 abogados o juristas, 4 elegidos por el Congreso de los Diputados y 4 por el Senado.

de miembros del CGPJ, debería modificarse la forma de elección de los mismos, debiendo ser elegidos de una manera más objetiva e imparcial, como por ejemplo, a través de un concurso-oposición. Otra posible solución a este desligamiento entre el poder ejecutivo y el poder judicial la ofrece Bustos (2016)¹⁶, cuando afirma el hecho de *“ofrecer itinerarios de formación especializada, tener en cuenta la superación de cursos y evaluaciones de especialidades para la promoción en la carrera, podría añadir criterios objetivos para la promoción de magistrados a instancias superiores”*.

El TC, a través de una de sus sentencias¹⁷, interpreta el hecho de que los miembros del CGPJ son elegidos por el Congreso de los Diputados y por el Senado. La interpretación que llevan a cabo sobre esta materia es la siguiente: *“la posición de los integrantes de un órgano no tiene por qué depender de manera ineludible de quienes sean los encargados de su designación sino que deriva de la situación que les otorgue el ordenamiento jurídico. En el caso del Consejo, todos sus vocales, incluidos forzosamente los que han de ser nombrados por las Cámaras y los que sean por cualquier otro mecanismo no están vinculados al órgano proponente como lo demuestra la prohibición de mandato imperativo (art. 119.2 LOPJ) y la fijación de un plazo determinado de mandato (cinco años), que no coincide con el de las Cámaras y durante los cuales pueden ser removidos por los casos taxativamente determinado en la Ley Orgánica (art. 119.2 LOPJ¹⁸)”*. Con esta interpretación, el TC lo que quiere dejar claro es que quienes están encargados de elegir a los miembros del CGPJ, que son el Congreso de los Diputados y el Senado, no tienen por qué estar relacionados de alguna manera con los miembros finalmente elegidos. Es decir, que el hecho de que sean las Cámaras del Parlamento quienes se encarguen de designar a los miembros del CGPJ no quiere decir que haya una interferencia en el poder judicial por parte del poder ejecutivo, sino que el ordenamiento jurídico se ha encargado de designar a los mismos (Congreso de los Diputados y el Senado) para la elección de sus miembros (CGPJ). En definitiva, la interpretación del TC es clara, no hay ningún tipo de vinculación entre el poder ejecutivo (Congreso de los Diputados y el Senado) con el poder judicial (CGPJ).

Algunos de los juristas más importantes de nuestro país han propuesto algunas

¹⁶ Bustos, R. (2016). Encuesta sobre la independencia del poder judicial. *Teoría y Realidad Constitucional*, Issue 38, p. 15-58. 44p.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional: STC 108/1986, de 26 de julio de 1986.

¹⁸ Este artículo se encuentra derogado. Actualmente la designación de los miembros del CGPJ se encuentra recogida en la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En concreto, en su artículo 567.

soluciones en lo que respecta a eliminar la imagen, instaurada en nuestra sociedad, de que el CGPJ es un órgano politizado por el hecho de que sus miembros son elegidos por parte de quienes ostentan el Poder Ejecutivo. Aguilar (2016) propone las siguientes medidas al respecto:

“extremar el rigor y calidad de los perfiles y de los procedimientos parlamentarios diseñados para su verificación y examen («hearing» o comparecencia en la Comisión parlamentaria de Justicia); restringir la elegibilidad a magistrados veteranos del Tribunal Supremo; catedráticos de criterio contrastado en política judicial; abogados de indisputable autoridad y reputación procesional; y la aseguración de la ausencia, en todos los casos, en todas y cada una de las personas propuestas y promovidas para el órgano, de subordinaciones partidarias ni corporativas que susciten dudas sobre la obediencia o independencia de sus votos individuales en cada decisión (especialmente, en lo tocante a política de nombramientos). Y, por supuesto, establecer la exigencia normativa de la publicidad de cada voto individual de cada miembro del órgano (p. 17)”.

En definitiva, lo que propone dicho autor es que a la hora de elegir a los miembros del CGPJ se lleven a cabo medidas objetivas y exhaustivas que no pongan en cuestión la posible intencionalidad política de su elección.

Otro de los juristas, Bustos (2016), propone como medidas para que el nombramiento de los miembros del CGPJ sea más objetivo y se aleje de las críticas sociales que sufren sobre su posible politización las siguientes:

“el sistema de selección debería ser reformado manteniendo la objetividad alcanzada con el concurso oposición, pero complementada con un periodo de formación inicial más largo que fuera verdaderamente selectivo y vinculado a estancias largas en los juzgados y tribunales. Un «MIR» para jueces y fiscales resultaría, creo, un buen sistema de asegurar que las

personas encargadas de aplicar el Derecho no sólo lo conocen, sino que además reúnen las condiciones necesarias para hacerlo de manera correcta e independiente” (p. 40).

“Ofrecer itinerarios de formación especializada, tener en cuenta la superación de cursos y evaluaciones de especialidades para la promoción en la carrera podría añadir criterios objetivos para la promoción de magistrados a instancias superiores” (p. 41).

2.2. Aspectos cuestionables de los aforamientos

En primer lugar, hay que hacer mención a quiénes son los que ostentan la condición de aforados y, por tanto, quiénes van a ser los que se vean beneficiados o, por el contrario, perjudicados por dicha condición. Así, los sujetos que gozan de la condición de aforados son: los miembros del Gobierno de la Nación, los máximos órganos judiciales (miembros del TC, del TS...)¹⁹, Senadores y Diputados, y los miembros del Gobierno y parlamentarios reconocidos por los estatutos autonómicos. Una vez aclarado quiénes son los sujetos sobre los que recae el aforamiento, entraremos a valorar los aspectos negativos de la aplicación del aforamiento en la esfera social y judicial de la sociedad.

El primer aspecto cuestionable que encontramos es la existencia de la excepción en la aplicación del principio de igualdad ante la ley. El aforamiento supone un privilegio o un trato de evidente superioridad frente al resto de ciudadanos a la hora de ser juzgados ante un órgano judicial. Los sujetos que ostentan la condición de aforados serán juzgados ante el TS como primer órgano al que serán sometidos, mientras que el resto de ciudadanos debemos acudir a los juzgados de primera instancia en primer lugar. En definitiva, esto supone una clara violación del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley recogido en el artículo 14 de la CE.

Otro de los aspectos cuestionables del aforamiento es el abuso de esta condición (de aforados) por parte de sujetos políticos con el objetivo de anclarse en la impunidad y poder seguir ligado al poder que emana de su cargo político. Esto conlleva una pérdida de creencia en el principio de seguridad jurídica vinculado a nuestro sistema judicial, y nos lleva también a plantearnos hasta qué órgano jurisdiccional llega el principio de independencia judicial, si el citado principio se pierde en los órganos de primera

¹⁹ Los órganos judiciales encuentran su aforamiento en el desarrollo de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. No se encuentra recogida en la Constitución Española.

instancia o si, por el contrario, es un principio que abarca todo nuestro sistema judicial.

Otro de los problemas que encontramos con los aforamientos es que, en el marco penal, los aforados se valdrán de dicha condición para ser juzgados con la especialidad inherente a dicha figura también respecto a situaciones ajenas al ejercicio de su cargo, es decir, en supuestos de naturaleza privada. Este hecho nos invita a reflexionar sobre si la naturaleza de la condición de aforado nace de una situación privada o por el contrario, de un cargo público. Teniendo en cuenta que nace por la condición del cargo o profesión que se ejerce, no se puede considerar un aspecto positivo el hecho de que quien ostente la condición de aforado aproveche el mismo para interferir en su esfera privada, teniendo que ser juzgado en ese caso por un órgano de primera instancia, tal y como se juzga al resto de ciudadanos.

Otro de los aspectos cuestionables y debatidos (Martínez, 2015) que trae consigo el aforamiento en España, es el excesivo número de aforados que existen en comparación con otros estados constitucionales. Los medios de comunicación e instituciones como el CGPJ a través de un informe de Anteproyecto de Ley de reforma de la LOPJ, consideran que es necesaria una reducción del número de aforados, ya que suponen una afectación al principio de igualdad procesal. A dicha consideración se han unido también algunos partidos políticos, alegando que una bajada cuantitativa de aforados supondría una mejora en la calidad democrática, disminuyendo así el número de personas con derecho a fuero judicial. El problema radica en que finalmente no se ha llevado a cabo esta reducción por motivos de interés político. Con relación al elevado número de aforados, hay que destacar lo que señala el TC en una de sus Sentencias²⁰ sobre la consideración de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Dicho tribunal afirma que no debemos tener en cuenta como aforados a los miembros y cuerpos de seguridad del Estado, ya que se rigen por normativas especiales ajenas a los artículos 71 y 102 de la CE. Otro de los aspectos cuestionables que reconocen numerosos autores, es que a través de la aplicación de la condición de aforado se ve afectado el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley y el derecho a la segunda instancia que reconocen el artículo 24 de la CE en sus respectivos párrafos primero y segundo. Si la STC a la que se ven sometidos los aforados resulta absoluta, les beneficiará el que no vaya a

²⁰ Sentencia del TC 55/1990, de 28 de marzo Cuestiones de inconstitucionalidad 487/1986, 158/1987, 495/1986 y 510/1987 (acumuladas), en relación con el artículo 8.1, párrafos segundo y tercero, de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

ser revisada, pero si es condenatoria, se queda sin la opción de segunda instancia. Autores como Murillo (2016) afirman que la imparcialidad y la sumisión a la Constitución han de encontrarse en todos los juzgados y tribunales, no en exclusiva en el TS, entendiendo que, en el caso del enjuiciamiento en única instancia por su Sala Segunda, el aforado carece de la posibilidad de recurrir a un órgano judicial superior en el caso de ser condenado. Con esto está haciendo hincapié en el hecho de que los artículos 24 y 71.3 de la CE, en lo que se refiere al derecho del juez predeterminado por la ley, encuentran una confrontación legislativa que impide el cumplimiento expreso de lo dispuesto en el artículo 14 de la CE con relación a la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos.

2.3. Aspectos beneficiosos de los aforamientos

Uno de los principales argumentos en los que se basa la creación de la figura del aforamiento es el poder evitar las presiones políticas a las que se ve sometido un tribunal ordinario cuando juzga a un cargo público con responsabilidad. La primera pregunta que nos hacemos cuando analizamos la frase “presiones políticas” es, ¿por qué el TS si es capaz de soportar dichas presiones políticas y un tribunal ordinario no?

Autores como Fernández-Miranda (1989) ya aseguraban en su momento que la justificación de la existencia del aforamiento se ampara en la alta posición institucional que ostentan los representantes parlamentarios y que, a través de la figura del aforamiento, se pretende garantizar la máxima solvencia en el enjuiciamiento de los mismos. Así, el fundamento de esta institución lo podemos encontrar en la búsqueda de la serenidad de ánimo suficiente para poder decidir en justicia, y con imparcialidad, evitando que presiones, demasiado cercanas, transformen las Salas de Justicia en meros centros de agitación y propaganda.

En definitiva, parece que el TS se presenta como un órgano que puede soportar la presión política y de los medios de comunicación, garantizando así la neutralidad de la función judicial. Así, una gran parte de la doctrina considera que el aforamiento no es un privilegio, sino una condición establecida como una garantía de la democracia, que suponen una inviolabilidad e inmunidad a la hora de ser detenidos, ya que los aforados se encuentran recogidos en la LOPJ. Otro de los aspectos positivos que defiende parte

de la doctrina que está a favor de los aforamientos, tal y como afirma Guichot (2013), es que a través del aforamiento lo que se pretende es “evitar el escenario de que un juez cualquiera, por puras motivaciones ideológicas, pueda adoptar decisiones procesales que condicionen gravemente la vida política, pese a que posteriormente puedan ser anuladas al cabo de los años y cuando, por así decirlo, el mal está hecho”²¹ A través de este argumento se presupone una mayor preparación en los órganos superiores y la objetividad a la hora de fallar una STC se presumirá más presente al tratarse de órganos colegiados.

El TC, en numerosas sentencias²², ha interpretado en las mismas que el aforamiento no supone un privilegio que atente contra los principios de igualdad ante la ley, sino que por el contrario, supone una garantía constitucional que se vincula a un interés institucional tendente a preservar la independencia de dichas instituciones o cargos públicos representados.

2.4. Los aforamientos y el derecho comparado.

Una vez estudiado el concepto de aforamiento y visto los sujetos que disfrutaban de tal condición, entraremos a valorar la figura del aforamiento en España en comparación con la de otros países.

En primer lugar, hay que resaltar que España es de los países que más número de aforados tiene, calificándose de excesivo en comparación con otros Estados Constitucionales. Este hecho cuantitativo es cuestionado por la sociedad española y también por órganos como el CGPJ, que en su informe al Anteproyecto de Ley de reforma de la LOPJ ya incluía una rebaja en el número de aforados que existen en España²³.

Otro de los órganos que ha cuestionado el excesivo número de aforados que hay en nuestro país es el TS a través de una de sus sentencias²⁴, en la que señala que: “ *la necesaria reducción de aforamientos que existe en el ordenamiento jurídico solo puede*

21 Aforados: ¿garantía o privilegio?. 12 de septiembre de 2013. eldiario.es.

22 Ver STC 90/1985, de 22 de julio; 90/1995, de 9 de junio; 124/2001 de 4 de julio.

23 En España existen casi 250.000 aforados. A algo más de 232.000 son miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad estatales o autonómicos, 5 de la Familia Real y el resto, 17.603, pertenecen a las instituciones del Estado y de las CCAA (miembros de la carrera judicial y fiscal, políticos...). Información aportada por el presidente del TS y del CGPJ.

24 Sentencia de la Sala de lo Penal, Sección primera, del TS de 3 de junio de 2014: STC 2326/2014

resolverse desde la necesaria reforma legislativa residenciada en el Legislativo”.

Algunos Juristas, como Bustos (2016), también cuestionan el excesivo número de aforados que hay en España. Esto se encuentra reflejado cuando afirma que: *“creo que los aforamientos pueden reducirse sensiblemente, así como, por cierto, reducir también de manera relevante la inmunidad parlamentaria y que deje de ser necesaria la autorización para procesar a un miembro de un parlamento”.*

En primer lugar, entraremos a analizar el aforamiento de los miembros del Gobierno. España pertenece a aquellos países que atribuyen las funciones de competencia judicial de los miembros del Gobierno a un órgano superior de la jurisdicción ordinaria, que normalmente es el TS, esto se recoge en la CE a través del aforamiento (en nuestra CE en el artículo 102.1). Otros países que optan por este sistema de aforamiento son: Bélgica, Países Bajos y Suecia.

En la situación contraria se encuentran países como Alemania, en la que es significativa la ausencia de aforamientos en relación a los cargos políticos. En la Constitución alemana no se recoge el aforamiento como prerrogativa constitucional para los miembros del Gobierno, ni para otras autoridades del Estado²⁵.

En relación a los aforamientos de parlamentarios, a nivel europeo dicha prerrogativa no suele reconocerse en el derecho comparado europeo. Solo se encuentra recogida la figura del aforamiento en los siguientes países más próximos a España (el aforamiento de parlamentarios se recoge en el artículo 102.1 de la CE), los Países Bajos²⁶ y Grecia²⁷.

En definitiva, el problema fundamental de los aforamientos en el Estado Constitucional y de Derecho de España es el abuso desmesurado que se ha llevado a cabo de esta figura, creando nada más y nada menos que una cifra de casi 250.000 aforados. Se trata de una cifra desmesurada que no atiende a razones objetivas y justificativas, debiendo entrar a valorarse cuanto antes las necesidades de cada órgano o cargo aforado, para proceder a la modificación.

25 Martínez, M. L. (2015). El aforamiento de los cargos públicos. Derecho español y derecho comparado. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 35, 437-478. P. 20.

26 Artículo 119 de la Constitución holandesa.

27 Artículo 61.2 de la Constitución griega.

3. Análisis sobre el proyecto de reforma constitucional sobre eliminación de aforamientos en la Constitución Española

Este estudio encuentra su base en la propuesta de reforma constitucional e informe sobre el procedimiento que debe seguirse para su tramitación llevada a cabo por el Consejo de Estado en Pleno²⁸ (VV.AA. 2018), aprobándose por mayoría dicha propuesta. El Gobierno le encomendó al Consejo de Estado que elaborara una propuesta de reforma constitucional, respetando unos objetivos y criterios previamente fijados por el Gobierno, y también que acompañara la propuesta de un informe sobre el procedimiento que ha de seguirse para que pueda tramitarse la reforma constitucional.

La propuesta de reforma constitucional sobre la que voy a llevar a cabo el análisis supone, como bien se aclara en el apartado de fundamento y justificación de la reforma, que se lleve a cabo una reforma constitucional amparada en la limitación de los aforamientos al ejercicio de las funciones que desempeñen los cargos públicos en exclusiva, limitando así que la condición de aforado se extienda a la esfera privada de quienes ostentan tal condición, como se ha venido haciendo hasta ahora. La propuesta de modificación constitucional se centra en la restricción de las prerrogativas del aforamiento de los sujetos previstos en los artículos 71 (miembros de la cámara del Congreso de los Diputados y el senado) y 102 (presidente y demás miembros del Gobierno) de la CE, limitándolo al ejercicio de sus funciones. La finalidad de dicha propuesta de modificación encuentra su fundamentación en la limitación al fuero penal especial de aplicación a los Diputados, Senadores, Presidente y demás miembros del Gobierno, vinculando su aforamiento a las funciones propias de su cargo público en exclusiva.

3.1. La nueva redacción de los artículos 71 y 102 de la Constitución Española y los criterios en los que se fundamenta la propuesta

La reforma constitucional se centra, en concreto, en el apartado 3 del artículo 71²⁹ y en el apartado 1 del artículo 102³⁰. La modificación constitucional se centrará en los citados apartados, y será la siguiente en relación con el artículo 71.3 de la Constitución española, en el que se establece que “en las causas contra diputados y senadores por

28 Informe del Consejo de Estado N.º: E 1/2018, en sesión plenaria celebrada el 15 de noviembre de 2018.

29 “En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del TS”.

30 “La responsabilidad criminal del presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la sala de lo penal del TS”.

delitos cometidos en el ejercicio de las funciones propias del cargo será competente la Sala de lo Penal del TS”. Lo que se pretende introducir en el citado artículo a través de la modificación constitucional es la limitación que corresponde a la esfera en la que deben ser sometidos los Diputados y Senadores en caso de comisión de algún delito penal, limitando dicha esfera a aquellos delitos derivados de su función o cargo público.

La modificación constitucional que se pretende llevar a cabo en relación al artículo 102.1 de la CE es la siguiente: “la responsabilidad criminal del presidente y los demás miembros del Gobierno por delitos cometidos en el ejercicio de las funciones propias del cargo será exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”. El objetivo de dicha modificación es la misma que la del artículo 71.3, la única diferencia es que en este artículo (102.1) se hace referencia a otros sujetos que ostentan la condición de aforados, que son el presidente del Gobierno y demás miembros del mismo. La finalidad de la modificación es que se limite el sometimiento a la Sala de lo Penal del TS a aquellos delitos que deriven de su actividad como cargo público *en el ejercicio de sus funciones*, quedando fuera aquellos delitos de naturaleza privada.

Tenemos que considerar si dichas modificaciones en los artículos 71.3 y 102.1 de la CE tendrán alguna efectividad práctica a la hora de aplicarlos a la realidad de las situaciones jurídicas que se deriven de las funciones de los cargos públicos de los sujetos a los que hace mención dichos artículos. La mayoría de los delitos cometidos por Diputados, Senadores, presidente del Gobierno y demás miembros son a través de sus posiciones de cargo público y valiéndose de dichos cargos es como cometen los delitos penales los citados sujetos. Es por esto que las modificaciones que se pretenden hacer a través de la propuesta de reforma constitucional nos invitan a reflexionar si son suficientes para incidir realmente en la esfera del aforamiento de la manera suficiente que exige la demanda social de supresión de dicho privilegio jurídico.

3.2. Afectación de la modificación constitucional en los estatutos autonómicos

A nivel autonómico, el Presidente del Gobierno, por su condición de parlamentario, goza de la consideración de aforado según lo dispuesto en el artículo 152.1 de la CE. Respecto del proyecto de reforma constitucional y su relación con los estatutos autonómicos, existen dos posibilidades admisibles constitucionalmente. En primer

lugar, se prevé una reforma de los Estatutos de autonomía basados en la lealtad constitucional. A través de esta modificación de los estatutos autonómicos, dichos estatutos incorporan las modificaciones que se han llevado a cabo en la CE. Para ello es necesaria la voluntad de la Comunidad Autónoma afectada. En segundo lugar, se prevé la inclusión de una previsión constitucional que disponga que el aforamiento de los cargos públicos autonómicos quede constreñido al ejercicio de las funciones propias de su cargo. Este caso no supone una reforma de los estatutos, sino una interpretación de los mismos conforme a la constitución.

4. Análisis de la moción por la que se insta al Gobierno a limitar el aforamiento de diputados, senadores y miembros del Gobierno

A continuación, se llevará a cabo un análisis de la moción que presentó el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) a través de la cual se insta al Gobierno a llevar a cabo una limitación de la figura de aforado de Diputados, Senadores y miembros del Gobierno al ejercicio estricto de las funciones de su cargo (GPS, 2018). Una vez aprobada la moción, el senado solicita al Gobierno que se solicite una propuesta de modificación de los artículos 71.3 y 102.1 de la CE al Consejo de Estado y que éste remita a las Cortes Generales un proyecto de ley de reforma constitucional. El objetivo del PSOE al presentar la moción es que se lleve a cabo una modificación de los artículos 71.3 y 102.1 de la CE, basándose en que la figura del aforamiento es una excepción al principio de igualdad ante la ley, y que el privilegio que supone el aforamiento no es suficiente para justificar que no se cumpla este principio. La limitación que busca el PSOE a la hora de iniciar la moción desde el senado es que el aforamiento se limite estrictamente a las funciones derivadas del cargo público, justificándolo a favor de la justicia. Otro de los argumentos del partido es que la ciudadanía, a la que ellos representan, perciban que existe una realidad tangible en lo que respecta al derecho de igualdad ante la ley que deben disfrutar todos los ciudadanos en igualdad, independientemente del cargo o profesión que ejerzan.

El debate que se lleva a cabo en el senado sobre la moción que presenta el PSOE, trae consigo una serie de consideraciones y enmiendas de modificación que son objeto de análisis político. En primer lugar, el partido de Ciudadanos propone una enmienda de modificación a la moción presentada por el PSOE, a través de la cual se insta al

Gobierno a suprimir la figura de aforado de Diputados, Senadores y miembros del Gobierno. En definitiva, Ciudadanos propone eliminar la limitación, argumentando que no es suficiente con limitar el aforamiento a las funciones de cargo público, ya que la mayoría de los casos de corrupción tienen lugar desde las funciones inherentes al cargo público, por lo que seguiría existiendo “vía libre” para actuar de manera corrupta a través de los cargos públicos, ya que se encuentran amparados por la figura del aforamiento.

Por otro lado, el Grupo Parlamentario Vasco, manifiesta abiertamente su desacuerdo con la figura del aforado, y más allá de la limitación de dicha figura, propone la supresión de todos los aforados, no solo de los sSenadores, Diputados y demás miembros del Gobierno, sino también de los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado y de los órganos judiciales. En su propuesta de enmienda de modificación de la moción presentada por el PSOE, el Grupo Parlamentario Vasco hace hincapié en la modificación del artículo 56.3 de la Constitución española (“la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el artículo 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el artículo 65.2”) con el objetivo de suprimir la inviolabilidad del Rey en su actividad no institucional, ya que respecto a sus actos institucionales, estos deben estar refrendados como establece el artículo 64 de la CE.:

Esto quiere decir que los actos del Rey en su actividad institucional necesitan ser validados por el Presidente del Gobierno o Ministros competentes por medio de una firma. El refrendo encuentra su fundamentación en el hecho de que la figura del Rey no asume decisiones políticas, sino que se limita a realizar actos de Estado (simboliza, modera o arbitra).

El Grupo Parlamentario Vasco, al entender que la moción propuesta por el Grupo Socialista es insuficiente, procederá a la abstención.

El grupo parlamentario Unidas Podemos-En Comú Podem-En Marea propone una enmienda de sustitución, a través de la cuál pretenden añadir un apartado de novación a la enmienda presentada por el PSOE sobre la limitación del cargo de aforados de Senadores, Diputados y demás miembros del Gobierno. También añaden la propuesta de

limitar la inviolabilidad del Rey a través de una modificación del artículo 56.3 de la CE tal y como incluyó el Grupo Parlamentario Vasco en su enmienda de modificación. El apartado de novación que añade este grupo parlamentario es el relativo a la derogación del artículo 55 bis de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial. En dicho artículo se recoge que:

“Además de las competencias atribuidas a las Salas de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Supremo en los artículos 56 y 57, dichas Salas conocerán de la tramitación y enjuiciamiento de las acciones civiles y penales, respectivamente, dirigidas contra la Reina consorte o el consorte de la Reina, la Princesa o Príncipe de Asturias y su consorte, así como contra el Rey o Reina que hubiere abdicado y su consorte”.

El objetivo de este grupo parlamentario es que se elimine la figura de aforado de la familia real³¹.

El Grupo Parlamentario Popular propone una enmienda de modificación a la moción presentada por el PSOE, en la cuál añaden a la redacción de la moción de dicho partido el hecho de que a parte de proponer al Consejo de Estado una propuesta de reforma constitucional, se recaben informes de órganos colegiados que cuenten con competencia técnica sobre el régimen actual de los aforamientos y posibilidades de reforma de los mismos. El Grupo Parlamentario Popular basa su argumentación en la solicitud de informes de órganos colegiados en el hecho de que estos órganos elaboren informes jurídicos claros sobre el fuero, el principio del juez natural, legal o predeterminado por la ley, es decir, que las modificaciones de los artículos constitucionales encuentren su fundamentación en garantías jurídicas apropiadas y que se lleve a cabo un análisis de aquellas instituciones jurídicas afectadas por la posible reforma constitucional.

Por otro lado, el grupo parlamentario Compromís, perteneciente al grupo parlamentario

31 Se trata de un privilegio que se añade a la LOPJ a través del artículo 55 bis el 11 de julio de 2014 a través de la Ley Orgánica 4/2014 de 11 de julio, complementaria de la Ley de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm. 169, de 12 de Julio de 2014, pág. 54647 a 54652. Referencia: BOE-A-2014-7368.

mixto, elabora una serie de enmiendas de adición a la moción presentada por el Grupo socialista, en el que introduce la modificación del Título II de la CE con el objetivo de eliminar referencias a la corona y establecer un sistema de elección democrático del Jefe de Estado. Añade también una enmienda para que se lleve a cabo una reforma constitucional del artículo 156 de la CE³² relativa a la financiación autonómica, con el objetivo de que la misma sea justa y no hayan situaciones de desigualdad en relación a la financiación entre comunidades autónomas. Aprovecha, asimismo, el grupo parlamentario Compromís para añadir una enmienda de adición en la que se hace referencia a una modificación del artículo 16.3 de la CE en la que se elimine las referencias a las Iglesia Católica, y se garantice la laicidad del Estado español, eliminando a su vez los concordatos con la Santa Sede. Proponen también a que se lleve un Proyecto de Ley de Reforma constitucional del artículo 8.1³³ de la CE con el fin de evitar el uso de las fuerzas armadas con el objetivo de aplacar la voluntad de los territorios del Estado. Como última enmienda de adición que elabora el grupo parlamentario Compromís, se propone una reforma constitucional del artículo 145 de la CE:

“En ningún caso se admitirá la federación de Comunidades Autónomas; 2. Los Estatutos podrán prever los supuestos, requisitos y términos en que las Comunidades Autónomas podrán celebrar convenios entre sí para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, así como el carácter y efectos de la correspondiente comunicación a las Cortes Generales. En los demás supuestos, los acuerdos de cooperación entre las Comunidades Autónomas necesitarán la autorización de las Cortes Generales”.

con el fin de eliminar la prohibición de federación de comunidades autónomas, y que se elimine a su vez la autorización por parte de las Cortes Generales para acuerdos de

32 “Las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles”.

33 “las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional”.

colaboración entre estas Comunidades Autónomas cuando tengan intereses comunes. Finalmente, pese a las enmiendas de modificación, sustitución y adición que han presentado los diferentes partidos con representación parlamentaria a la moción presentada por el PSOE, la moción ha sido aprobada por mayoría, y dichas enmiendas que han sido aportadas no han sido objeto de discusión ni de inclusión a la propuesta de moción. El texto finalmente aprobado y aportado por el PSOE ha sido el siguiente:

“El Senado insta al Gobierno a que tras la propuesta solicitada al Consejo de Estado, remita a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de Reforma constitucional de los artículos 71.3 y 102.1 de la Constitución, con objeto de proceder a la limitación de los aforamientos de los Diputados, Senadores y miembros del Gobierno al ejercicio estricto de las funciones del cargo”.

5. Análisis del nuevo Estatuto de Autonomía de Canarias sobre la eliminación de aforamientos.

Como introducción a los acontecimientos de modificación del Estatuto Autonómico de Canarias, el día 1 de octubre de 2018³⁴, la mesa del Senado recibe la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias³⁵, proponiendo la celebración de una sesión plenaria el día 10 de octubre de 2018 con el fin de cumplir con lo previsto en el artículo 64.2³⁶ vigente del Estatuto de Autonomía de Canarias. Una vez celebrada la sesión plenaria del día 10 de octubre de 2018 (Parlamento de Canarias, 2018), se procede a emitir un informe favorable a los efectos recogidos en el artículo 64.2 del Estatuto de Autonomía de Canarias, encontrándose en ese momento en trámite en el Senado. El informe de propuesta de modificación del EAC fue finalmente aprobado³⁷. Las modificaciones del EAC se pueden llevar a cabo amparándose en lo dispuesto en el artículo 64.2 del EAC de 1982, teniendo en cuenta que las modificaciones se califican

34 El nuevo Estatuto de Canarias fue aprobado el 13 de septiembre de 2018 por el Congreso de los Diputados y el 24 de octubre de 2018 por el Senado, siendo publicado en el BOE el 6 de noviembre de 2018.

35 Escrito de fecha 21 de septiembre de 2018, RE n.º 8.270, remitido por el Presidente del Senado.

36 Artículo 64.2 de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias: “si las Cortes Generales, durante la tramitación parlamentaria, modificaran sustancialmente la reforma propuesta, se devolverá al Parlamento de Canarias para nueva deliberación, acompañando mensaje motivado sobre el punto o puntos que hubieren ocasionado su devolución y proponiendo soluciones alternativas, en cuyo caso el Parlamento de Canarias podrá acceder a las mismas, proponer otras soluciones o desistir de la reforma estatutaria”.

37 La propuesta de modificación del Estatuto Autonómico de Canarias fue aprobado en el Senado por cuarenta y nueve votos a favor, siete en contra y ninguna abstención.

de sustanciales incorporadas al texto original ya que afectan al contenido mínimo que ha de tener un Estatuto de Autonomía³⁸ y a la organización institucional autonómica³⁹. A continuación, procedemos a analizar a qué sujetos ha afectado la modificación del EAC en relación a la supresión de aforamientos que analizaremos con posterioridad. A los sujetos a los que ha afectado la modificación del EAC en relación a los aforamientos son al Presidente del Gobierno autonómico, a los Consejeros del Gobierno y a los Diputados regionales. El resto de sujetos aforados, como son jueces y magistrados por ejemplo, siguen siendo personas aforadas porque se encuentran bajo el amparo de la normativa estatal y no la autonómica ¿Qué ha supuesto para dichos sujetos la supresión de aforamientos por el nuevo EAC⁴⁰? Las personas a las que se les ha suprimido este privilegio o prerrogativa constitucional, recuperan la posibilidad de recurrir en dos instancias tal y como determina la ley, como el resto de ciudadanos, aplicándoseles lo dispuesto en el artículo 24.2 de la CE en relación al derecho que tienen todos los ciudadanos a un Juez ordinario predeterminado por la ley. Asimismo, se entiende que el artículo 14 de la Constitución española, en el que se recoge que: “los españoles son iguales ante la ley...”, empezará a entenderse efectivamente cumplido de manera objetiva con la supresión de los aforamientos del EAC. En relación a la desventaja que supone para los Diputados, Senadores, Presidente del Gobierno autonómico y demás miembros de dicho Gobierno, la supresión de los aforamientos supone que exista una mayor objetividad por parte de los órganos de primera instancia a los que se someterán a partir de ahora nuestros Diputados, Senadores y miembros del Gobierno autonómico. Objetividad que se estaba poniendo en duda por parte de la ciudadanía en relación a los Tribunales Superiores de Justicia a los que antes acudían dichos sujetos de manera directa, sin pasar por los órganos de primera instancia como el resto de los ciudadanos.

5.1. Análisis comparativo de las modificaciones sobre los aforamientos en el Estatuto Autonómico de Canarias de 1982 y el nuevo Estatuto Autonómico de Canarias de 2018

En este apartado se realizaremos un estudio comparativo sobre las modificaciones en los artículos de ambos estatutos (el EAC de 1982⁴¹ y el EAC de 2018⁴²) en relación a los

38 El contenido mínimo que ha de contener un Estatuto de Autonomía se encuentra recogido en el artículo 147.2 de la CE.

39 Ver artículo 152.1 de la CE.

40 Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias.

41 Reformada por la Ley Orgánica 4/1996 de 30 de diciembre.

42 El nuevo Estatuto Autonómico de Canarias *Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre de 2018*, se

aforamientos por el ejercicio de sus funciones de Diputados, Senadores, miembros del Gobierno autonómico y Presidente.

Con relación al aforamiento de los parlamentarios, es decir, de los Diputados y Senadores autonómicos, en primer lugar procederemos a analizar el artículo de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias en el que estaba contenido. Artículo 10.3 de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias:

“Los miembros del Parlamento serán inviolables por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo. Durante su mandato, no podrán ser detenidos ni retenidos, sino en caso de flagrante delito⁴³ por los actos delictivos cometidos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, correspondiendo al Tribunal Supremo de Justicia de Canarias, en todo caso, decidir sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio, Fuera de dicho territorio, la responsabilidad penal será exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”

En el citado artículo se recogía el aforamiento de los miembros del Parlamento Autonómico, que en caso de flagrante delito, cometido o no en el ejercicio de sus funciones públicas, serían sometidos a la Sala de lo Penal del TS de Justicia de Canarias ante cualquier inculpación, sin acudir en primer lugar a los Juzgados de Instrucción como el resto de ciudadanos. La modificación que se lleva a cabo de este artículo, redactado en 1982, se encuentra recogida en la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, en concreto, en su artículo 40.2, en el que se recoge que: “Los miembros del Parlamento serán inviolables por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo.⁴⁴ Durante su mandato, no podrán ser detenidos ni retenidos, sino en caso de flagrante delito”.

publicó en el Boletín Oficial del Estado el 6 de noviembre de 2018, entrando en vigor desde esa fecha.

43 El TC define el concepto de flagrante delito como una “situación fáctica en la que el delincuente es sorprendido – visto directamente o percibido de otro modo- en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del delito”. Este concepto se encuentra recogido en la Sentencia 341/1993, de 18 de noviembre. La definición legal de flagrante delito se encuentra recogida en el artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

44 STC 51/1985, de 10 de abril de 1985, Sentencia del TC sobre la materia de inviolabilidad por votos y opiniones. El artículo 21 del Reglamento del Senado señala que la inviolabilidad garantizará sólo «las opiniones manifestadas en actos parlamentarios» y los «votos emitidos en el ejercicio de su cargo».

Como se puede comprobar, en la nueva redacción se suprime la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias y de la Sala de lo Penal del TS en caso de delito cometido fuera de Canarias sobre la decisión y juicio de los delitos cometidos por los parlamentarios de la Comunidad Autónoma de Canarias. En otras palabras, la ausencia de referencia expresa a la competencia del TSJC para decidir sobre la inculpación, prisión, procesamiento y juicio de los miembros del Parlamento de Canarias, tal y como hacía referencia el EAC en su redacción por la Ley Orgánica 10/1982 de 10 de agosto, reformada por la Ley Orgánica 4/1996 de 30 de diciembre, determina la supresión del aforamiento que venían disfrutando los parlamentarios autonómicos, que en caso de que cometan flagrante delito, tendrán que acudir a los Juzgados de Instrucción que les corresponda⁴⁵.

Con relación al aforamiento de los miembros del Gobierno autonómico de Canarias, es decir, del Presidente del Gobierno de Canarias y demás miembros del Gobierno, se procederá al análisis en primer lugar del artículo 19.2 de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de EAC, en el cuál estaba recogido el aforamiento de dichos sujetos al Tribunal Superior de Justicia de Canarias. En dicho artículo se establecía que:

“Los miembros del Gobierno sólo podrán ser detenidos durante su mandato en caso de flagrante delito cometido en el ámbito territorial de Canarias, correspondiendo decidir sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio al Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Fuera de dicho ámbito territorial, la responsabilidad penal será exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”.

A diferencia de lo que se recogía en el EAC de 1982 en relación a los parlamentarios (se sometían al TS en el caso de comisión de flagrante delito), en lo que respecta a los miembros del Gobierno de Canarias, los mismos se sometían ante los Tribunales Superiores de Justicia de Canarias (salvo que el delito fuera cometido fuera del ámbito de la Comunidad Autónoma, que en ese caso se sometían ante la Sala de lo Penal del TS).

45 Las competencias del Juez de Instrucción se encuentran recogidas en el artículo 14 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La nueva redacción con relación a los aforamientos de los miembros del Gobierno autonómico de Canarias encuentra su contenido en el artículo 51.3 de la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del EAC, y su redacción es la siguiente: “los miembros del Gobierno solo podrán ser detenidos, durante el ejercicio del cargo, en caso de flagrante delito”. Como se puede comprobar, es la misma redacción que la que se recoge para los parlamentarios, procediendo a eliminar la referencia a la competencia de los Tribunales Superiores y Supremos de Justicia para enjuiciar a determinados sujetos (parlamentarios y miembros del Gobierno autonómico) que durante el ejercicio de sus funciones como cargo público cometieran flagrante delito.

5.2. Posible supresión de aforamientos en otras Comunidades Autónomas.

La iniciativa de eliminación de los aforamientos a nivel autonómico es competencia exclusiva, en relación a los Diputados y miembros del Gobierno autonómico, es cada Comunidad Autónoma. Canarias es la única Comunidad Autónoma que ha superado todos los trámites una vez enviada la reforma al Congreso de los Diputados para su aprobación. Las Comunidades Autónomas de Cantabria y Murcia se están en proceso de supresión de aforamientos en sus correspondientes Estatutos, pero todavía se encuentran en la Cámara Baja en fase de tramitación.⁴⁶

En relación a la Comunidad Autónoma de Murcia, la reforma elaborada en el parlamento autonómico de dicha Comunidad Autónoma, se llevó al Congreso en septiembre de 2017, y fue aprobada el 26 de abril de 2017 por la Asamblea regional y la Cámara Baja la admitió a trámite, quedando paralizado el trámite parlamentario de la reforma estatutaria. Finalmente, la tramitación parlamentaria quedó paralizada, impidiendo su avance en la correspondiente comisión, como consecuencia del final de la legislatura anterior.

Durante el mes de septiembre, se volverá a debatir en el Congreso de los Diputados la reforma del Estatuto de Autonomía de Murcia a través de la cual se eliminan los aforamientos de sus parlamentarios⁴⁷. El problema principal radica en la formación del

⁴⁶ Canarias será la primera comunidad autónoma en eliminar el aforamiento (www.publico.es del 18/09/2018).

⁴⁷ Europa Press (04 de septiembre de 2019). La reforma estatutaria de Murcia para suprimir

nuevo Gobierno estatal. Teniendo en cuenta las dificultades por las que está atravesando actualmente nuestro país en relación a la formación de Gobierno tras las pasadas elecciones generales del 28 de abril, en las que el PSOE fue el partido que más escaños obtuvo (123), siendo el partido encargado de intentar formar Gobierno a través de acuerdos programáticos con otras fuerzas políticas, existen serias dudas sobre si finalmente se podrá formar Gobierno definitivo el próximo 23 de septiembre (fecha límite para que tenga lugar la posible investidura del líder del partido PSOE). En el caso de que finalmente el 23 de septiembre de 2019 no se pueda investir al futuro Presidente del Gobierno de España, y por lo consiguiente, se convoquen nuevas elecciones, el debate parlamentario sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Murcia en relación a la eliminación de los aforamientos de sus parlamentarios peligra enormemente, ya que volverá a quedar paralizado dicho debate hasta la siguiente legislatura, que deberá volverse a plantear la cuestión desde el inicio. Esperemos entonces que finalmente si tengamos Gobierno formado de manera definitiva para esa fecha (23 de septiembre de 2019) y que pueda seguir planteándose la reforma del Estatuto de Autonomía de Murcia, y finalmente se proceda a tramitar y a aprobar dicha reforma, para que dicha Comunidad Autónoma pueda sumarse a Canarias en la lista de Comunidades Autónomas que han optado por un progreso estatutario y que puedan servir de ejemplo para que otras Comunidades Autónomas se planteen iniciar reformas en sus Estatutos en relación a la eliminación de los aforamientos de sus parlamentarios y miembros de Gobierno autonómicos.

6. Estudio sobre las consecuencias prácticas que ha supuesto la eliminación de aforamientos en el nuevo Estatuto de Autonomía de Canarias

En primer lugar, hay que hacer referencia a lo que ha supuesto la supresión de la figura de aforados (a nivel parlamentario y de miembros del Gobierno) en Canarias. La supresión de los aforamientos a parlamentarios, al Presidente del Gobierno y a demás miembros del mismo, ha supuesto el cumplimiento al derecho al juez legal predeterminado por la ley, tal y como se recoge en el artículo 24.2 de la CE, en el que se recoge que: “todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley...”. Antes de la reforma del EAC, los sujetos que tenían la condición de aforados no acudían al Juez ordinario predeterminado por la ley, sino que precisamente por dicha condición,

aforamientos vuelve al Congreso. *Europa Press*. Recuperado de: <http://www.europapress.es>

eran juzgados ante los Tribunales Superiores o Supremos de Justicia directamente, por lo que no se cumplía en dichos sujetos lo dispuesto en el artículo 24.2 de la CE. El hecho de que se procediera a la eliminación de la figura de aforado en determinados sujetos, ha traído como una de sus consecuencias, que se les vuelva a aplicar el artículo 24.2 de la CE como a cualquier otro ciudadano, haciendo que su acceso a la jurisdicción se lleve a cabo desde primera instancia.

En relación a lo expuesto anteriormente, el hecho de que a los sujetos que han perdido su condición de aforados se les vuelva a aplicar el artículo 24.2 de la Constitución española en primer lugar, no quiere decir que hasta ahora se haya venido vulnerando dicho artículo. Para entenderlo mejor, acudimos a una STC del Tribunal Constitucional⁴⁸, en el que establece que: *“el derecho al Juez predeterminado por la Ley únicamente puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebida o injustificadamente al órgano al que la Ley lo atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad”*.

Teniendo en cuenta que la Ley le atribuía la competencia a los Tribunales Superiores y Supremos de Justicia para enjuiciar a determinados sujetos que ostentaban la condición de aforados, dicho artículo no estaba siendo vulnerado, pero el juez predeterminado por ley para estos sujetos una vez eliminado los aforamientos son los jueces de Instrucción de Primera Instancia y no los Tribunales que hasta ahora venían gozando de esta competencia.

Desde la perspectiva del Tribunal Constitucional, en lo que respecta a la relación existente entre el artículo 71.3 y el 24.2 de la CE, entiende dicho Tribunal que el TS hace la función de “el juez ordinario predeterminado por la Ley” al que hace referencia el artículo 24.2 de la CE

Otro de los aspectos en los que se han visto afectados los sujetos que han perdido su condición de aforados es el que hace referencia al derecho a la tutela judicial efectiva,

48 Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2000, de 31 de enero de 2000. (BOE núm. 54, de 03 de marzo de 2000).

recogido en el artículo 24.1 de la Constitución española⁴⁹. Dentro del derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra recogido el derecho a recurrir en segunda instancia, derecho que los sujetos que ostentaban la condición de aforados no podían ejercer, ya que una STC dictada por el TS o por el Tribunal Superior, no puede ser recurrida en segunda instancia.

El Tribunal Constitucional, en relación a la supresión de la falta del segundo grado jurisdiccional, establece en una de sus sentencias⁵⁰ que la naturaleza del órgano competente (Tribunal Supremo de Justicia, o Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma), además de la protección y garantía que supone que sea juzgado por un tribunal relevante, compensaría la falta del segundo grado de jurisdicción, y por tanto, no se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva.

En dicha STC, uno de los magistrados⁵¹ ejerce un voto particular en el que afirma que el artículo 71.3 de la CE constituye una excepción al derecho al doble grado de jurisdicción, que dimana del derecho a un proceso con todas las garantías, recogido en el artículo 24.2 de la CE. Este artículo (24.2 de la CE) tiene relación con la proclamación efectuada en el artículo 14.5⁵² del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España, y que encuentra su vinculación en el artículo 10.2⁵³ de la Constitución española en materia de derechos fundamentales.

El TC recoge en otra de sus sentencias⁵⁴, en relación a que quienes ostentan la condición de aforado puedan hacer uso de un segundo grado jurisdiccional, que determinadas personas gozan en atención a su cargo, de una especial protección que contrarresta la imposibilidad de acudir a una instancia superior. Determina el Tribunal que la protección que acompaña a los Senados y Diputados disculpan la falta del segundo

49 Artículo 24.1 de la CE: *"todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión"*.

50 Sentencia del Tribunal Constitucional 64/2001, de 17 de marzo.

51 Voto particular que formula el Magistrado don Tomás S. Vives Antón a la Sentencia recaída en el recurso de amparo núm. 3805/98.

52 Artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: *"toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley"*.

53 *"Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España"*.

54 Sentencia del TC: STC 51/1985, de 10 de abril de 1985, fundamento jurídico 31.

grado constitucional, ya que el órgano que ostenta la competencia de conocer en las causas en las que puedan hallarse implicados, es el superior en la vía judicial ordinaria.

La supresión de los aforamientos en el EAC (2018) supone también la eliminación existente de la controversia que suscita la figura del aforado con lo dispuesto en el artículo 14 de la CE, en el que se recoge que: “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. El hecho de que una persona que ostente la condición de aforado deba acudir a un Tribunal específico cuando sea acusado de haber cometido un delito por una condición personal, es decir, por ejercer un determinado cargo o una determinada función, mientras que un ciudadano que no ostenta dicha condición (de aforado) deba acudir a los tribunales ordinarios en el caso de ser acusado de un delito, pone de manifiesto el incumplimiento del precepto constitucional anteriormente mencionado.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en relación a cuándo se ha de considerar vulnerado el artículo 14 de la CE en una de sus sentencias⁵⁵, en la que aclara que: “a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable”. Teniendo en cuenta que se hace alusión a la existencia de *justificación objetiva y razonable* para entender no vulnerado el precepto constitucional 14, debemos hacernos una pregunta para resolver el conflicto del aforamiento con el principio de igualdad ante la ley, ¿tienen los aforamientos una justificación objetiva y razonable? La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia consideran que si tienen una justificación objetiva y razonable, y de ahí que se permita la existencia de la condición de aforado. En relación a los cuestionamientos sociales, de la visión que tienen los ciudadanos de la política, y de la opinión de numerosos juristas, la respuesta sería diferente, y existen argumentos suficientes para apoyar la tesis de que la condición de aforado no responde a una justificación objetiva y razonable (argumentos que se han expuesto anteriormente).

55 STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 del Tribunal Constitucional español.

La eliminación de la condición de aforados en el nuevo EAC (2018) ha supuesto en el panorama político actual que el ex presidente del Gobierno de Canarias, Fernando Clavijo, en calidad de investigado, pierda el derecho a ser sometido ante el TSJC, remitiendo dicho tribunal su expediente al Juzgado de Instrucción número 2 de La Laguna.

El TSJC devuelve el expediente del proceso judicial abierto contra el ex presidente de El Gobierno de Canarias al Juzgado de Instrucción número 2 de la Laguna con el fin de cumplir con lo dispuesto en el nuevo EAC, en el que se procede a eliminar los aforamientos. Tras esta devolución, el investigado Fernando Clavijo presenta un recurso de casación contra el auto que ordenó devolver las actuaciones al juzgado pertinente.

El TSJC dicta un auto que desestima el recurso de casación de Fernando Clavijo, determinando que se remitía el procedimiento de manera definitiva al Juzgado de Instrucción número 2 de La Laguna, advirtiendo que contra dicha decisión no cabía recurso, ya que se estaba aplicando el nuevo EAC, que carece de carácter retroactivo.

Antes de la reforma del EAC (1982), Fernando Clavijo disfrutaba de la condición de aforado, y el ser acusado de un delito de prevaricación y malversación de fondos públicos, es decir, de un delito cometido en el ejercicio de sus funciones como cargo público, el procedimiento judicial inicial recayó en primer lugar ante el TSJC. Una vez llevada a cabo la reforma del EAC (2018), el tribunal TSJC se vió obligado a devolver las actuaciones llevadas a cabo hasta ese momento al Juzgado ordinario competente predeterminado por ley, es decir, al Juzgado de Instrucción número 2 de La Laguna.

No se puede pasar por alto, en relación al “caso Grúas”⁵⁶, los posicionamientos que han tomado las distintas partes que han formado parte del proceso. Desde la parte del Ministerio Fiscal, y basándose en una STC dictada por el TS⁵⁷, entiende la fiscalía que la causa debe retornar del TSJC al Juzgado de Instrucción número 2 de La Laguna. La fiscalía solicita al TSJC que devuelva la causa al Juzgado de La Laguna, después de que el presidente del Gobierno (Fernando Clavijo) dejara de ser aforado como consecuencia de la entrada en vigor del nuevo EAC (6 de noviembre de 2018). El Ministerio Fiscal

⁵⁶ Caso que encuentra su fundamento en relación a las decisiones que pudo adoptar Fernando Clavijo cuando era concejal de Seguridad de la ciudad y las que adoptó como alcalde después respecto a la empresa que gestionaba el servicio municipal.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo número 869/2014, Sala de lo Penal de 2 de diciembre de 2014.

encuentra como fundamento de su argumento la STC del TS antes mencionada, en la que se establece que se deberá devolver un procedimiento abierto de un exaforado al tribunal ordinario que le corresponda. En dicha STC se establece que “la apertura del juicio oral constituye el momento en que queda definitivamente fijada la competencia del tribunal de enjuiciamiento aunque con posterioridad a dicha fecha se haya perdido la condición de aforado”. De esto la fiscalía extrae que un Tribunal Superior solo mantiene su competencia sobre el tribunal ordinario cuando el implicado haya perdido el aforamiento con la instrucción completada, fijando como límite la apertura del juicio oral, al que todavía no se ha llegado en el “caso Grúas”. Es por esto que la fiscalía entiende que la causa deberá retornar al Juzgado de Instrucción número 2 de La Laguna, donde se inició la causa.

En el informe del Fiscal en relación al traslado del “caso Grúas” al Juzgado de Instrucción número 2 de La Laguna, se recoge que: “la reforma legislativa como causa de la pérdida de la condición de aforado no ha sido tratada por la jurisprudencia para la determinación de la competencia, por ser un supuesto históricamente novedoso. En todo caso se trata de una cuestión esencial del procedimiento y que debe ser abordado en este informe integrando la jurisprudencia existente en cuanto al momento en que queda fijada de forma definitiva la competencia del Tribunal en los casos de pérdida de la condición de aforado”⁵⁸. Se hace mención en dicho informe a la situación extraordinaria que se presenta en el nuevo EAC (2018) en relación a la eliminación de aforamientos, situación que carece de jurisprudencia precisamente por su novedad. Para resolver el problema sobre qué Tribunal tendrá competencia para resolver la causa de un exaforado habrá que tener en cuenta que la pérdida de aforamiento determina la pérdida de la competencia objetiva y funcional derivada del órgano de aforamiento en función del estado del proceso en que se encuentre el exaforado al tiempo de la pérdida del aforamiento. Entiende la Fiscalía que el estado del proceso determinante para fijar la competencia del Tribunal de enjuiciamiento es la apertura del juicio oral (tal y como se recoge en la STC del TS anteriormente mencionada⁵⁹). De la interpretación que ha hecho el Fiscal en su informe de la STC del TS se puede extraer que la pérdida de la

58 Diario de Avisos (08 de noviembre de 2018). Informe del fiscal sobre el traslado del caso Grúas al Juzgado de Instrucción de San Cristóbal de La Laguna. *Diario de Avisos*. Recuperado de <http://www.diariodeavisos.com>.

59 Dicha Sentencia tiene como causa la renuncia personal al aforamiento por parte de imputados. El objetivo es la determinación de los efectos jurídicos de la pérdida de la condición de aforado como consecuencia de dicha renuncia a nivel de competencia por parte del Tribunal.

condición de aforado antes de la apertura del juicio oral supone el desplazamiento de la competencia a la jurisdicción ordinaria de origen en todos los supuestos. Otro de los argumentos que recoge el Fiscal en su informe es que: “si por una simple renuncia personal se da lugar al desplazamiento competencial devolutivo, con mayor razón debe provocar ese efecto la promulgación de una nueva ley que elimine el aforamiento”.

A modo de conclusión, el Fiscal termina su informe afirmando que en caso de considerar que al TSJC le corresponde la competencia del procedimiento derivado de la Exposición Razonada remitida por la Magistrada del Juzgado de Instrucción número 2 de La Laguna, dimanante de las diligencias previas 1213/2017, supondría la vulneración del artículo 24.2 de la CE en relación al juez predeterminado por ley y del artículo 9.3 de la CE relativo al principio de seguridad jurídica.

Por otro lado, la defensa de Fernando Clavijo, llevó a cabo un recurso de súplica en el que pide que el “caso Grúas” se mantenga bajo la competencia del TSJC (esto tiene lugar en el mes de noviembre de 2018). Dicho recurso se ampara en un informe del Consejo de Estado, de 14 de noviembre, en el que se recoge que las causas judiciales abiertas con aforados, se mantenga en el régimen anterior. El objetivo de la defensa es que la causa abierta contra Fernando Clavijo siga siendo competencia del TSJC, evitando así que se de traslado al Juzgado de Instrucción número 2 de La Laguna, como determinó el Fiscal en su informe. Posteriormente, la defensa del presidente del Gobierno de Canarias, Fernando Clavijo, solicita al Juzgado de Instrucción Número 2 de La Laguna el sobreseimiento libre y el archivo de las actuaciones del denominado 'caso Grúas'. A esta solicitud por parte de la defensa de Fernando Clavijo, se opone expresamente la fiscal delegada de la Fiscalía Anticorrupción en la provincia de Santa Cruz de Tenerife.

Una vez aprobado el nuevo EAC (2018), al desaparece la condición de aforado, la Sala de lo Penal del TSJC se declaró no competente para seguir conociendo de la causa relacionada con el “caso Grúas”. El TSJC se declara incompetente, pero hay que tener en cuenta que el Presidente de dicho Tribunal, Antonio Doreste, emitió un voto discrepando al respecto. Antonio Doreste entiende, al igual que la defensa del acusado, que el caso en cuestión debe seguir siendo competencia del TSJC, manteniéndola a través de la ultractividad del antiguo EAC (1982), en el que se contemplaba el aforamiento para los diputados y los miembros del Gobierno.

En definitiva, el “caso Grúas”, en el que uno de los acusados es el ex presidente del Gobierno de Canarias (Fernando Clavijo), es un claro ejemplo de lo que ha supuesto en el panorama político canario la eliminación de los aforamientos en el nuevo EAC, haciendo que se supriman los privilegios que hasta ahora habían venido disfrutando nuestros parlamentarios y miembros del Gobierno a la hora de acceder a la justicia. Esto conlleva que empiece a dejar de cuestionarse, al menos en la sociedad canaria, que los artículos 14 y 24.2 de la CE sean meros preceptos constitucionales decorativos, y que con esta eliminación de privilegios hayamos avanzado un poco más hacia una sociedad más justa e igualitaria.

7. Discusión y conclusiones

Llegados a este punto, y teniendo en cuenta las aportaciones de los distintos autores y referencias normativas incluidas en los apartados anteriores, en las que se ha profundizado en el conocimiento de la condición de aforado, sujetos disfrutan de ella y las controversias que suscita el ejercicio de tal prerrogativa constitucional en términos de igualdad de acceso a la justicia e igualdad de los ciudadanos ante la ley, realizamos las siguientes consideraciones a partir de una reflexión crítica sobre nuestro objeto de estudio.

Por lo que respecta al concepto de aforamiento, y por más que el TC en numerosas STC (referenciadas anteriormente) aclare e interprete que lo recogido en el artículo 71.3 y 102.1 de la CE con relación a los aforamientos de parlamentarios (Senadores y Diputados) y el Presidente del Gobierno y demás miembros del mismo sean prerrogativas constitucionales que no sitúan a dichos sujetos en una situación de superioridad a la hora de acceder a la justicia, sino que se trata de una figura constitucional que permite garantizar la seguridad jurídica de determinados sujetos que ostentan un cargo de relevancia en una institución pública; existen, a su vez, numerosos argumentos para entender que la figura del aforamiento suscita varias controversias con varios preceptos de la CE que recogen derechos fundamentales para con todos los ciudadanos españoles.

Como se ha venido haciendo alusión hasta ahora, la figura de aforado recogida en los artículos 71.3 y 102.2 de la CE se contradicen con el artículo 14 de la CE, que recoge el

derecho a la igualdad ante la ley de los españoles. El TC se ha pronunciado al respecto sobre esta controversia entre preceptos constitucionales, aclarando que solo se entenderá que no se cumple lo dispuesto en el artículo 14 de la CE cuando la diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales (el acceso de cualquier ciudadano español a la justicia) carezca de justificación objetiva y razonable. La cuestión objeto de estudio debería ser si la condición de aforado responde a una justificación objetiva y razonable. Basándome en lo anteriormente expuesto por autores como Murillo (2016), con relación a que la imparcialidad se deberá encontrar en todos los juzgados y tribunales, y no en exclusiva en tribunales como el Tribunal Superior o Supremo, y que el mismo hace hincapié en la confrontación existente entre la condición de aforado reflejada en la CE y en los artículos 14 y 24.2 de la CE, son motivos suficientes para entender que la figura del aforamiento supone un privilegio constitucional para determinados sujetos a la hora de ser enjuiciados por un órgano judicial por la comisión de un delito. Esto encuentra su fundamento en que los miembros de los Tribunales Superiores y Supremos de Justicia acaban siendo designados por el CGPJ que, a su vez, es elegido por los propios aforados. Este hecho nos lleva a la conclusión de que la condición de aforado no es más que una figura o privilegio constitucional creado por los propios sujetos que son beneficiados por dicha condición y que, además, han decidido ser sometidos a determinados órganos judiciales (TS O TSJ) que de una manera indirecta, aunque legal, defienden sus intereses.

Tras lo expuesto en el punto anterior, una de las posibles soluciones, tal y como apunta Bustos (2016), es que hay que llevar a cabo una revisión del nombramiento de los miembros del CGPJ. Añade a su argumentación que: “creo sinceramente que el gobierno del poder judicial no interesa solo a los jueces y magistrados, si no a todos los ciudadanos que al fin y al cabo son los «clientes» de dicho poder”. El problema principal radica en que si el órgano principal que gobierna el poder judicial es un órgano que ha sido elegido previamente por el poder ejecutivo, esto suscita serias dudas sobre la separación de poderes real que en teoría impera en nuestro Estado democrático. Lo que debería ocurrir para que no se pueda cuestionar la separación entre el poder ejecutivo y el judicial, es que el nombramiento de los miembros del CGPJ sean elegidos de una manera objetiva e imparcial, a través de concurso-oposición, o incluso, a través de elecciones entre los ciudadanos.

La supresión de los aforamientos en el nuevo EAC (2018) ha supuesto la eliminación de un privilegio autonómico otorgado a los Diputados y Senadores y a los miembros del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias a través de su antiguo EAC (1982), ya que la competencia de incluir la condición de aforado en los Estatutos Autonómicos corresponde a las propias Comunidades Autónomas. En el año 2018, Canarias procedió a la eliminación de dicho privilegio, provocando que el acceso a la justicia por aquellas personas que hasta ahora venían gozando de un privilegio, ya que eran sometidos al Tribunal Superior de Justicia de Canarias en primera instancia, accedan a partir de ahora a los Juzgados de Primera Instancia correspondientes como el resto de ciudadanos. A partir de esta eliminación del EAC, deberían tomar ejemplo el resto de Comunidades Autónomas, y proceder a la eliminación de la condición de aforado de sus Estatutos Autonómicos, acabando así con una figura que fomenta la desigualdad ciudadana y la descreencia en los cargos políticos.

A nivel Estatal, debería empezarse por aprobar la moción que presentó el Partido Socialista con el objetivo de limitar los aforamientos a los delitos cometidos en el cargo público, suprimiendo el aforamiento para los delitos cometidos en la esfera privada. Teniendo en cuenta que dicha moción es insuficiente, y que deberían haberse aceptado muchas de las enmiendas de modificación que aportaron partidos como Compromís en relación a la eliminación de la figura de aforado del Rey (artículo 56.3 CE), por ejemplo, se entiende que aprobar dicha moción sería ir un paso más allá para conseguir algún día la supresión total de la condición de aforado recogida en nuestra CE.

Con relación a una posible modificación del artículo 71 de la CE, la propuesta quedaría redactada de la siguiente manera: “1. Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones; 2. Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito; 3. Los Diputados y Senadores percibirán una asignación que será fijada por las respectivas Cámaras”. Como se puede comprobar, hemos propuesto la eliminación del segundo apartado del artículo 71.2, en el que se recoge que los Diputados y Senadores no podrán ser inculcados ni procesados sin la autorización de la Cámara que corresponda. Proponemos la supresión de la citada parte del precepto porque consideramos que su autorización supone una barrera a la hora de enjuiciar con más facilidad o rapidez los

posibles delitos que cometan los Diputados y Senadores mientras ejerzan sus funciones como cargo público.

También se propone la eliminación del apartado 3 del artículo 71, en el que se recoge la condición de aforado (“en las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”) por los motivos anteriormente expuestos.

Con relación a lo dispuesto en el artículo 102.1 de la CE sobre el aforamiento del Presidente y demás miembros del Gobierno, se propone su eliminación, quizás sustituyéndolo por un artículo nuevo en el que se especifique que “solo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito”, ya que con esta frase se sobreentendería la eliminación del aforamiento de los citados sujetos.

En definitiva, y basándonos en las consideraciones y argumentos anteriormente mencionados, podemos concluir que:

1. La condición de aforado supone para la realidad de la sociedad española un privilegio innecesario y carente de justificación objetiva y razonable, ya que su creación por la CE se basó en la protección de las personas que ostentaban cargos políticos frente a la justicia.
2. Es necesario hacer una revisión de lo dispuesto en la CE⁶⁰ y demás leyes que han incorporado la figura del aforamiento a determinados sujetos (la LOPJ y la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad), con el objetivo de esclarecer si su existencia es en realidad de una “justificación objetiva y razonable” (tal y como expresa el TC) o por el contrario, carece de la misma y deben llevarse a cabo reformas legislativas en lo que respecta a la figura jurídica del aforamiento.
3. En lo que respecta a la designación de los miembros del CGPJ, podemos afirmar que más allá de que se trate de un órgano de Gobierno del poder judicial, y no un órgano de representación, debería llevarse a cabo una modificación o reforma en lo que se refiere al nombramiento de sus miembros, con el objetivo de que se haga un cumplimiento estricto de la separación de poderes y deje de existir en el poder judicial una influencia del poder ejecutivo.

⁶⁰ En relación a los aforamientos recogidos en los artículos 71.3, 102.1 y 56.3 de la CE.

4. Se destaca el hecho de que el EAC haya sido el primer Estatuto Autonómico en eliminar la condición de aforado de los parlamentarios y miembros del Gobierno Autonómico. Esto podría servir de ejemplo para que otras Comunidades Autónomas lleven a cabo dicha modificación en sus Estatutos, e incluso, para que de manera estatal, se pueda llevar a cabo una reforma de la CE en lo que se refiere a los aforamientos.

8. Referencias

- Aguilar, J. (2016). Encuesta sobre la independencia del poder judicial. *Teoría y Realidad Constitucional*, Issue 38, p. 15-58. 44p.
- Bustos, R. (2016). Encuesta sobre la independencia del poder judicial. *Teoría y Realidad Constitucional*, Issue 38, p. 15-58. 44p.
- Constitución española (1978), BOE n.º 311.1, 29 de diciembre de 1978.
- Diario de Avisos (08 de noviembre de 2018). Informe del fiscal sobre el traslado del caso Grúas al Juzgado de Instrucción de San Cristóbal de La Laguna. *Diario de Avisos*. Recuperado de <http://www.diariodeavisos.com>.
- Europa Press (04 de septiembre de 2019). La reforma estatutaria de Murcia para suprimir aforamientos vuelve al Congreso. *Europa Press*. Recuperado de: <http://www.europapress.es>
- Fernández-Miranda y Campoamor, A. (1989). Comentario artículo 71 Constitución Española. En ALZAGA, O. (Dir.): *Comentarios a las leyes políticas*, Edersa, Madrid, , Tomo VI, pp. 305 y ss.
- GPS (2018). Moción por la que se insta al Gobierno a limitar el aforamiento de Diputados, Senadores y miembros del Gobierno al ejercicio estricto de las funciones del cargo. Número de expediente 662/000126.
- Guichot, E. (12/09/ 2013). Aforados: ¿garantía o privilegio?. *eldiario.es*.
- Íñiguez, D. (2008). *Fracaso del autogobierno judicial*. España: Civitas.
- Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias. «BOE» núm. 268, de 6 de noviembre de 2018 Referencia: BOE-A-2018-15138.
- Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias. «BOE» núm. 195, de 16 de agosto de 1982 Referencia: BOE-A-1982-20821.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. «BOE» núm. 157, de 2 de julio

- de 1985 Referencia: BOE-A-1985-12666.
- Martínez, M. L. (2015). El aforamiento de los cargos públicos. Derecho español y derecho comparado. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 35, 437-478.
- Murillo, P. (2016). Encuesta sobre la independencia del poder judicial. *Teoría y Realidad Constitucional*, Issue 38, p15-58. 44p.
- Parlamento de Canarias (2018). Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía. Sesión de 10/10/2018.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. «BOE» núm. 260, de 17/09/1882.
- Suárez, I. (14 de febrero de 2019). Fernando Clavijo anuncia que acudirá al Tribunal Supremo para tratar de devolver el caso Grúas.
- VV.AA. (2018). Propuesta de reforma constitucional e informe sobre el procedimiento que debe seguirse para su tramitación. Nº: E 1/2018. Informe del Consejo de Estado.