

Máster: Acceso a la Abogacía.

Universidad de La Laguna e ICATF.

Curso 2018/2019.

Convocatoria: Enero 2019.

Los aforamientos en el ordenamiento jurídico español.

Especial relación con los derechos constitucionales a la igualdad, al juez ordinario predeterminado por ley y a la doble instancia penal.

Realizado por el/la alumno/a: Daniella Padrón Bencomo

Tutorizado por el/la profesor/a: Ana Teresa Afonso Barrera.

Área de conocimiento: Derecho Procesal.

VISTO BUENO DEL TUTOR DEL TRABAJO FIN DE MÁSTER

CONVOCATORIA ENERO, 2019

Alumna: D^a Daniela Padrón Bencomo

Calificación de tutor/a: 9.0

Justificación de la calificación: Estamos ante un trabajo de investigación realizado sobre un tema de actualidad, no solo jurídica, como lo demuestran la reciente reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias y el Proyecto de ley de reforma de los aforamientos aprobado por el Consejo de Ministros en este mes de enero, sino también social a la vista de la polémica que los mismos generan como reflejan los medios de comunicación social.

La alumna ha realizado un estudio brillante y detallado del problema con un adecuado enlace con los derechos fundamentales que pueden verse afectados por la existencia de los aforamientos (igualdad, derecho al juez legal o juez ordinario predeterminado por ley y la doble instancia penal) así como un análisis de esta figura en el derecho comparado.

Se aprecia un correcto manejo de las fuentes bibliográficas y de las bases de datos de jurisprudencia y, resulta muy positivo, que en las conclusiones la alumna ponga de manifiesto sus propias opiniones acerca de los problemas que plantea tras el detenido estudio y análisis que ha realizado.

Este documento incorpora firma electrónica, y es copia auténtica de un documento electrónico archivado por la ULL según la Ley 39/2015.
La autenticidad de este documento puede ser comprobada en la dirección: <https://sede.ull.es/validacion/>

Identificador del documento: 1732051

Código de verificación: 3H3/RoCG

Firmado por: Ana Teresa Afonso Barrera
UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

Fecha: 23/01/2019 13:25:17

ABSTRACT

The present work take as an object the study of the exception to the rules of attribution objective, uncial and territorial jurisdiction because of political o parliamentary functions. In him there is analyzed the historical evolution and the regulation in the current legal system, through the analysis of its situation in other countries. At the same time, the different legal disputes that apply to them are examined, especially, its relation with certain constitucional rights and the different proposals for reform of the mentioned procedural figure.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de los aforamientos en el ordenamiento jurídico español como una de las excepciones a las reglas de atribución de la competencia objetiva, funcional y territorial. En él se analiza su evolución histórica hasta llegar a su regulación en el sistema jurídico actual, pasando por el análisis de su situación en otros países. Al mismo tiempo, se examinan las diferentes controversias jurídicas que la aplicación de los aforamientos plantea, especialmente, su relación con los derechos constitucionales a la igualdad, al juez ordinario predeterminado por ley y a la doble instancia penal, lo que lleva, finalmente, al estudio de las diferentes propuestas de reforma de la mencionada figura procesal.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	4
II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.	5
1. Inglaterra en la Edad Media y la aparición de las prerrogativas.	
2. La Francia revolucionaria y la creación de la inmunidad moderna.	
3. España en el S.XIX y la introducción de los privilegios en el ordenamiento jurídico	
3.1. El fuero especial de los parlamentarios	
3.2. El fuero especial de jueces, magistrados, fiscales y miembros del Gobierno.	
III. LOS AFORAMIENTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	11
1. Delimitación conceptual: inviolabilidad, inmunidad y aforamiento.	
1.1. La inviolabilidad.	
1.2. La inmunidad.	
1.3. Los aforamientos.	
<i>A) Concepto.</i>	
<i>B) Diferentes clasificaciones según el delito cometido y la exigencia de responsabilidad.</i>	
2. Fundamento de la existencia de los aforamientos.	
2.1. Garantizar una mayor celeridad en los procesos judiciales.	
2.2. Asegurar la imparcialidad e independencia de las resoluciones judiciales.	
3. Regulación actual y alcance de los diferentes aforamientos.	
3.1. La Corona	
<i>A) El Rey</i>	
<i>B) La Familia Real</i>	
3.2. Poder Ejecutivo.	
<i>A) Gobierno central</i>	
<i>B) Gobiernos autonómicos</i>	
3.3. Poder Legislativo.	
<i>A) Cortes Generales</i>	
<i>B) Parlamentos autonómicos</i>	

3.4. Poder Judicial

- A) *Órganos jurisdiccionales: jueces y magistrados.*
- B) *Órgano gubernamental: El Consejo General del Poder Judicial.*

3.5. Otros órganos.

- A) *El Tribunal Constitucional*
- B) *El Ministerio Fiscal*
- C) *EL Tribunal de Cuentas*
- D) *El Defensor del Pueblo*

3.6. Miembros de la Organización Militar.

3.7. Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

4. Derecho comparado: la situación actual de los aforamientos en diferentes países.

- 4.1. Francia.
- 4.2. Italia.
- 4.3. Portugal.
- 4.4. Alemania.
- 4.5. Estados Unidos

IV. CUESTIONES CONTROVERTIDAS. 40

1. Alcance temporal de los aforamientos.

- 1.1. Obtención de la condición de aforado
- 1.2. Pérdida de la condición de aforado.

2. El doble grado jurisdiccional penal y su aplicación en los aforamientos.

- 2.1. El doble grado jurisdiccional penal en el ordenamiento jurídico español.
- 2.2. Aplicación del doble grado jurisdiccional penal en los aforamientos.

- A) *Interpretación el derecho nacional e internacional*
- B) *Interpretación literal del art. 71.3 de la CE y la ponderación de intereses.*

3. Derecho a la igualdad ante la ley y a un juez ordinario predeterminado por ley.

- 3.1. Concepto de los derechos.
- 3.2. Aplicación de los derechos a los aforamientos.

4. Otras

- 4.1. La competencia por conexión del fuero especial.

A) Delitos conexos cometidos por dos aforados que lo están a distintos órganos jurisdiccionales

B) Delitos conexos cometidos por una persona aforada y otra/s no aforadas.

4.2. La irrenunciabilidad del privilegio.

V. LAS POSIBLES REFORMAS DE LA REGULACIÓN ACTUAL DE LOS AFORAMIENTOS. EL CASO EXCEPCIONAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS. 57

1. Propuestas de reforma.

2. La reforma de los aforamientos en la Comunidad Autónoma de Canarias.

VI. CONCLUSIONES. 60

BIBLIOGRAFÍA. 64

I. INTRODUCCIÓN

Según el Consejo General del Poder Judicial, en España se encuentran censados, aproximadamente, 250.000 aforados, de los cuales alrededor de 2.000 son de origen político, 10.000 los constituyen jueces, magistrados y fiscales, y el resto los conforman las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

No obstante, el aforamiento se constituye como la prerrogativa que, regulada junto con la inviolabilidad y la inmunidad, se fundamenta en la atribución del conocimiento de ciertas causas penales, por razón del sujeto al que se enjuicia, a un órgano jurisdiccional de orden superior jerárquico, por lo que con ello se lleva a cabo la alteración de las normas de competencia objetiva, funcional y territorial que en nuestro ordenamiento jurídico y procesal se establecen.

Luego, se trata de una de las varias consecuencias que se derivan de las funciones que desempeñan ciertos cargos como el Presidente del Gobierno, diputados o senadores, por tanto, más que estar relacionada de forma subjetiva con el propio cargo, esta prerrogativa trata de proteger los órganos e instituciones a las que pertenecen las diferentes autoridades y personalidades, todo ello con el fin de garantizar su correcto funcionamiento.

De modo que, los aforamientos han sido, y siguen siendo, objeto de debate tanto social, como político y jurídico, centrandó el presente trabajo no sólo en las controversias jurídicas que puedan deducirse de la aplicación de esta prerrogativa, sino también en la obtención de un mejor conocimiento sobre su introducción en nuestro sistema jurídico, su regulación y diferenciación con respecto al resto de prerrogativas de las que son susceptibles estos cargos, así como de las razones que han llevado a su mantenimiento y posible reforma.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El estudio de la evolución histórica del denominado fuero especial o aforamiento no se podrá llevar a cabo sin un previo análisis del proceso que han experimentado las prerrogativas de inmunidad e inviolabilidad a lo largo de la Historia, tanto en nuestro país como en otros.

No obstante, a pesar de que se entrará a analizar con mayor profundidad los términos de inmunidad e inviolabilidad a lo largo del presente trabajo, éstas pueden ser definidas como privilegios de determinadas instituciones públicas y de determinados altos cargos, autoridades y funcionarios públicos, electos o no, por tanto de carácter objetivo y subjetivo, que impiden el desarrollo normal del proceso penal en determinados casos¹

1. Inglaterra en la Edad Media y la aparición de las prerrogativas.

Dichas prerrogativas surgen en la Inglaterra de la Edad Media, época histórica en la que eran latentes los enfrentamientos entre los miembros del Parlamento inglés y el monarca por lo que se lleva a cabo el establecimiento de ciertos privilegios en favor de los parlamentarios con el fin de imponer la libertad de cumplimiento de las obligaciones de representación sin obstáculo alguno por parte del Rey.

Así, los privilegios que ostentaban los parlamentarios ingleses se concretaron a través de los conceptos denominados “*freedom of speech*” y “*freedom from arrest*”.

El primero de ellos garantizaba la libertad de expresión, concretándose en que los miembros del parlamento inglés no podían ser perseguidos por sus opiniones y propuestas manifestadas en las Cámaras y Consejos nacionales ingleses, que solían ser motivo de persecución monárquica². Fueron varios los sucesos ocurridos entre los siglos XIV y XVI

¹ ESPARZA LEIBAR, I., GÓMEZ COLOMER, J.L., “Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales”, Tirant lo Blanch (1ª Edición), 2009, pág. 42.

² RIVERA RODRÍGUEZ, P., “El aforamiento en el ordenamiento procesal español”, Revista jurídica de Castilla y León, núm 44, enero 2018, pág. 12

en los que determinados representantes fueron encarcelados por orden del Rey al emitir sus votos y propuestas legislativas³. A partir de este concepto se crea la denominada inviolabilidad como una prerrogativa que defendía la libertad de los parlamentarios para expresar sus opiniones y debates garantizándoles no ser encarcelados ni perseguidos por ello; prerrogativa que finalmente se reconoció en el art. 9º de la *Bill of Rights de 1689* (Declaración de derechos de 1689).

El segundo de los conceptos, “*freedom from arrest*”, surge a partir de la necesidad de otorgar protección a los mandatarios ingleses a través de la no detención por parte de ningún juez por el incumplimiento de sus obligaciones civiles como ciudadano⁴, todo ello con el fin de garantizar la continuidad de los parlamentarios en las sesiones y deliberaciones parlamentarias. Dicho arresto tenía su fundamento en las deudas monetarias o causas civiles contra el mandatario, pero no en el ejercicio de la acción penal⁵; por ello, al carecer esta libertad de reunión de la concepción penal características de las actuales prerrogativas, al contrario que el anterior concepto del cual deriva la denominada prerrogativa de inviolabilidad, esta figura no podría considerarse como el antecedente de la prerrogativa de inmunidad⁶ debiendo remitirnos a la época de la Revolución Francesa para conocer su verdadero origen.

Igualmente, los dos privilegios protegían a los miembros del parlamento inglés con el objetivo de garantizar la continuidad y el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la representación otorgada, idea totalmente contraria a lo que actualmente se opina sobre estos privilegios⁷.

³ FERNANDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A, “Origen histórico de la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias”, en *Estudios de derecho parlamentario, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. extraordinario 10, marzo de 1986, pp. 190-191.

⁴ ESPARZA LEIBAR, I., GÓMEZ COLOMER, J.L., *op. cit.*, p. 44: Un ejemplo de ello sería una reclamación de cantidad en donde el juez habría ordenado la prisión por deudas del parlamentario demandado.

⁵ RIVERA RODRÍGUEZ, P., *op. cit.*, p. 13.

⁶ ESPARZA LEIBAR, I., GÓMEZ COLOMER, J.L., *op. cit.*, p. 44: Esto significa que en la Inglaterra actual no existe la inmunidad, teniendo el parlamentario el mismo trato a efectos procesales que cualquier ciudadano inglés.

⁷ *Ibidem*.

2. La Francia revolucionaria y la creación de la inmunidad moderna.

Continuando con el origen histórico de la inmunidad, tal y como se ha comentado anteriormente, tiene su origen en la Francia revolucionaria, concretamente, mediante dos decretos a través de los cuales se otorgaba a los miembros de la Asamblea Nacional de las prerrogativas de inviolabilidad e inmunidad ya que se partía de la idea de trasladar la soberanía del Rey a la Nación; algo característico para entender el cambio del Estado Absoluto al Liberal.

La primera de ellas fue proclamada por el Decreto de 20 de junio de 1789, mientras que la segunda lo fue por medio del Decreto de 26 de junio de 1790, ambas recogidas en la Constitución francesa de 1791⁸, exactamente , en su art. 7⁹. No obstante, en este punto se puede llegar a hablar de una inmunidad moderna caracterizada por su naturaleza penal y nacida, al igual que la inviolabilidad de los parlamentario ingleses, del temor del Parlamento que se encontraba enfrentado con el resto del Gobierno, aún controlado por los jueces¹⁰.

3. España en el S.XIX y la introducción de los privilegios en el ordenamiento jurídico.

Centrando ahora la introducción de dichas prerrogativas en España, el modelo francés ha servido de inspiración para el constitucionalismo del siglo XIX y XX (salvo para el modelo anglosajón)¹¹, lo que trae como consecuencia la llegada de dichas

⁸ MARTÍNEZ ELIPE, L., “Reflexiones sobre la inviolabilidad, inmunidad y aforamiento”, *Revista de las Cortes Generales*, 200, p. 78.

⁹ Art. 7 de la Constitución Francesa de 1791, por medio del cual se proclamaba que “*los representantes de la Nación son inviolables; no podrán ser perseguidos, acusados, ni juzgados en ningún tiempo por lo que hubieren dicho, escrito o hecho en el ejercicio de sus funciones de representantes. Podrán ser detenidos en caso de flagrante delito, o en virtud de una orden de detención, pero se deberá notificar de inmediato al Cuerpo Legislativo, y la persecución no podrá continuar sino hasta que el Cuerpo Legislativo decida que hay lugar a la acusación*”

¹⁰ RIVERA RODRÍGUEZ, P., *op. cit.*, p. 13.

¹¹ MARTÍNEZ ELIPE, L.. *op. cit.*, p. 79.

prerrogativas de inviolabilidad e inmunidad a nuestro país. Es en 1810, en plena Guerra de la Independencia, cuando se proclama la inviolabilidad de los diputados de Las Cortes Ordinaria y Extraordinaria mediante Decreto de 24 de septiembre. Sin embargo, no es hasta la Constitución de Cádiz de 1812, más concretamente con su art. 128, cuando se lleva a cabo la implantación en España no sólo de la prerrogativa de la inviolabilidad sino de la inmunidad de los diputados en causas penales que se intentaran contra ellos.

3.1. El fuero especial de los parlamentarios.

No obstante, tal y como se viene comentando desde el comienzo de este epígrafe, a partir del conocimiento de la evolución histórica de las prerrogativas de inviolabilidad e inmunidad se podrá obtener el punto en el que comienza a implantarse en España el fuero especial o aforamiento ya que, es con el art. 128 de la Constitución de Cádiz de 1812 cuando se establece un fuero especial para los diputados al recoger que *“En las causas criminales que contra ellos se intentaren, no podrán ser juzgados sino por el Tribunal de Cortes en el modo y forma que se prescriba en el reglamento del gobierno interior de las mismas”*.

Ahora bien, en la Constitución de 1837, a pesar de que se sigan manteniendo las prerrogativas de inviolabilidad e inmunidad en sus arts. 41 y 42 (incluyendo la excepción por delito flagrante y de la necesidad de dar cuenta del procesamiento a las Cortes), se lleva a cabo la supresión del Tribunal de Cortes que trae como consecuencia el silencio constitucional sobre el aforamiento parlamentario¹².

Con todo, la Constitución de 1876 (art. 47¹³) retoma el establecimiento del fuero especial aplicado a los miembros de las Cortes al establecer que será competencia del Tribunal Supremo el conocimiento de las causas criminales que se sigan contra Diputados y Senadores. Es éste último precepto el que ha sido desarrollado por la, aún vigente, Ley de 9 de febrero de 1912 por la que se declaran los Tribunales que han de entender en el

¹² RIVERA RODRÍGUEZ, P., *op. cit.*, p. 13.

¹³ Art. 47 de la Constitución Española de 1876 “...El Tribunal Supremo conocerá de las causas criminales contra los Senadores y Diputados, en los casos y en la forma que se determine en la Ley”

conocimiento de las causas contra Senadores y Diputados, siendo el art. 1.1 el que mantiene la competencia del Tribunal Supremo; en el resto del articulado se lleva a cabo un mayor desarrollo del resto de prerrogativas parlamentarias.

3.2. El fuero especial de jueces, magistrados, fiscales y miembros del Gobierno.

Cabe hacer referencia que hasta ahora se ha venido comentando el aforamiento (e inmunidad e inviolabilidad) en favor de los miembros parlamentarios, sin embargo, además de éstos, también se les viene aplicando históricamente tal privilegio tanto a los jueces, magistrados y fiscales como a los miembros del Gobierno.

Así, por un lado, conforme al fuero especial fijado para jueces, magistrados y fiscales¹⁴, era la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870¹⁵, mediante su art. 281.3º, la que establecía que será la Sala Tercera del Tribunal Supremo la encargada del conocimiento *“De las causas por delitos cometidos por magistrados de Audiencias ó del Tribunal Supremo, por los fiscales de las Audiencias y por los tenientes y abogados fiscales del Tribunal Supremo y de las Audiencias”*. Asimismo, de acuerdo al art. 276.3º, la Sala de lo Criminal de las Audiencias conocía, por un lado, *“De las causas contra jueces municipales y los que en los Juzgados de esta jurisdicción ejercieren el Ministerio fiscal por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.”*, y por otro lado, *“De las causas contra los jueces de instrucción, los de los Tribunales de partido y sus fiscales por cualquiera clase de delitos”*. Más adelante, por medio de la Constitución Republicana de 1931 se lleva a cabo la creación de un nuevo órgano denominado Tribunal de Garantías Constitucionales¹⁶ encargado del enjuiciamiento del Presidente y magistrados del Tribunal Supremo, así como del Fiscal de la República. Más aun, dicha norma procede a regular que el resto de jueces, magistrados y fiscales,

¹⁴ RIVERA RODRÍGUEZ, P., *op. cit.* p. 14.

¹⁵ Vigente hasta 1985 año en el que se aprueba la actual Ley Orgánica del Poder Judicial.

¹⁶ Art. 121 de la Constitución republicana de 1931.

conforme a los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, serán enjuiciados por el Tribunal Supremo¹⁷.

Por otro lado, antes de analizar el aforamiento de los miembros del Poder Ejecutivo es necesario llevar a cabo una diferenciación entre el Monarca y los miembros del Gobierno¹⁸.

Primeramente, de acuerdo al fuero especial aplicado al Monarca debemos tener en cuenta que ya desde las Constituciones Españolas de 1812, 1837, 1845 (entre otras), existía la imposibilidad de iniciar contra él cualquier tipo de proceso penal debido a que dichas normas fijaron su carácter de inviolable e irresponsable de cualquier conducta, incluso de naturaleza delictiva. Por ello, no se llegó a prever ningún tipo de aforamiento para la figura del Rey como Jefe de Estado. Sin embargo, es de destacar que sí se proclamó dicho privilegio para los príncipes de la Familia Real, de acuerdo al art. 284.1º de la Ley Provisional del Poder Judicial de 1870, debiendo éstos ser juzgados por el Pleno del Tribunal Supremo.

Seguidamente, y con respecto a los miembros del Gobierno, el privilegio procesal del aforamiento fue cambiante según la Constitución que se aplicaba en cada momento histórico. Así, con la Constitución de Cadiz de 1812¹⁹, los miembros del Gobierno debían ser enjuiciados por el Tribunal Supremo de Justicia. Mientras, con la Constitución Española de 1837, concretamente su art. 40.4ª, se establece que las Cortes del Rey, además de las funciones que por dicha norma se le atribuyen, debían supervisar la efectividad de la responsabilidad de los ministros que serían acusados por el Congreso y juzgados por el Senado. Un cambio más significativo se produce a partir de la Constitución Republicana de 1931 ya que en este momento se procede integrar en el sistema un Presidente de la República (asumiendo las funciones de jefe de Estado) y, tal y como se hizo mención

¹⁷ Art. 99 de la Constitución republicana de 1931.

¹⁸ RIVERA RODRÍGUEZ, P., *op. cit.*, p. 14.

¹⁹ Art. 228 de la Constitución de Cadiz de 1812 “*Para hacer efectiva la responsabilidad del Secretario del Despacho, decretarán ante todas cosas las Cortes, que ha lugar a la formación de causa*”

Art. 229 de la Constitución de Cadiz de 1812 “*Dado este decreto, quedará suspenso el Secretario del Despacho, y las Cortes remitirán al Tribunal Supremo de Justicia todos los documentos concernientes a la causa que haya de formarse por el mismo Tribunal, quien la substanciará y decidirá con arreglo a las leyes*”

anteriormente, un Tribunal de Garantías Constitucionales, órgano al que se le atribuye la función de enjuiciar tanto al Presidente de la República, como al Presidente del Consejo y sus ministros.

En definitiva y llegados a este punto, se puede comprobar como a partir del conocimiento sobre el origen de las prerrogativas de inmunidad e inviolabilidad se puede llegar a alcanzar un mejor entendimiento acerca tanto de la introducción en nuestro país del fuero especial por razón del cargo, como de su evolución histórica hasta nuestros días, ya que, posteriormente a la Constitución Republicana de 1931, los aforamientos reaparecen nuevamente en la actual Constitución de 1978 lo que da lugar a su regulación por Ley, tal y como se comentará a continuación con el análisis de la regulación actual de los aforamientos.

III. LOS AFORAMIENTOS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL.

1. Delimitación conceptual: inviolabilidad, inmunidad y aforamiento.

Una vez hemos llevado a cabo el estudio de la evolución histórica de los privilegios procesales y de su introducción en nuestro ordenamiento jurídico cabe preguntarse: ¿Qué son los aforamientos?.

La delimitación conceptual del concepto de aforamiento se encuentra hoy en día estrechamente relacionada con dos prerrogativas a las que en el epígrafe anterior se hizo referencia: la inmunidad y la inviolabilidad.

Por tanto, a continuación se aborda la diferenciación de los conceptos de inviolabilidad, inmunidad y aforamiento, al ser tres figuras jurídicas reguladas por la CE y encaminadas a garantizar el ejercicio adecuado de las funciones públicas, todo ello con el fin de obtener una mejor definición del fuero jurisdiccional y evitar, asimismo, su posible confusión con las mencionadas prerrogativas.

1.1. La inviolabilidad.

La inviolabilidad viene regulada en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 71.1. de la CE, en el art 10 del Reglamento del Congreso y en el art. 21 del Reglamento del Senado, así como en los diferentes Estatutos de Autonomía con respecto a la inviolabilidad de los parlamentarios autonómicos.

De lo dispuesto en los artículos de las diferentes normativas se obtiene como concepto de inviolabilidad una prerrogativa de la que disfrutaban los miembros de las Cortes Generales y de los parlamentos autonómicos²⁰ y que consiste en la imposibilidad interponer cualquier acción jurídica (penal, administrativa, civil o laboral²¹) tanto por las opiniones manifestadas por el ejercicio de su cargo, como por los votos emitidos. Ésta última precisión no se encuentra recogida por la CE en su art. 71.1, es el Reglamento del Senado la norma que lleva a cabo su introducción en el objeto de esta prerrogativa, consideración en la que coincide casi unánimemente la doctrina científica²².

Con respecto al alcance de la inviolabilidad, debido a que se trata de defender la función realizada por el parlamentario y no a la propia persona, esta garantía no protege las opiniones manifestadas por el parlamentario como ciudadano²³, es decir, cuando actúa fuera de las competencias que le reconoce la Ley como miembro del Congreso, del Senado o de alguno de los parlamentos autonómicos, sino que protege las opiniones manifestadas por razón de las funciones representativas que desempeña.

²⁰ También es aplicable la prerrogativa de la inviolabilidad al Jefe de Estado, pero en un nivel diferente.

²¹ VALIÑO CES, A., “El aforamiento en España: una particular prerrogativa a debate”, *Nuevos debates en torno a la justicia española*, Tirant Lo Blanch (1ª Edición), 2017, p. 384.

²² MARTÍNEZ ELIPE, L.. *op, cit.*, p. 31, manifiesta que la introducción de los votos emitidos por los parlamentarios en la inviolabilidad no supone un desbordamiento del texto constitucional ya que no debe interpretarse restrictivamente. Debe entenderse que la voluntad manifestada por medio del voto no deja de ser mas que el reconocimiento a una opinión manifestada.

²³ MARTÍNEZ ELIPE, L.. *op, cit.*, p. 32, cuando el parlamentario actúa en calidad de ciudadano y lleva a cabo alguna opinión o manifestación simplemente estará amparado por la libertad de expresión, art. 20 de la CE.

Esta garantía constitucional es por un lado, irrenunciable²⁴, por lo que los parlamentarios no puede desistir de ella debido a que éstos se encuentran “obligados” a debatir sobre los temas que se plantean en las Cámaras. Por otro lado, es absoluta, es decir, no se debe limitar la libertad de los miembros del Parlamento a la hora de manifestar sus opiniones. Por último, la inviolabilidad es permanente, ya que la irresponsabilidad por las manifestaciones y votos emitidos se extiende, incluso, después del cese del mandato de los parlamentarios, es decir, no se puede ejercer una acción contra la opinión manifestada en su momento por un determinado parlamentario, incluso cuando ha dejado de serlo.

En definitiva, la inviolabilidad se configura como la prerrogativa a través de la cual se establece la irresponsabilidad de los parlamentarios por las opiniones, manifestaciones y votos emitidos en el ejercicio de su cargo, todo ello con el fin de llevar a cabo la protección constitucional, no de la propia persona del parlamentario, sino del correcto funcionamiento de las Cortes Generales y parlamentos autonómicos.

1.2. La inmunidad.

La inmunidad, como garantía que le es de aplicación a los parlamentarios estatales y autonómicos, viene regulada a través del art. 71.2 de la CE, del art. 11 del Reglamento del Congreso de los Diputados y el art. 22 del Reglamento del Senado.

De dichos preceptos se adquiere que la inmunidad implica que los miembros de las Cámaras, durante sus respectivos mandatos, no podrán ser detenidos salvo en caso de flagrante delito. Asimismo, esta prerrogativa incluye que dichos cargos no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva. Por tanto, la inmunidad se constituye como una garantía de las Asambleas que tiene como objetivo inalterar su composición y funcionamiento por medio de la imposibilidad de llevar a cabo, la detención²⁵ (salvo en caso de flagrante delito) y la persecución penal por delitos

²⁴ MARTÍNEZ ELIPE, L.. *op. cit.*, p. 32.

²⁵ ESPIGADO GUEDES, D., “Los privilegios parlamentarios en cuestión. Una revisión de la inmunidad y el aforamiento en el Derecho Español”, *Revista Online de Estudiantes de Derecho de la UAM*, núm 3, 2013, p. 6: la doctrina constitucional entiende que no solo abarca la detención en sentido jurídico-procesal, sino cualquier supuesto de privación de libertad y del derecho de locomoción del inmune.

cometidos en el ejercicio de sus funciones, excepto si se obtiene el suplicatorio²⁶ de la correspondiente Cámara.

A diferencia de lo que ocurre con la prerrogativa de la inviolabilidad, la inmunidad tiene un aplicación actual²⁷, es decir, que el parlamentario puede ser detenido y perseguido por delito cometido en el ejercicio de sus funciones cuando deje de ostentar el cargo político correspondiente, cuando cese su mandato; ello implica también, en conexión con los aforamiento y tal y como veremos mas adelante, que una vez que perdida la condición de parlamentario se determina el órgano jurisdiccional correspondiente conforme a las reglas generales al perder la condición de aforado.

Igualmente, a pesar de que el fin de la inviolabilidad sea el de asegurar la manifestaciones de opiniones por parte de los de los parlamentarios en sus funciones representativas, y el fin de la inmunidad sea evitar las detenciones o persecuciones fraudulentas de los miembros de las Cámaras con el objetivo de alterar la asistencia a las reuniones y sesiones del Parlamento²⁸, ambas prerrogativas tienen como finalidad común la protección del adecuado funcionamiento de las Cámaras y la garantía de su autonomía e independencia con respecto al resto de poderes del Estado, no constituyéndose como garantías personales del parlamentario.

1.3. Los aforamientos.

Junto con las prerrogativas de la inviolabilidad y la inmunidad se desarrolla el concepto central del presente trabajo, los aforamientos.

²⁶ RIVERA RODRÍGUEZ, P., *op, cit.*, p. 33: el suplicatorio se constituye como la petición dirigida por un orégano jurisdiccional a la Cámara legislativa correspondiente para que acceda a “levantar” la inmunidad parlamentaria. La Cámara se limita a evaluar la acción penal ejercitada bajo la prisma del *fumus persecutionis*, determinando si ésta oculta una motivación política dirigida a interrumpir el normal desarrollo de la actividad parlamentaria.

²⁷ ESPIGADO GUEDES, D., *op, cit.*, p. 3.

²⁸ MARTÍNEZ ELIPE, L., *op, cit.*, p. 34

A) Concepto.

Tal y como pudo comprobar en el momento de analizar la evolución histórica y la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de este concepto, la inviolabilidad y la inmunidad se encuentran estrechamente relacionadas con los aforamientos debido a que los tres conceptos tratan de proteger o tienen como finalidad preservar el correcto funcionamiento democrático.

Sin embargo, y a pesar de la confusión que genera, el aforamiento es un concepto ajeno a la inviolabilidad y a la inmunidad a pesar de ser recogidos los tres por el art. 71 de la CE²⁹³⁰. Esta distinción es debida a que, por un lado, son inmunes e inviolables los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado y de los parlamentos autonómicos, pero son aforados, no solamente éstos, sino además (tal y como veremos mas adelante, en caso de poner la regulación después) numerosos cargos del Gobierno, miembros del Poder Judicial y demás órganos constitucionales. Por otro lado, el concepto de inmunidad e inviolabilidad se encuentra separado del de aforamiento ya que éste se constituye como una herramienta procesal a través de la cual se impide que un juez distinto del que corresponde al foro pueda investigar una determinada causa contra un específico cargo o personalidad acogida a tal aforamiento.

Por tanto, el fuero especial puede ser definido como el sometimiento *ratione personae* a un tribunal específico, y de orden superior (generalmente Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia), pudiendo exclusivamente ese órgano ser el que investiga y enjuicia la específica causa, alterándose con ello las reglas generales de la

²⁹ VALIÑO CES, A. *op. cit.*, p. 387: De este precepto se infiere que estamos ante dos prerrogativas diferentes y en aras de reforzar esta idea se encuentra el Auto del TS de 11 de mayo de 2000 donde se indica que “la distinción del Protocolo desde la perspectiva española tiene por consecuencia la distinción de dos conceptos que no tienen por qué ir unidos...”

³⁰ Igualmente, cabe concretar que el autor ESPIGADO GUEDES, D. especifica, a través de los procesalistas ESPARZA LEIBAR, I. Y GÓMEZ COLOMER, J.L., que el aforamiento es un concepto con repercusiones procesales penales que se derivan de los conceptos sustantivos de inmunidad e inviolabilidad.

Asimismo, GÓMEZ COLOMER, J.L., en su obra “Privilegios procesales inconstitucionales e innecesarios en la España democrática del Siglo XXI: el sorprendente mantenimiento de la institución del aforamiento”, en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm 38, 2016, p. 241; expresa que el aforamiento procesal es consecuencia de la inmunidad constitucional, ya que es predicable de todas las personas inmunes.

competencia objetiva, funcional y territorial, lo que supone un debate, en el que más adelante se profundizará, sobre si ello vulnera la aplicación del principio de igualdad procesal o el derecho a un juez ordinario predeterminado por ley.

B) Diferentes clasificaciones según el delito cometido y la exigencia de responsabilidad.

Como se podrá comprobar en el momento de realizar el estudio de la regulación de los aforamientos, la aplicación de esta garantía se centra en las causas penales que se sigan contra los diferentes cargos políticos, jurisdiccionales o constitucionales³¹. Sin embargo, es necesario hacer referencia a la distinción relativa a si los aforamientos alcanzan a todos los delitos que puedan cometer los determinados cargos o sólo a los cometidos en el ejercicio de sus funciones.

Por consiguiente, se lleva a cabo la distinción entre el *aforamiento absoluto* (también denominado por la doctrina como “propio”, “absoluto” o “verdaderos”) y el *aforamiento impropio*³². El primero de ellos es aplicado a la gran parte de aforados de nuestro ordenamiento y se constituye como la regla general, es decir, se configura la competencia del determinado tribunal, que por ley y el cargo corresponda (Tribunal Supremo o Tribunal Superior de Justicia), con independencia de si el delito se ha cometido o no en el ejercicio del cargo. Mientras, el aforamiento impropio es aplicado a jueces, magistrados y fiscales cuya actuación se demarque en el ámbito provincial y municipal, configurándose el aforamiento, al Tribunal Superior de Justicia que corresponda, únicamente por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. La justificación de la aplicación de un fuero absoluto se encuentra en la idea de garantía de justicia, es decir, debido a la importancia política que ostentan determinados cargos se intenta evitar que el enjuiciamiento criminal de éstos pueda dar lugar a presiones que influyan en la independencia judicial³³.

³¹ VALIÑO CES, A. *op. cit.*, p. 387; el legislador a través de la ley ha extendido los aforamientos a las causas civiles

³² VALIÑO CES, A. *op. cit.*, p. 395.

³³ *Ibidem*.

Asimismo, determinados autores también llevan a cabo la clasificación del aforamiento según la exigencia de responsabilidad, distinguiendo entre *aforamiento de responsabilidad penal cualificada* y *aforamiento de responsabilidad penal ordinaria*³⁴; dependiendo de los requisitos de procedimiento exigibles. El primero de ellos se produce cuando el delito cometido, por el Presidente del Gobierno o cualquiera de sus miembros, es de traición o cualquier otro que atente contra la seguridad del Estado cuya acusación sólo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso, y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo³⁵. En cuanto al aforamiento del que se obtiene una responsabilidad penal ordinaria se constituye cuando el delito cometido, por los mencionados cargos políticos, es cualquier otro, independientemente de si los ha cometido el cargo en el ejercicio de sus funciones o como ciudadano particular, y para lo que no se requiere ningún otro tipo de requisito procedimental que el propio aforamiento a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

En cuanto al ámbito temporal de los aforamientos, es decir, hasta qué momento puede acogerse un determinado cargo al aforamiento del correspondiente órgano jurisdiccional, se desarrolla como una problemática de la que más adelante se entrará a analizar debido a que es una cuestión que se encuentra vinculada a la duración del mandato, lo que se constituye como un tema controvertido al definir los límites de la duración de las funciones del cargo.

En definitiva, la finalidad del aforamiento se encuentra en garantizar el correcto funcionamiento de los diferentes órganos a los que pertenecen los miembros a los que les es de aplicación esta garantía. Sin embargo, tanto el fundamento como el mantenimiento de los aforamientos no se encuentra tan claro debido a que se puede creer que en vez de constituirse como una garantía, se constituye como un privilegio para quienes se les aplica. Por consiguiente, ya que las opiniones son diversas entorno a este debate, más adelante se procede a analizar esta cuestión con mayor profundidad.

³⁴ GÓMEZ ASPE, S., “La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno y la exigencia del suplicatorio”, *Revista de Estudio Políticos (Nueva Época)*, núm. 105, Julio-Septiembre 1999, pp. 337.

³⁵ Art. 102.2 de la CE.

2. Fundamento de la existencia de los aforamientos.

Hasta ahora, a pesar del estudio de la evolución histórica de los diferentes aforamientos y de su concepto, no se ha procedido a analizar cuáles son las verdaderas razones por las que el legislador español actualmente justifica la existencia de la excepción procesal que es este fuero especial.

La doctrina y la jurisprudencia han sido las encargadas de especificar cuales podrían ser exactamente dichas razones de justificación, un hecho que, tal y como se podrá comprobar más adelante, les ha llevado al debate sobre el mantenimiento, o no, de dichas razones; encontrándose, sobre todo la doctrina, dividida ante esta controversia.

2.1. Garantizar una mayor celeridad en los procesos judiciales.

El primero de los fundamentos, que para la doctrina llevaría a la justificación de los aforamientos, atiende al hecho de obtener de una mayor celeridad en los procesos judiciales que contra los cargos aforados se sigan, ello con el fin de conseguir una mejor protección de los órganos a los que dichos cargos pertenecen.

Y es que, personalidades como diputados o senadores (entre otros muchos) por razón de las funciones que desempeñan, éstos son susceptibles, en mayor medida, de recibir denuncias falsas interpuestas con el único fin de ralentizar el sistema judicial y con ello desproteger las diferentes instituciones³⁶, por lo que ante este hecho se instaura el aforamiento como la posibilidad de que conozcan sobre estas circunstancias órganos con más experiencia y cualificación; todo ello para evitar que la interposición de denuncias falsas frenen o disminuyan el ritmo de los procesos judiciales.

³⁶ DIEZ PICAZO, L.M, “La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno” Cuadernos y Debates, Serie Minor, CEC, Madrid, pagina 21.

Sin embargo, ante este primer motivo la doctrina³⁷ se ha pronunciado aclarando que no parece razonable afirmar que por el hecho de someter las causas penales de determinados cargos a órganos judiciales superiores se podría lograr agilizar los procesos judiciales, y con ello obtener una mayor protección de las instituciones, debido a dos motivos.

En primer lugar, que éste hecho no impide que siga existiendo la posibilidad de interponer denuncias falsas³⁸, siendo otros mecanismos diferentes al aforamiento los encargados de evitar esta utilización de la justicia³⁹.

Y, en segundo lugar, con respecto a la justificación basada en la mayor cualificación y experiencia jurídica y técnica de los órganos judiciales a los que se les atribuye el conocimiento de las causas penales de los aforados, considera la doctrina que dicho motivo no se sustenta debido a que estos órganos (especialmente el Tribunal Supremo) están pensados, básicamente, para resolver recursos y unificar doctrina, no para instruir y enjuiciar causas penales⁴⁰.

2.2. Asegurar la imparcialidad e independencia de las resoluciones judiciales.

La segunda de las razones, que según la doctrina y la jurisprudencia podrían justificar el establecimiento de los aforamientos para ciertos cargos, se basa en el hecho de garantizar la independencia e imparcialidad de las decisiones judiciales que deben llevar a cabo los correspondientes órganos, ante la relevancia de los casos como consecuencia del cargo al que se enjuicia.

³⁷ MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L., “El aforamiento de los cargos públicos. Derecho Español y Derecho Comparado”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 35, 2015, página 472.

³⁸ LOPEZ AGUILAR, J.F., en la encuesta publicada en la revista *Teoría y Realidad Constitucional*, 2000, página 39.

³⁹ GARCÍA MAHAMUT, R., La responsabilidad penal de los miembros del gobierno en la..., op. cit., páginas 157-158

⁴⁰ MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L., op., cit. p. 472.

Así, esta idea parte de la presunción de que los miembros que componen los órganos judiciales encargados del conocimiento de las causas de los aforados son capaces de soportar, en mejor medida, las presiones de las causas penales que contra ellos se sigan; injerencias o presiones derivadas de la importancia de los casos por razón de la relevancia de las instituciones sobre las que recaen las acusaciones. Por lo tanto, presumiendo la existencia de una mejor capacidad de aguante de presiones sociales o políticas, se obtiene que podrían llegar a dictar resoluciones de más independientes e imparciales.

Conforme con esta idea, se pronuncia el Tribunal Constitucional⁴¹ al establecer que mediante la instauración de los aforamientos se garantiza la independencia y el sosiego, tanto del órgano al que pertenece el miembro aforado como el órgano jurisdiccional encargado de dictar la resolución, llegando a obtenerse un mejor equilibrio entre los diferentes Poderes y una resistencia más eficaz frente a la trascendencia de la resolución judicial.

En este mismo sentido jurisprudencial, se manifiesta una pequeña parte de la doctrina⁴² al opinar que parece evidente esta justificación de la excepción procesal que constituyen los aforamientos, ya no solo por la alta posición institucional de los correspondientes cargos sino porque con ellos se garantiza por un lado, una máxima solvencia en el enjuiciamiento y por otro lado, la serenidad suficiente para poder decidir por medio de la imparcialidad; evitando presiones que transformen las Salas de Justicia en mera propaganda⁴³.

En sentido contrario, se pronuncia el resto de la doctrina al considerar que no es clara esta razón que justifica la instauración de los aforamientos. Esta posición doctrinal se basa por un lado, en el hecho de que resulta complicado poder defender la anterior postura en un Estado Constitucional y de Derecho en el que impera la imparcialidad e independencia del Poder Judicial a través de la inamovilidad de sus miembros y la incuestionable capacidad

⁴¹ STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 6º.

⁴² FERNANDEZ-MIRANDA y CAMPOAMOR “Artículo 71. Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias” en *Comentarios a las Leyes Políticas*, O.Alzaga dir., vol VI, Madrid, 1989, pagina 375

⁴³ P. Fernandez-Viagas Bartolomé, “El juez natural de los parlamentarios” Madrid, 2000, paginas 106 y 107.

técnica y jurídica que les define⁴⁴. Y por otro lado, en las vinculaciones políticas que se predicán de los miembros de los órganos encargados del enjuiciamiento de la mayoría de los aforados, especialmente del Tribunal Supremo, por razón del sistema de provisión singularmente discrecional de las vacantes en su seno⁴⁵.

Todo lo anterior, hace cuestionar la imparcialidad e independencia, de los órganos jurisdiccionales superiores, defendidas por algunos autores y por el Tribunal Constitucional; reglas que para éstos justifican el aforamiento de los correspondientes cargos políticos.

3. Regulación actual y alcance de los diferentes aforamientos.

Analizadas las diferentes razones que para la doctrina justifican el establecimiento de los aforamientos, se examina a continuación cuál es su regulación actual en nuestro ordenamiento jurídico y a qué cargos alcanza dicha especialidad procesal. En otras palabras, se hará referencia a las diferentes normas jurídicas que llevan a cabo tal regulación, pasando por la Constitución Española actualmente vigente, las diferentes leyes que introducen o desarrollan los aforamientos hasta los correspondientes Estatutos de Autonomía reguladores de esta excepción procesal a nivel autonómico; todo ello, a la par que se concretan cuáles son las personalidades y cargos susceptibles de encontrarse aforados a un determinado órgano judicial por razón del órgano (tanto gubernativo, legislativo o judicial como fiscalizador público, intérprete normativo o defensor de derechos e intereses de la ciudadanía) al que pertenecen y de las funciones que en ellos desempeñan.

⁴⁴ SÁIZ ARNÁIZ, A., “Aforamiento y doble grado de jurisdicción”, en *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm 5, 2001, página 83.

⁴⁵ ESPIGADO GUEDES, D., *op. cit.*, p. 33; se desarrolla un círculo vicioso que hace que el Poder legislativo elija a quienes vana a formar el órgano de gobierno de jueces (CGPJ) y que éste elija a quienes irán ocupando las altas instancias del mas alto tribunal que, a la postre, será el encargado de enjuiciar a los miembros del Poder Legislativo que incurran en infracciones penales.

3.1. La Corona

A) El Rey

Tal y como históricamente se viene manifestando, el Jefe del Estado se encuentra ubicado en nuestro ordenamiento jurídico como una figura inviolable e irresponsable, tanto en lo político como en lo jurídico, así lo establece la Constitución Española en su art. 56.3⁴⁶ y 64.2⁴⁷. Y es que, existe la imposibilidad de proceder al procesamiento del monarca por cualquier hecho delictivo cometido por éste, lo que trae como consecuencia directa la omisión de su aforamiento a cualquier órgano jurisdiccional⁴⁸. Ello encuentra su justificación en el hecho de que son administrativa y penalmente responsables de los actos del Rey el Presidente del Gobierno o sus ministros, al ser estos mismos los que refrendan dichos actos⁴⁹.

B) La Familia Real

Hecho diferente es lo sucedido con el resto de miembros de la Familia Real, es decir, a parte del Rey, la Familia Real se encuentra compuesta por: su consorte, sus ascendientes de primer grado, sus descendientes y la persona heredera de la Corona⁵⁰.

No obstante, y a diferencia de lo que ocurre con el Jefe de Estado, la LOPJ sí prevé, en su art. 55 bis, el aforamiento de determinados miembros de la Casa Real, esto es, que existe la posibilidad de que la tramitación y enjuiciamiento por las acciones civiles y

⁴⁶ Art. 56.3 de la CE “*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.*”

⁴⁷ Art. 64.2 de la CE “*De los actos del Rey serán responsables las personas que los refrenden.*”

⁴⁸ RIVERA RODRÍGUEZ, P., *op. cit.*, p. 19

⁴⁹ ESPARZA LEIBAR, I., GÓMEZ COLOMER, J.L. *op. cit.*, p. 48; esto es así debido a que el Rey constitucionalmente representa a una institución, la mas alta del Estado, que cuando actúa en el ejercicio de sus deberes constitucionales no es responsable de de sus actos tanto ni a nivel político ni a nivel jurídico, y no lo es de manera absoluta, sin ninguna posibilidad de excepción. Por tanto, se establece su inviolabilidad para que el cumplimiento de los deberes constitucionales por la Corona no pueda quedar alterado por decisiones o actuaciones de los tres Poderes del Estado y a la inversa.

⁵⁰ Art. 1 del Real Decreto 2917/1981, de 27 de noviembre, sobre el Registro Civil de la Familia Real.

penales seguidas contra la Reina consorte o el consorte de la Reina, la Princesa o Príncipe de Asturias y su consorte, así como el Rey o Reina que hubiere abdicado y su consorte, sean conocidas por las Salas de lo Civil o Penal del Tribunal Supremo.

De la interpretación negativa de este precepto de la LOPJ se obtiene que no se encuentran aforados al Tribunal Supremo los descendientes del Rey que no sean principales sucesores a la Corona⁵¹ (por el tiempo en el que no se constituyan como Príncipe o Princesa heredera), ello a pesar de que, como acabamos de comentar, pertenezcan a la Familia Real.

3.2. Poder Ejecutivo

A) Gobierno central

El correspondiente aforamiento de los miembros del Gobierno central español se encuentra regulado por medio de diferentes normas jurídicas siendo la Constitución Española la norma suprema, de acuerdo al orden jerárquico normativo establecido en nuestro ordenamiento jurídico.

De este modo, primeramente su art. 98.1 establece que el Gobierno se encuentra compuesto por: el Presidente, el Vicepresidente, en su caso, y los ministros y demás miembros que establezca la Ley. Luego, es el art. 102.1 el que introduce el fuero especial de dichos cargos, es decir, es el precepto por medio del cual se dispone que la exigencia de responsabilidad criminal, tanto del Presidente como de los demás miembros del Gobierno, será competencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. De esta forma, nos encontramos con que es indiferente la conducta delictiva que se les impute a los miembros del Gobierno, deben igualmente responder ante dicha Sala del Tribunal Supremo⁵², y ello justificado, entre otras razones, en el hecho de la protección que se les ha de otorgar por el

⁵¹ Art. 57.2 CE.

⁵² RIVERA RODRÍGUEZ, P., *op. cit.*, p. 20.

desempeño de las funciones gubernamentales que desarrollan como miembros de este Poder del Estado.

Asimismo, y siguiendo el orden jerárquico normativo, cabe mencionar que los preceptos de la CE a los que hemos hecho referencia encuentran su desarrollo por medio de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, exactamente a través del art. 57.1.2º, al atribuir igualmente el conocimiento a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de la instrucción y enjuiciamiento de las causas que se sigan contra el Presidente y miembros del Gobierno.

B) Gobiernos autonómicos

A pesar de que, tal y como se ha podido comprobar, la Constitución Española no hace alusión a la aplicación de un fuero especial por razón del cargo a los miembros de los gobiernos autonómicos, la LOPJ en el art. 73.3 establece que a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia les corresponderá el conocimiento de las causas penales que les sean atribuidas por medio de los correspondientes Estatutos de Autonomía.

Por tanto, la primera nota a destacar del aforamiento a nivel autonómico es que ya no le corresponde, como regla general, al Tribunal Supremo sino a los Tribunales Superiores de Justicia. La segunda nota característica es la introducción de la normativa reguladora de las Comunidades Autónomas para el desarrollo de dichos aforamientos, teniendo como consecuencia que cada una de las Comunidades Autónomas podrá regular lo que estime (dentro de la legalidad) dando lugar a un ámbito de coexistencia de diferentes regímenes entorno a los aforamientos dependiendo de la Comunidad Autónoma en la que se desarrollen.

En este último sentido y a modo de ejemplo⁵³, el Estatuto de Autonomía de Andalucía regulado por medio de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, por medio de su art. 122.1 establece que el Consejo de Gobierno (compuesto por el Presidente, Vicepresidentes en su caso y los Consejeros) se encuentra aforado a la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia cuando los delitos cometidos por sus miembros hayan sido en el ámbito territorial de su jurisdicción, ya que fuera de este ámbito será la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo⁵⁴ la encargada del conocimiento de dichas causas penales.

En definitiva, si se procede a la búsqueda de la regulación de los aforamientos realizada por cada uno de los Estatutos de Autonomía se puede concluir que, principalmente el Tribunal Superior de Justicia será el encargado del conocimiento de las causas penales contra todos o algunos de los miembros del Gobierno autonómico siempre que se hayan cometido dentro de la circunscripción de la Comunidad, y que en lo relativo a fuera de ese ámbito será el Tribunal Supremo el órgano judicial competente. Sin embargo, a partir de dicha búsqueda en la regulación autonómica de igual forma se puede concluir que, no en todas las Comunidades se regula del mismo modo el aforamiento ya que tal y como se estudiará con mayor profundidad a lo largo de este trabajo, se desarrolla el caso especial de la Comunidad Autónoma de Canarias en la que directamente, a finales del pasado año, se ha procedido a la supresión de los aforamientos que les eran de aplicación tanto a los ejecutivos como a los parlamentarios autonómicos canarios, ello por medio de la reforma de su Estatuto de Autonomía.

⁵³ Estatuto de Autonomía de Cataluña, regulado a través de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, en su art. 70.2 establece que *"Corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña decidir sobre la inculpación, el procesamiento y el enjuiciamiento del Presidente o Presidenta de la Generalitat y de los Consejeros. Fuera del territorio de Cataluña la responsabilidad penal es exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo."*

Estatuto de Autonomía de Madrid, regulado mediante la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, en su art. 25.1 se establece que *"La responsabilidad penal del Presidente de Gobierno, Vicepresidentes y de los Consejeros será exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. No obstante, la de los Vicepresidentes y Consejeros para los delitos cometidos en el ámbito territorial de su jurisdicción será exigible ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid."*

⁵⁴ Art. 57.1.2º *"La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá: 2º así como de las causas que, en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía."*

3.3. Poder Legislativo

A) Cortes Generales

La regulación del aforamiento de los miembros de las Cortes Generales comienza, de forma evidente, con la Constitución Española.

En primer lugar, el art. 66.1 establece que las Cortes Generales se encuentran formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado, por lo que serán sus miembros los cargos objeto del fuero procesal excepcional. Ello queda concretado a través del art. 71.3, por medio de cual se dispone que es la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el órgano judicial encargado del conocimiento de las causas que se promuevan contra Diputados y Senadores.

Siguiendo con la normativa reguladora de estos aforamientos, y al igual que ocurre con los miembros del Gobierno, la LOPJ los configura en el art. 57.1.2º al reconocer la competencia de la Sala de lo Penal de Tribunal Supremo para la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Congreso y del Senado y de los miembros de ambas Cámaras⁵⁵.

De todos modos, con anterioridad a la entrada en vigor de la LOPJ en el año 1985 el aforamiento al que acabamos de hacer referencia, y que recae sobre los diputados y senadores, ya venía establecido en la Ley de 9 de febrero de 1912 declarando los Tribunales que han de entender en el conocimiento de las causas contra Senadores y Diputados⁵⁶, normativa aún vigente.

⁵⁵ En cuanto a los Diputados y Senadores, debemos tener en cuenta la existencia del Reglamento del Congreso de los Diputados de 1982 y el Reglamento del Senado de 1994, mediante los cuales se desarrolla la regulación de sus funciones, derechos y obligaciones.

⁵⁶ Art. 1 de la Ley de 9 de febrero de 1912 declarando los Tribunales que han de entender en el conocimiento de las causas contra Senadores y Diputados: *“Corresponderá a la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo el conocimiento de las causas contra Senadores y Diputados, aun cuando sólo tengan carácter de electos.”*

En definitiva, es este ámbito en el que se desarrolla una regulación más amplia de los aforamientos debido a que en él se ubican el mayor número de cargos y personalidades a los que se les aplica la excepción procesal del fuero especial.

B) Parlamentos autonómicos

El régimen de los componentes de las Asambleas Legislativas de las CCAA, al igual que se hizo referencia en el apartado referido al aforamiento de los miembros de los gobiernos autonómicos, proviene de la regulación realizada por cada una de las Comunidades a través de su Estatuto de Autonomía, ello derivado de lo dispuesto en los arts. 57.1.2º y 73.3 de la LOPJ.

Así, a modo de ejemplo⁵⁷, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana regulado a través de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, por medio del cual, en su art. 23.3, se establece que los miembros de Les Corts (órgano al que le corresponde la potestad legislativa dentro de la Comunidad Valenciana⁵⁸), con respecto a su inculpación, procesamiento, prisión y , en su caso, juicio le corresponderá conocer a la correspondiente Sala del Tribunal Superior de Justicia de Valencia para delitos cometidos en el ámbito de la Comunidad Valenciana ya que fuera de dicho ámbito le corresponde conocer a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

En definitiva, y al igual que con los miembros de los gobiernos autonómicos, se obtiene como conclusión la competencia de los correspondientes Tribunales Superiores de

⁵⁷ Siguiendo con los Estatutos de Autonomía que para los miembros de los Gobiernos autonómicos sirvieron de ejemplo, con respeto a los parlamentarios autonómicos se regula lo siguiente:

- Estatuto de Autonomía de Cataluña, regulado a través de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, en su art. 57.2 se establece que *“En las causas contra los Diputados, es competente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Fuera del territorio de Cataluña la responsabilidad penal es exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”*
- Estatuto de Autonomía de Madrid, regulado mediante la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, en su art. 11.6 se establece que *“Durante su mandato los miembros de la Asamblea no podrán ser detenidos ni retenidos por actos delictivos cometidos en el territorio de la Comunidad, sino en caso de flagrante delito, correspondiendo decidir, en todo caso, sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio al Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Fuera de dicho territorio, la responsabilidad penal será exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”*

⁵⁸ Art. 21.1 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

Justicia de las causas penales seguidas contra los parlamentarios autonómicos, pero con respecto a los delitos cometidos en el ámbito de la Comunidad Autónoma ya que fuera de dicho ámbito le corresponde al Tribunal Supremo. Asimismo, dentro de la variedad originada a partir de la regulación establecida por cada uno de los Estatutos de Autonomía, cabe hacer referencia, tal y como se ha expuesto anteriormente, al caso especial de la Comunidad Autónoma de Canarias en la que, con respecto a sus parlamentarios, se ha llevado a cabo la supresión del aforamiento que les era de aplicación; tema que se recuerda, es objeto de análisis más adelante.

3.4. Poder Judicial

A diferencia de lo que ocurre con los miembros del Poder Ejecutivo y Legislativo, la Constitución Española no contiene, de forma directa, el aforamiento de los integrantes del Poder Judicial ya que lo que lleva a cabo es una remisión, por medio del art. 122⁵⁹, a la LOPJ como normativa reguladora tanto del estatuto de los jueces y magistrados como del régimen del Consejo General del Poder Judicial, como órgano de gobierno del mismo. Así, y a través de lo dispuesto en la LOPJ, procedemos al estudio del alcance del aforamiento de los jueces y magistrados y de los miembros del Consejo General del Poder Judicial.

A) Órganos jurisdiccionales: jueces y magistrados

Respecto al fuero procesal especial que procede aplicar a los jueces y magistrados que integran los diferentes órganos jurisdiccionales, cabe realizar una clasificación de acuerdo al órgano judicial al que, a su vez, se encuentran aforados. Dicha clasificación atiende a: la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, la Sala Especial del Tribunal Supremo y la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las respectivas Comunidades Autónomas.

⁵⁹ Art. 122 de la CE “1. La ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia.

2. El Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo. La ley orgánica establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario”

Por un lado, el art. 57.1.2º de la LOPJ establece que le corresponde a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocer de la instrucción y enjuiciamiento de las causas seguidas contra: el Presidente del Tribunal Supremo y sus Magistrados; el Presidente de la Audiencia Nacional, de cualquiera de sus Salas y sus Magistrados; y los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia y sus Magistrados.

Por otro lado, el art. 61.1.4º de la LOPJ atribuye la competencia a la Sala Especial del Tribunal Supremo⁶⁰ del conocimiento de la instrucción y enjuiciamiento de las causas que se sigan contra los Presidentes de Sala o los Magistrados de una Sala cuando sean juzgados todos o la mayor parte de los que la constituyen.

Por último, el art. 73.3.b) de la LOPJ dispone que será la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia el órgano judicial encargado del conocimiento de la instrucción y fallo de las causas penales que se sigan contra el resto de jueces y magistrados por los delitos cometidos en el ejercicio de su cargo en el territorio de la Comunidad Autónoma (siempre que ésta atribución no corresponda al TS). No obstante, cabe resaltar el matiz que incorpora este artículo al agregar “por delitos cometidos en el ejercicio de su cargo”, lo que a *sensu contrario* se interpreta que la comisión, por estos jueces o magistrados, de cualquier otro delito que nada tenga que ver con el ejercicio de la potestad jurisdiccional quedaría fuera de la competencia de la Sala de lo Penal del TSJ para el conocimiento de su instrucción y fallo.

B) Órgano gubernamental: El Consejo General del Poder Judicial

Tal y como se ha expuesto con anterioridad, el art. 122.2 de la CE establece que el Consejo General del Poder Judicial se constituye como el órgano de Gobierno del Poder Judicial cuyo funcionamiento y régimen se encuentra regulado por medio de la LOPJ.

⁶⁰ De acuerdo al art. 61.1 de la LOPJ, la Sala Especial del Tribunal Supremo se encuentra formada por: el Presidente del Tribunal Supremo, los Presidentes de Sala y el Magistrado más antiguo y el más moderno de cada una de ellas.

Luego, con respecto al aforamiento de los miembros de este órgano gubernamental el art. 57.1.2º de la LOPJ establece que será la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el órgano judicial encargado del conocimiento de la instrucción y enjuiciamiento de las causas que se sigan tanto contra el Presidente del CGPJ como de sus Vocales, entre los que se encuentran jueces, magistrados, abogados y juristas⁶¹

3.5. Otros órganos

Fuera del ámbito de los cargos y personalidades que componen la Corona y los tres Poderes del Estado, nuestro ordenamiento jurídico regula una serie de aforamientos que afectan a otros órganos cuyas funciones son de gran importancia y relevancia tanto en el ámbito de la interpretación de la ley como en el ámbito de la fiscalización de los poderes públicos y de la defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos. Dichos aforamientos se insertan en nuestro ordenamiento jurídico gracias a la regulación ejecutada por la LOPJ y las propias normas reguladoras de cada uno de los órganos correspondientes, ya que en la propia CE no se recoge la aplicación del fuero especial para los miembros de estos órganos.

A) El Tribunal Constitucional.

En primer lugar, nos encontramos con el Tribunal Constitucional que tal y como establece el art. 1 de la Ley Orgánica encargada de la regulación de este órgano, el Tribunal Constitucional es un órgano independiente de los demás órganos constitucionales y simplemente se cuenta sometido a la CE y a la Ley Orgánica que lo regula.

Por tanto, entrando en lo respectivo al tema que nos atañe, la CE regula el aforamiento de los miembros del TC en su art. 57.1.2º al disponer que tanto su Presidente como sus Magistrados se encuentran aforados a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo con respecto a las causas penales que contra ellos se sigan. Asimismo, este precepto se

⁶¹ Art. 122. 3 de la CE.

encuentra igualmente reflejado en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, exactamente en el art. 26⁶².

B) El Ministerio Fiscal.

En segundo lugar, cabe hacer referencia de los respectivos aforamientos del Ministerio Fiscal como órgano encargado de promover la acción de la justicia penal en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley⁶³, y cuyo régimen se encuentra regulado por medio de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Así, se debe realizar una diferenciación de los órganos jurisdiccionales a los que se encuentran aforados el MF ya que éste se encuentra compuesto, a su vez, por una serie de órganos dependientes jerárquicamente⁶⁴ los cuales se encontrarán aforados o a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo o a la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente.

No obstante, y debido a que el art. 60 del EOMF establece que para la exigencia de responsabilidad penal de los miembros del Ministerio Fiscal se estará a lo dispuesto en la LOPJ, por un lado, el art. 57.1.2º de ésta dispone que es competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para conocer de la instrucción y enjuiciamiento de las causas que se sigan contra el Fiscal General del Estado y los Fiscales del Tribunal Supremo, cualquiera que sea el delito que se les impute. Por otro lado, el art. 73.3.b) de la LOPJ expone que será competente la Sala de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas para el conocimiento de la instrucción y fallo de las causas penales contra el

⁶² Art. 26 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional: *“La responsabilidad criminal de los Magistrados del Tribunal Constitucional sólo será exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.”*

⁶³ Art. 124.1 de la CE

⁶⁴ Art. 124.2 de la CE y art. 12 del EOMF.

resto de miembros del MF pero con respecto a los delitos cometidos en el ejercicio de su cargo en la Comunidad Autónoma correspondiente⁶⁵.

C) El Tribunal de Cuentas.

En tercer lugar, se encuentra el Tribunal de Cuentas como el supremo órgano fiscalizador de la cuentas y de la gestión económica tanto del Estado como del sector público, cuyo régimen y funcionamiento se haya regulado por medio de su propia ley, la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

No obstante, tanto la LOPJ en su art. 57.1.2º como la LOTCu en su art. 35.1 establecen que le corresponde a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el conocimiento de las causas penales que se sigan contra el Presidente del Tribunal de Cuentas y sus Consejeros.

D) El Defensor del Pueblo.

En cuarto y último lugar, se ubica el Alto Comisionado de las Cortes Generales encargado de la defensa de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos mediante la supervisión de la actividad de las administraciones públicas, es decir, el Defensor del Pueblo cuyo régimen se encuentra regulado por medio de la Ley Orgánica 3/1981, de 8 de abril del Defensor del Pueblo.

Por tanto, respecto a la aplicación del fuero especial, la LOPJ en el art. 57.1.2º y la LODP en el art. 6 establecen que la decisión sobre la inculpación, procesamiento, prisión y juicio del elegido como Defensor del Pueblo le corresponde a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

⁶⁵ RIVERA RODRÍGUEZ, P., *op. cit.*, p. 31; Entre los delitos que atribuyen la competencia a los TTSSJ se encuentran: la presentación dolosa de testigos falsos o peritos o interpretes mendaces por parte de representante del MF en ejercicio de su función (art. 461 CP); incomparecencia injustificada y voluntaria en un proceso penal (art. 463.1 CP); o el delito de incumplimiento del deber de persecución de delitos (art. 408 CP)

3.6. Miembros de la Organización Militar.

De acuerdo al Título II de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, la organización militar de España se encuentra compuesta por: el Ministerio de Defensa, que lleva a cabo la política de defensa; la Organización de las Fuerzas Armadas, cuyos componentes son el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire; y la Jurisdicción militar, integrada en el Poder Judicial del Estado.

De este modo, los más altos cargos o personalidades de esta organización también se encuentran aforados a un determinado órgano jurisdiccional por razón de la pertenencia a dicha organización militar. Así lo establece el art. 23.2 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar al recoger que, será la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo la encargada de la instrucción y enjuiciamiento en única instancia de los procesos por delitos, competencia de la jurisdicción militar, contra: los Capitanes Generales, Generales de Ejército, Almirantes Generales y Generales del Aire, Tenientes Generales y Almirantes cualquiera que sea su situación militar, miembros del Tribunal Militar Central, Fiscal Togado, Fiscales de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y Fiscal del Tribunal Militar Central.

3.7. Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

En último lugar sobre la regulación y el alcance de los aforamientos, se desarrolla el fuero especial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, específicamente, de los miembros de la Policía Nacional, Guardia Civil, Policía Autonomía y Policía Local de acuerdo a la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

No obstante, cabe hacer referencia al hecho de que el aforamiento de este conjunto de autoridades ha sido cambiante a lo largo del tiempo a causa de la reforma de la ley que las regula y la aclaración, con respecto a su aforamiento, realizada por parte de la jurisprudencia. Y es que, originalmente el art. 8.1. II de la LOFCS venía estableciendo que tanto la instrucción como el enjuiciamiento le correspondía a la Audiencia Provincial

correspondiente, ello en base a la adjudicación de una mayor protección de quienes llevan a cabo funciones de prevención y persecución de delitos y pueden, legítimamente, ejercer la fuerza para ello por lo que están expuestas a recibir denuncias infundadas en su contra dificultando las tareas del Cuerpo.

Sin embargo, es la STC 55/1990, de 28 de marzo, la resolución por medio de la cual se establece la inconstitucionalidad de dicho precepto en lo relativo a la atribución de la competencia para instruir a la Audiencia Provincial, dando lugar a que, actualmente, éste Tribunal queda limitado al enjuiciamiento (que no a la instrucción) de las causas que se sigan contra las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad⁶⁶, debiéndose matizar el hecho de que únicamente lo será para todos aquellos delitos que no sean calificados como leves ya que éstos últimos son competencia, tanto su instrucción como enjuiciamiento, de los Juzgados de Instrucción de acuerdo a las normas establecidas en la LECrim⁶⁷.

En definitiva, a pesar del proceso cambiante del aforamiento de los Cuerpos de Policías y de la Guardia Civil, éstos se encuentra aforados a la Sección Penal de la Audiencia Provincial⁶⁸ correspondiente por los delitos, que no sean considerados como leves, cometidos en el ejercicio de sus funciones y que contra ellos se promuevan.

⁶⁶ ESPARZA LEIBAR, I., GÓMEZ COLOMER, J.L. *op. cit.*, p. 190; por aplicación de la doctrina contenida en la STC 145/1988, de 12 de julio, no es posible que el mismo órgano que ha instruido la causa, dicte después la sentencia, porque dentro del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE se incluye el derecho a un juez imparcial, lo que excluye, también como exigencia del principio acusatorio, la posibilidad de acumulación en un mismo órgano judicial de funciones instructoras y decisoras.

⁶⁷ De acuerdo a la actual redacción del art. 8.1. de la LOFCS:

“La jurisdicción ordinaria será la competente para conocer de los delitos que se cometan contra miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como de los cometidos por éstos en el ejercicio de sus funciones.

Cuando el hecho fuese constitutivo de falta, los jueces de instrucción serán competentes para la instrucción y el fallo, de conformidad con las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

⁶⁸ El aforamiento es a la Audiencia Provincial debido a que, con respecto al determinado delito del que se le pueda acusar, podría corresponderle el conocimiento a los Juzgados de lo Penal conforme a las reglas de la competencia objetiva, funcional y territorial de la LECrim.

4. Derecho comparado: la situación actual de los aforamientos en diferentes países.

Tras el estudio de la regulación existente en nuestro ordenamiento jurídico entorno a los aforamientos se puede llegar a la conclusión de que son numerosos los cargos y personalidades a los que les es de aplicación esta excepción procesal en España; desde la Familia Real, pasando por los integrantes de los tres Poderes del Estado, hasta los jueces y magistrados que actúan en ámbito provincial o municipal.

No obstante, cabe preguntarse si la implantación del aforamiento y, sobre todo, el elevado número de aforados es habitual en otros ordenamientos jurídicos y procesales o sin embargo es un hecho excepcional que acontece exclusivamente en nuestro país. Por consiguiente, para obtener respuesta a dicha cuestión a continuación se procede a analizar la situación y regulación actual de los aforamientos tanto en países con ordenamientos jurídicos próximos o semejantes al español (Francia, Portugal e Italia) como en países que distan bastante de nuestro sistema jurídico (Alemania y Estados Unidos).

4.1. Francia.

Tal y como se ha podido comprobar al comienzo de este trabajo, el modelo francés ha servido de inspiración para la introducción e implantación de prerrogativas como la inmunidad (como la conocemos hoy en día) y la inviolabilidad, acontecimiento que produjo el establecimiento de los denominados fueros especiales en determinados ordenamientos procesales. Sin embargo, y a pesar de este hecho, el alcance de los aforamientos de los cargos franceses dista bastante del alcance de los aforamiento de los cargos españoles.

La Constitución Francesa de 1958 solamente prevé el aforamiento del Presidente de la República, el Primer Ministro y el resto de miembros del Gobierno. Nada más se recoge en el resto del ordenamiento jurídico francés sobre los aforamientos, de lo que se obtiene que, a diferencia de lo que sucede en España, en Francia no se encuentran aforados ni los

miembros del Parlamento, ni jueces y magistrados, ni miembros de otros órganos constitucionales.

Por consiguiente, y con respecto al único aforamiento previsto para los miembros del Gobierno, por un lado, el aforamiento del Presidente de la República se concreta (pese a la absoluta irresponsabilidad en materia penal) en la posibilidad de ser enjuiciado por el Parlamento constituido por el Alto Tribunal de Justicia⁶⁹ (art. 67 y 68 de la Constitución Francesa), pero solamente por el incumplimiento de sus deberes constitucionales, es decir, para el enjuiciamiento del Jefe de Estado de la República de Francia se llevará a cabo un proceso político por cuestiones puramente políticas ante un tribunal especial de carácter político⁷⁰. Por otro lado, el aforamiento del Primer Ministro y del resto de miembros del Gobierno francés consiste en su enjuiciamiento por el Tribunal de Justicia de la República⁷¹ pero por los delitos cometidos en el cargo, por lo que, ante la comisión de delitos que no estuviesen relacionados con el ejercicio de sus funciones serán juzgados ante un juez ordinario.

En definitiva, a pesar de que a partir del modelo francés se hayan instaurando en España los aforamientos la diferencia en su regulación y alcance es evidente. Por un lado, debido a que en la normativa francesa se especifica que el aforamiento de los miembros del Gobierno se lleva a cabo para delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, a diferencia de la previsión realizada por la normativa española al establecer un aforamiento absoluto de los miembros del Gobierno. Y por otro lado, conforme al número de aforados franceses que no alcanza los 30 en comparación con los miles de aforados españoles que regula nuestro ordenamiento jurídico y procesal.

⁶⁹ RIVERA RODRÍGUEZ, P., *op. cit.*, p. 17.

⁷⁰ RIVERA RODRÍGUEZ, P., *op. cit.*, p. 17.

⁷¹ RIVERA RODRÍGUEZ, P., *op. cit.*, p. 17; El Tribunal de Justicia de la República es un tribunal de escabinos cuya naturaleza y composición es doble: política y jurisdiccional.

4.2. Italia.

A pesar de la gran similitud entre el sistema jurídico y procesal italiano y el español, cabe apreciar la diferencia existente en la regulación dedicada a los aforamientos que en el modelo italiano se constituye aún mas restrictiva que la regulación francesa.

Así, la Constitución Italiana de 1947 establece un único aforamiento, el que le corresponde al Presidente de la República, pero únicamente por los delitos relativos a la alta traición o a la violación de la Constitución debido a que, el art. 90 de dicha norma recoge que para el resto de delitos al Jefe del Estado se le considera irresponsable por los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones⁷².

Por consiguiente, no se regula ningún tipo de fuero especial tanto para los parlamentarios como para el resto de miembros del Gobierno italiano⁷³ llegando incluso a especificar, la mencionada Constitución, que los miembros del Consejo de Ministros, aún tras el cese de su cargo, son responsables ante la jurisdicción ordinaria por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones (previa autorización de la Cámara de los Diputados o del Senado de la República) y por los delitos que nada tengan que ver con su cargo⁷⁴.

4.3. Portugal

Breve referencia cabe realizar sobre la regulación de los aforamientos en Portugal debido a que es bastante similar a la normativa italiana. El ordenamiento jurídico y procesal portugués, exactamente la Constitución Portuguesa de 1976 en su art. 133.1,

⁷² Conforme a los arts. 134 y 135 de la Constitución Italiana de 1947, en caso de la comisión de un delito de alta traición al Estado o de violación a la Constitución por parte del Presidente de la República, el órgano jurisdiccional encargado de su enjuiciamiento es el Tribunal Constitucional.

⁷³ Esta regulación se ha podido observar de forma clara a la hora de enjuiciar al expresidente del Consejo de Ministros de Italia (2008-2011) Silvio Berlusconi ("*Il Cavaliere*"), quien siempre ha sido juzgado penalmente por tribunales ordinarios italianos.

⁷⁴ RIVERA RODRÍGUEZ, P., *op. cit.*, p. 16.

recoge el exclusivo aforamiento del Presidente de la República al Tribunal Supremo de Justicia por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones⁷⁵.

No obstante, a diferencia de lo que actualmente sucede en España, en Portugal no se instaaura aforamiento para ningún alto cargo, político o personalidad que no sea el Presidente de la República.

4.4. Alemania.

Vistos una serie de países en los que el ordenamiento jurídico es notablemente parecido al español, a continuación se analiza cómo se encuentra la regulación de los aforamientos en sistemas jurídicos opuestos al establecido en España, como es el caso de Alemania.

El sistema jurídica alemán no establece los aforamientos como los conocemos en España o en los países anteriormente estudiados, es decir, no se inserta una especialidad en el proceso penal consistente en la alteración de las normas de competencia con el fin de atribuir una determinada causa a un específico órgano judicial de orden superior, sino lo que el legislador alemán desarrolla es un proceso político-constitucional⁷⁶ (y no criminal) por medio del cual directamente se destituye al correspondiente cargo por la realización de una serie de causas concretas; causas penales enjuiciadas previamente por tribunales ordinarios.

Y es que, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949⁷⁷ establece el “aforamiento” exclusivo del Presidente Federal (Presidente de la República) y de los jueces federales por la comisión de actos que atenten contra los principios de la Ley

⁷⁵ Especifica el art. 133.2 de la Constitución Portuguesa “*Corresponde al Consejo de la Revolución la iniciativa el procedimiento que, sin embargo, solo se incoara de obtenerse resolución favorable de la Asamblea de la Republica, aprobada por mayoría de dos tercios de los diputados en activo (em efectividade de funcoes)*”

⁷⁶ RIVERA RODRÍGUEZ, P., *op. cit.*, p. 18.

⁷⁷ Art. 61.2 y art. 98.2

Fundamental⁷⁸ consistente en que la Corte Constitucional Federal, comprobada la realización del correspondiente acto por medio de la sentencia del tribunal ordinario, podrá separarlos del cargo⁷⁹ llevándose a cabo un proceso en el que no se altera las normas de la competencia sino que el mencionado Tribunal actúa dentro de la competencia legal y ordinaria que la ley alemana le atribuye⁸⁰.

Por consiguiente, y a pesar de que no se trata de un aforamiento, el ordenamiento jurídico alemán no lo establece para ningún otro miembro distinto de los anteriormente mencionados, siendo muy reducido el número de cargos a los que se les aplica en comparación con España.

4.5. Estados Unidos

Al igual que en Alemania, el ordenamiento jurídico de Estados Unidos se constituye como un sistema normativo que es poco semejante a otros como el español. No sólo en este dato encuentran su parecido el modelo alemán y el estadounidense, éste último tampoco establece una regulación de los aforamientos entendidos como la excepción procesal que se viene estudiando en el presente trabajo.

Desde el presidente hasta el último juez, incluyendo políticos y demás cargos, son enjuiciados a través de órganos judiciales ordinarios, debido a que la responsabilidad por ciertos actos es exigida a través del *impeachment*⁸¹, es decir, por medio de un proceso político-constitucional (al igual que en Alemania) consistente en la destitución del correspondiente cargo político una vez constatados los hechos de los que se le acusa.

⁷⁸ Se especifica para los jueces federales, que podrá ser por actos tanto fuera como dentro del ejercicio del cargo

⁷⁹ La promoción de esta acción corresponde a la Dieta Federal o al Consejo Federal, bastando con que se promueva por una cuarta parte de los miembros de ambas Cámaras.

⁸⁰ No existiendo persona aforada (entendida como tal en el ordenamiento jurídico español), el expresidente alemán Christian Wulff (2010- 2012) fue juzgado por un tribunal ordinario por un delito de cohecho, sentencia condenatoria que dio lugar a la dimisión de dicho político.

⁸¹ RIVERA RODRÍGUEZ, P., *op. cit.*, p. 18.

Así, la Constitución de los Estados Unidos de 1787 establece que tanto el presidente, vicepresidente, jueces federales y ciertos altos cargos políticos, en caso de cometer delitos como traición, cohecho u otros de especial gravedad, podrán ser acusados por el Parlamento y “enjuiciados” por el Senado, presidido por el Presidente del Tribunal Supremo, por mayoría de dos tercios cuya “sentencia” exclusivamente determinará la destitución del político en cuestión⁸²; todo ello, sin perjuicio de que posteriormente por su conducta sea acusado y juzgado conforme a Derecho.

En conclusión, poder llevar a cabo el análisis de la situación actual de los aforamientos en diferentes países, con o sin ordenamiento jurídico similar al español, permite comprobar como España se encuentra a la cabeza de los países con mayor número de personalidades, cargos, políticos y demás autoridades aforadas a un órgano jurisdiccional de orden jerárquico superior. Y es que, no solo se aprecia el hecho de que países como Italia, Portugal o Francia cuentan con un muy bajo número de aforados (entre 1 y 30) sino que existen países en los que directamente no hay altos cargos o políticos aforados, éstos son enjuiciados, ya sea antes (como en el caso de Alemania) o después (como sucede en Estados Unidos), por órganos judiciales ordinarios sea cual sea el delito y el cargo que ostenten.

Todo lo anterior tiene como consecuencia directa el planteamiento de la justificación, manteniendo o reforma de los aforamientos en nuestro sistema jurídico, cuestión preceptiva que es analizada y argumentada, más adelante, en el presente trabajo.

IV. CUESTIONES CONTROVERTIDAS.

En el presente epígrafe se procede a analizar una serie de cuestiones o problemáticas que han ido surgiendo a partir de la aplicación de los aforamientos en diversas situaciones. Ello ha llevado, a la doctrina y a la jurisprudencia, a profundizar sobre cada una de las cuestiones con el fin de obtener un mejor conocimiento de esta excepción procesal y con la

⁸² *Ibidem*.

consecuencia de proceder al planteamiento sobre las posibles vulneraciones que su aplicación conlleva como y sobre su mantenimiento, justificación y posibles reformas.

1. Alcance temporal de la condición de aforado.

La primera de las cuestiones objeto de estudio hace referencia al alcance temporal o duración de la condición de aforado.

Se trata de un tema que podría tener cabida en el anterior epígrafe dedicado o enfocado, de forma más precisa, a la regulación del fuero especial. Sin embargo, aunque a simple vista pueda parecer clara la respuesta a esta cuestión, lo cierto es que no son claros los límites de la duración de los efectos de esta prerrogativa, lo que ha dado lugar a una doctrina y jurisprudencia cambiante según el momento y las circunstancias.

1.1. Obtención de la condición de aforado.

Con respecto a la delimitación del momento en el que el correspondiente cargo político obtiene la cualidad de aforado, no genera gran problema en comparación con la concreción del momento de la pérdida de dicha condición.

Así, la jurisprudencia⁸³ del Tribunal Supremo se ha encargado de matizar el momento de comienzo de despliegue de los efectos de los aforamientos con respecto a la obtención de la condición de Diputado, debido a que es el Reglamento del Congreso de los Diputados la norma que esclarece esta cuestión. Por consiguiente, el art. 20.2 de dicha norma establece lo siguiente: *“Los derechos y prerrogativas serán efectivos desde el momento mismo en que el Diputado sea proclamado electo. Sin embargo, celebradas tres sesiones plenarias sin que el Diputado adquiera la condición de tal, conforme al apartado precedente, no tendrá derechos ni prerrogativas hasta que dicha adquisición se produzca”*.

⁸³ Auto del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1989, causa especial (caso Alcalde Linares), recurso 1710/1989.

Es por esto que, a partir del momento en el que el correspondiente cargo sea proclamado electo comienza a ser considerado como aforado al determinado órgano judicial que por ley se establece⁸⁴.

1.2. Pérdida de la condición de aforado.

Más compleja se presenta la cuestión relativa a la delimitación del momento en el que un aforado deja de serlo, complejidad que da lugar a jurisprudencia cambiante con respecto a la especificación de dicho límite.

En un primer momento, el Tribunal Constitucional⁸⁵ se pronuncia sobre esta cuestión a partir de un caso en el que un diputado pierde tal condición durante la tramitación de un proceso penal, lo que le lleva a aclarar que conforme a una interpretación restrictiva que se debe de realizar con respecto a las prerrogativas, el Tribunal Supremo debía declinar el asunto al órgano que por las reglas de la competencia objetiva, funcional y territorial correspondía, ya que el Tribunal Supremo será competente sólo cuando se mantenga, por parte del cargo, la función que da lugar al aforamiento y en el caso sobre el que versa la sentencia ya había perdido la condición de diputado⁸⁶.

Sin embargo, cierta doctrina y parte de la jurisprudencia⁸⁷ considera que es ampliable el límite de la duración de la prerrogativa al comenzar a admitir que, a pesar de haber perdido la condición de parlamentario, el correspondiente cargo político seguirá aforado al

⁸⁴ El auto del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1993, recurso 440/1991 (caso Castillo del Pino), fundamento jurídico SEGUNDO, especifica que *“El aforamiento alcanza a los Diputados y Senadores, aun cuando sólo tengan el carácter de electos, porque el Pueblo ya les ha designado como sus representantes más directos.”*

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1997, de 11 de febrero (recurso de amparo, caso Diputado Calero), F.J 8º.

⁸⁶ En este sentido se pronuncia también el Auto del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1998, causa especial (caso Barrionuevo y otros) recurso 2990/1994, fundamento UNICO: *El ámbito temporal de esta especialidad competencial se extiende durante todo el tiempo de duración del cargo y cesa en el momento en que, por las razones que sean, se pierde la condición de parlamentario, en cuyo caso, las actuaciones pasan de nuevo a ser competencia de la jurisdicción de los Tribunales a los que corresponde la competencia objetiva para conocer de los hechos delictivos inculcados.*

⁸⁷ Auto del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1993, causa especial (caso Joseba Azkarraga), recurso 1710/1991. FF.JJ 1º y 2º.

determinado órgano judicial siempre que los hechos cometidos tuvieran relación con el cargo.

Aun así, a pesar de que la regla general de la doctrina y la jurisprudencia hasta ese momento era que la condición de aforado se pierde a partir del cese del mandato parlamentario, posteriormente el Tribunal Supremo⁸⁸ comienza a dictar sentencias en las que establece que a partir de la apertura del juicio oral en un proceso penal queda fijado el aforamiento, y por tanto, el órgano jurisdiccional al que se somete la causa. Consecuentemente, siguiendo esta línea se amplía la duración de los aforamientos ya que incluso si el parlamentario pierde tal condición, pero en el proceso se ha abierto la fase de juicio oral, seguirá siendo competente el órgano judicial que por razón del aforamiento venía conociendo. La justificación del aumento del límite de esta excepción procesal se centra en el hecho de dotar de certeza y seguridad jurídica al procedimiento⁸⁹.

En definitiva, la doctrina y la jurisprudencia han aclarado la cuestión relativa al alcance temporal de la condición de aforado concluyendo, por un lado y de forma clara, que se obtiene a partir del momento en el que el determinado cargo sea proclamado electo, y por otro lado pero de forma no tan clara, que se pierde desde el momento en el que cesan del cargo pero siempre teniendo en cuenta la fase en la que se encuentre el proceso penal, ya que si pierde la condición de diputado, presidente, ministro (o cualquier otra que da lugar a aforamiento) y en el proceso ya se ha abierto fase de juicio oral, se mantiene el aforamiento al órgano judicial correspondiente.

2. El doble grado jurisdiccional penal y los aforamientos.

Una de las cuestiones que provoca uno de los grandes problemas de la figura procesal de los aforamientos es la relativa a qué ocurre con la posibilidad de recurso para todos aquellos aforados a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo; órgano que conforme a estas causas actúa en única instancia.

⁸⁸ STS 869/2014, de 10 de diciembre, F.J.3º.

⁸⁹ RIVERA RODRÍGUEZ, P., *op. cit.*, p. 33.

Con el fin de obtener respuesta a este interrogante se hace necesario, primeramente, conocer la específica regulación del doble grado jurisdiccional en nuestro sistema jurídico para, con ello, seguidamente comprender su actual aplicación de forma más específica a los aforamientos.

2.1. El doble grado jurisdiccional penal en el ordenamiento jurídico español.

El doble grado jurisdiccional penal, o derecho a la doble instancia penal, se concreta o define como la posibilidad que nos otorga el sistema normativo procesal de obtener la revisión de las resoluciones judiciales definitivas por parte de órganos jurisdiccionales de orden jerárquico superior, ello a través de la interposición de los correspondientes recursos. Sin embargo, se puede comprobar como no existe una previsión del derecho a la doble instancia penal de forma específica en la Constitución Española.

A pesar de este hecho, sí es manifiesta la prevención de este derecho realizada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 a través del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), por medio del cual se establece que *“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”*.

Ahora bien, antes de examinar este derecho en el ámbito penal cabe hacer referencia a la diferencia surgida, a partir de esta norma internacional, entre el orden penal y el resto de órdenes de nuestro ordenamientos jurídico a la hora de configurar el derecho a recurso⁹⁰. Tanto en el orden civil como en el social y en el contencioso-administrativo, el derecho a la doble instancia se constituye como un derecho de configuración legal, es decir, el legislador tiene plena libertad para decidir sobre éste. Sin embargo, en el orden penal, a pesar de que exista libertad del legislador para configurar este derecho, éste siempre encontrará su límite en el art. 14.5 del PIDCP. Y es que, no existe ningún tipo de

⁹⁰ SÁIZ ARNÁIZ, A., *op. cit.*, p. 75.

previsión legal internacional para otros órdenes jurisdiccionales distintos del penal equiparable al derecho a un doble grado jurisdiccional, para los condenados por un delito, como el realizado por el art. 14.5 del PIDCP⁹¹.

Dicho lo anterior, y centrándonos en la configuración legal del derecho a la doble instancia en el orden penal, ante la ausencia de previsión por parte de la CE, el Tribunal Constitucional (como intérprete supremo de la CE) ha llevado a cabo una larga interpretación de la normativa nacional e internacional con el objetivo de encontrar el encaje adecuado del derecho al doble grado jurisdiccional penal en nuestra norma suprema.

Así, la interpretación que dicho Tribunal realiza del art. 14.5 del PIDCP⁹² se centra en su conexión con el art. 24 de la CE, todo ello a la luz de la correcta interpretación del art. 10.2 de la CE⁹³ por medio del cual se establece que *“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.”*

Luego, en un primer momento, el Tribunal Constitucional encuadra el derecho a la doble instancia penal (entendido desde el punto de vista del art. 14.5 PIDCP) en el art. 24.2 de la CE referido al derecho a un proceso con todas las garantías⁹⁴. Sin embargo, posteriormente, el mencionado Tribunal comienza a interpretar la normativa internacional a la luz del art. 24.1 de la CE referido al derecho de todas las personas a la tutela judicial

⁹¹ SÁIZ ARNÁIZ, A., *op. cit.*, p.76

⁹² SÁIZ ARNÁIZ, A., *op. cit.*, p. 79; El Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos no crea por sí mismo recursos no previstos en la legislación penal pero obliga a interpretar aquella legislación a tenor del art. 10.2 CE, en el sentido más favorable a la existencia de un recurso ante un Tribunal superior de toda persona declarada culpable de un delito.

⁹³ SÁIZ ARNÁIZ, A., *op. cit.*, p. 75.

⁹⁴ SSTC 42/1982, de 5 de junio, FJ 3; 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 5; 60/1985, de 6 de mayo, F.J. 2º (entre otras) en las que se afirma que *“el derecho a someter el fallo condenatorio y la pena ante un Tribunal superior, si bien no tiene reconocimiento expreso en la Constitución, integra el derecho al proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE”*

efectiva⁹⁵, encajando el derecho al doble grado jurisdiccional como una más de las facultades mediante las cuales se interpreta el mencionado derecho fundamental⁹⁶.

Por lo tanto, se puede comprobar como no es del todo claro el encaje concreto del derecho a un doble grado jurisdiccional penal en la CE a pesar de que sí sea evidente su carácter necesario y su aplicación, para lo cual el legislador encontrará siempre su límite en el art. 14.5 del PIDCP.

2.2. Aplicación del doble grado jurisdiccional penal en los aforamientos.

La aplicación del derecho a la doble instancia penal no produce mayor problema cuando cuando la resolución impugnada ha sido dictada por un órgano judicial inferior, debido a que existe la posibilidad de ser revisada por otro órgano de orden superior. Sin embargo, las dificultades comienzan a manifestarse desde el momento en el que directamente el órgano superior jerárquico, el Tribunal Supremo, es el que dicta la resolución en única instancia, es decir, sin posibilidad de ser revisada.

Éste último es el problema que se les presenta a todos aquellos cargos o personalidades que se encuentran aforadas a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo; como es el caso del gran número de diputados y senadores, así como los miembros del Gobierno, entre otros.

Ante esta problemática, el Tribunal Constitucional se ha encargado de dar respuesta a la cuestión relativa a si dichos cargos, encontrándose aforados al Tribunal Supremo, no gozan del derecho al doble grado jurisdiccional penal de la misma, o parecida, forma que lo hacen los no aforados; siendo, además y como hemos visto anteriormente, un derecho de gran importancia internacional.

⁹⁵ STC 200/2000, FJ 2º.

⁹⁶ SÁIZ ARNÁIZ, A., *op. cit.*, pp. 75 y 78

Se adelanta que la respuesta final a esta cuestión es la absoluta inexistencia del derecho al doble grado jurisdiccional cuando la condena ha sido dictada por el Tribunal Supremo en única instancia y como consecuencia del enjuiciamiento de algún aforado⁹⁷. No obstante, cabe preguntarse cómo ha llegado el Tribunal Constitucional a esta terminante conclusión; para lo cual, a continuación, se analizan dos cuestiones⁹⁸ en las que se podría resumir la jurisprudencia interpretativa de dicho Tribunal entorno al presente tema.

A) Interpretación del derecho nacional e internacional.

De la interpretación que el Tribunal Constitucional realiza del conjunto de normas internacionales reguladoras del derecho a la doble instancia penal (en consonancia con el art. 10.2 de la CE) dos son las previsiones⁹⁹ realizadas por dicho Tribunal, por medio de las cuales llega a la conclusión de la inaplicación de este derecho a los aforados a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

En primer lugar, y en relación con el anterior análisis de la regulación de forma genérica del derecho a la doble instancia penal, el Tribunal Constitucional a la hora de interpretar el art. 14.5 del PIDCP (por medio del art. 10.2 de la CE) concluye que el derecho recogido en el mencionado artículo no es absoluto, fundamentando su argumentación en el hecho de que ningún Estado contratante del PIDCP ni el propio Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se opuso a las reservas¹⁰⁰ hechas por ciertos Estados parte¹⁰¹. Sin embargo, tal fundamentación del Tribunal Constitucional no termina de convencer a la gran mayoría de la doctrina debido a que, por un lado, las reservas en cuestión de tratados internacionales son habituales y no permitir las supondría

⁹⁷ SÁIZ ARNÁIZ, A., *op. cit.*, p. 86.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ SÁIZ ARNÁIZ, A., *op. cit.*, p. 87.

¹⁰⁰ Recordar que, según el artículo 2.1.d) de la Convención de Viena de 1969 “*se entiende por reserva una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un Tratado o adherirse a él "con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado"*

¹⁰¹ ESPIGADO GUEDES, D., *op. cit.*, p. 28.

que muchos Estados no ratificasen el correspondiente tratado o acuerdo internacional, y por otro lado, España no efectuó ningún tipo de reserva al ratificar el PIDCP teniendo poca trascendencia emplear esta argumentación¹⁰².

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional opta por argumentar, con el fin de concluir la imposibilidad de aplicación del derecho a recurso, que se hace necesaria la remisión al Protocolo VII del Convenio Europeo, exactamente al art. 2.2¹⁰³, por medio del cual se exceptiona la aplicación del doble grado jurisdiccional penal en el caso de que el culpable haya sido juzgado en única instancia por el más alto Tribunal. Por consiguiente, es criticable por la doctrina tal interpretación del Tribunal Constitucional¹⁰⁴ debido al hecho principal de que España no ha ratificado el mencionado convenio internacional, por lo que, no se estaría ante un extremo relevante a la hora de interpretar el derecho al doble grado jurisdiccional penal a la luz del art. 10.2 de la CE, ya que éste artículo alude a los convenios o acuerdos internacionales ratificados por España.

Por lo tanto, la mayor parte de la doctrina termina por concluir que es inadecuada la interpretación realizada por parte del Tribunal Constitucional de las diferentes normas internacionales (en consonancia con el art. 10.2 de la CE), sobre todo del art. 14.5 del PIDCP, con el fin de poder llegar a obtener la conclusión forzada de que en nuestro ordenamiento jurídico se da la imposibilidad de aplicar el derecho a un doble grado jurisdiccional penal para los aforados al Tribunal Supremo.

¹⁰² SÁIZ ARNÁIZ, A., *op. cit.*, p. 88.

¹⁰³ Art. 2 del Protocolo VII del Convenio Europeo :

1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley.

2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución.

¹⁰⁴ SÁIZ ARNÁIZ, A., *op. cit.*, p. 91.

B) Interpretación literal del art. 71.3 de la CE y la ponderación de intereses.

La segunda de las cuestiones que permite al Tribunal Constitucional llegar a la conclusión de la inaplicación del derecho a recurso en el ámbito penal para los casos de ser aforado al Alto Tribunal, hace referencia a la literalidad en la interpretación del art. 71.3 de la CE de la cual, según el Tribunal Constitucional, se deriva una ponderación de intereses realizada por el constituyente a la hora de redactar dicho artículo.

Por consiguiente, y situando la cuestión temporalmente, en un primer momento el Tribunal Constitucional llegó a la conclusión de que a partir de la interpretación literal del art. 71.3. de la CE¹⁰⁵, referido al aforamiento de los diputados y senadores, se obtiene que es posible que dichos cargos sean susceptibles del derecho al doble grado jurisdiccional penal. Sin embargo, posteriormente, el Tribunal Constitucional concluye que, a pesar de la literalidad del art. 71.3 de la CE, cabe apreciar que el Constituyente a la hora de redactar el mencionado artículo efectuó una ponderación entre el derecho a la doble instancia y la garantía de independencia de los diferentes poderes con respecto a las funciones que cada uno lleva a cabo (rozamiento de la implantación del aforamiento). Así, el Tribunal Constitucional considera que el Constituyente dió una mayor preponderancia a la protección de las funciones desarrolladas por los específicos cargos, frente al derecho al doble grado jurisdiccional penal que a éstos les correspondería.

Ante esta interpretación, la mayoría de la doctrina pasa a considerar que existe una evidente incongruencia entre las dos conclusiones a las que llega el Tribunal Constitucional en diferentes momentos, ya que no es posible comprender como primeramente parte de la línea jurisprudencial de que del tenor literal del art. 71.3 CE se obtiene la posibilidad de derecho a recurso para los concretos aforados pasando a concluir, finalmente, todo lo contrario; es más, a través de un conflicto de intereses que al parecer extrae el Constituyente (por medio de interpretación del Tribunal Constitucional) como consecuencia de la inexistencia de regulación en nuestro ordenamiento jurídico en materia

¹⁰⁵ Recordar que el art. 17.3 establece, simplemente, que *“En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”*

de recurso contra sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

En definitiva, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que no es posible efectuar la aplicación del derecho al doble grado jurisdiccional penal de los aforados a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo basándose, por un lado, en la interpretación de la normativa internacional de la que se desprende la posibilidad de suprimir la aplicación de tal derecho, y por otro lado, en la ponderación de intereses realizada por el Constituyente que da lugar a la supremacía de la protección de las funciones de los cargos políticos aforados sobre el derecho a una doble instancia penal; conclusión que se ha podido manifestar a través de varios casos a la largo del tiempo¹⁰⁶. Ambas cuestiones, tal y como hemos podido comprobar, han sido criticadas por gran parte de la doctrina a través de razonables argumentos que podrían permitir concluir que sí es posible, a pesar de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, un derecho a la doble instancia penal para ciertos aforados.

3. Derecho a la igualdad ante la ley y a un juez ordinario predeterminado por ley.

La siguiente de las problemáticas que se analiza en el presente trabajo hace referencia a la posible vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a un juez predeterminado por ley que los aforamientos llevan a cabo a través de su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico.

3.1. Concepto de los derechos.

¹⁰⁶ *Caso Castells*: senador que como consecuencia de un artículo en el que realizaba graves acusaciones al Gobierno fue procesado y condenado por el Tribunal Supremo. Ante la sentencia condenatoria, interpuso recurso de amparo siendo desestimado por el Tribunal Constitucional por medio de la sentencia 51/1985, de 10 de abril. Frente a la desestimación, se alzó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por violación, entre otros, del art. 14.5 del PIDCP.

Caso Marey: causa penal seguida contra el exministro del Interior José Barrionuevo Peña quien, tras ser condenado por el Tribunal Supremo, presentó recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración del derecho al doble grado jurisdiccional (SSTC 63 a 70, de 17 de marzo de 2001).

Ahora bien, antes de entrar en el fondo de la discusión doctrinal y jurisprudencial a tratar, se hace necesario realizar una breve referencia de los derechos constitucionales y fundamentales que los aforamientos excepcionan: el derecho a la igualdad ante la ley, pero sobre todo, el derecho a un juez ordinario predeterminado por ley.

Con respecto al derecho a la igualdad, la Constitución Española lo proclama en el art. 14 constituyéndose como un derecho fundamental al implicar que todos los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer ningún tipo de discriminación. El reflejo procesal de este derecho viene recogido en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, establecido en el art. 24.2, y entre cuyo contenido se encuentra el principio a la igualdad de armas¹⁰⁷.

Conforme al derecho a un juez ordinario predeterminado por ley, se trata asimismo de un derecho fundamental al encontrarse recogido en el art. 24.2 de la CE, que junto con el resto de fundamentos que se recogen en dicho artículo, tiene como fin la obtención de un proceso público con todas las garantías¹⁰⁸. Sin embargo, y con el objetivo de comprender de mejor forma la excepción que de este derecho realizan los aforamientos, cabe preguntarse qué es o qué implica el derecho a un juez legal y ordinario predeterminado por ley; para lo que debemos analizar cada una de las partes que integran este derecho.

En primer lugar, GIMENO SENDRA define al derecho a un *juez legal* penal como “el derecho fundamental, que asiste a todos los sujetos de Derecho, a ser juzgados por un órgano jurisdiccional, creado mediante Ley Orgánica y perteneciente a la jurisdicción penal ordinaria, respetuoso con los principios constitucionales de igualdad, independencia e imparcialidad y sumisión a la Ley y constituido con arreglo a las normas comunes de competencia preestablecida”.

En segundo lugar, con respecto al *juez ordinario* implica que el juez legal no sólo debe quedar encuadrado mediante Ley Orgánica sino que además debe enmarcarse dentro

¹⁰⁷ GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Thomson Reuters, 2015, página 190.

¹⁰⁸ ESPIGADO GUEDES, D., *op. cit.*, página 22.

del Poder Judicial o Jurisdicción Ordinaria, por lo que, cuando la CE establece en el art. 24.2 del derecho a un juez ordinario, se debe entender al Juez o Tribunal de lo penal, integrante de la Jurisdicción Ordinaria o Poder Judicial¹⁰⁹.

En último lugar, el juez legal y ordinario debe estar *predeterminado por ley* para encajar dentro del derecho fundamental recogido en el art. 24.2 CE. Por *ley* se entiende, primeramente, a la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico español, por lo que *predeterminado por ley* implica que los órganos jurisdiccionales deberán constituirse sin atender a ningún criterio discriminatorio¹¹⁰, es decir, con respeto al derecho a la igualdad (art. 14 CE)¹¹¹; llegando, en este punto, a coincidir o conectar los dos derechos de los que surge el debate con respecto a su aplicación a los cargos o personalidades aforadas.

3.2. Aplicación de los derechos de la igualdad y juez legal predeterminado por ley a los aforamientos.

Tal y como se ha aclarado a lo largo del presente trabajo, los aforamientos implican la alteración de las normas relativas a la competencia objetiva, funcional y territorial, por razón del determinado sujeto, al atribuirse la competencia de la correspondiente causa penal a un concreto órgano en vez de al órgano judicial competente ordinariamente. Por consiguiente, a la hora de aplicar el primero de los derechos, el derecho a la igualdad ante la ley de todos los españoles (art. 14 CE), se desarrolla el aforamiento como una excepción procesal a este derecho.

Asimismo, con respecto al derecho al juez ordinario predeterminado por ley (art. 24.2 CE) se acaba de comentar que conlleva que toda persona debe ser juzgada por el órgano predeterminado por una norma jurídica, cuya competencia y jurisdicción debe

¹⁰⁹ GIMENO SENDRA, V., *op. cit.*, pp. 90 y 91.

¹¹⁰ GIMENO SENDRA, V., *op. cit.*, p. 91; Esta exigencia constitucional conlleva la necesidad de reputar como inconstitucionales aquellos órganos jurisdiccionales que pudieran constituirse atendiendo a criterio discriminatorios, expresamente prohibidos por la Constitución como es el caso de los Tribunales de excepción (art. 117.6)

¹¹¹ *Ibidem*.

haber sido establecida con carácter previo al proceso, sin que pueda revestir un carácter excepcional o especial¹¹². Sin embargo, a la hora de aplicar este concepto a los aforamientos se puede observar el carácter excepcional que los define, debido a que el órgano judicial encargado del conocimiento de la causa penal contra ministros, presidentes, diputados o senadores (entre otros aforados) no se determina conforme a las reglas de la competencia preestablecidas por ley (ya no se constituye como un juez legal o natural¹¹³ tal y como se definía anteriormente) sino que directamente está previsto por la propia CE o los Estatutos de Autonomía.

A pesar de lo anterior, el Tribunal Constitucional, en retirada jurisprudencia¹¹⁴ recoge que el órgano jurisdiccional competente (Tribunal Supremo o Tribunal Superior de Justicia) debe ser considerado como el juez predeterminado por la ley a todos los efectos debido a que el aforamiento permite una mejor protección de la independencia¹¹⁵ y funciones de los determinados Poderes o instituciones. Ello implica que la jurisprudencia interpreta el fuero especial en este sentido de forma amplia, a pesar de que parte de la doctrina¹¹⁶ considere que los aforamientos, por la naturaleza de privilegio que conlleva, deben ser interpretado de forma restrictiva.

4. Otras.

En el último lugar de las problemáticas que se examinan se encuentran dos que, sin llegar a tener la relevancia de las anteriores, se constituyen como cuestiones que tanto la doctrina como la jurisprudencia se plantean y para las que se requiere dar respuesta o solución.

¹¹² RIVERA RODRÍGUEZ, P., *op. cit.*, p. 37.

¹¹³ GIMENO SENDRA se refiere al juez legal también como el juez natural.

¹¹⁴ STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 6º

¹¹⁵ RIVERA RODRÍGUEZ, P., *op. cit.*, p. 37.

¹¹⁶ *Ibidem*.

4.1. La competencia por conexión del fuero especial.

La primera de estas cuestiones hace referencia a la conexión procesal como regla de atribución de la competencia territorial para determinados causas penales. Así, si se realiza un repaso de las regla de la competencia territorial cabe recordar que la regla general de todo proceso penal es que el Juez Instructor conocerá de tanto sumarios como delitos se le pongan en su conocimiento¹¹⁷, es decir, cada delito dará lugar a la formación de una causa¹¹⁸.

Sin embargo, la LECrim recoge en el art. 17.2 una serie de casos en los que es posible tramitar bajo una misma causa varios delitos debido a ciertas circunstancias que los unen, lo que conlleva que sean tramitados por un mismo órgano jurisdiccional.

Ahora bien, a la hora de aplicar esta teoría a los cargos y autoridades aforadas es posible que se puedan desarrollar dos posibles casos, que a continuación se analizan: el primero referido a la posibilidad de que los delitos conexos hayan sido cometidos por dos aforados a distintos órganos jurisdiccionales y el segundo con respecto a las situaciones en las que los delitos conexos son cometidos por un cargo aforado y por uno o varios ciudadanos no aforados.

A) Delitos conexos cometidos por dos aforados que lo están a distintos órganos jurisdiccionales.

Esta primera situación se plantea cuando, por ejemplo, se cometen varios delitos conexos¹¹⁹ por un aforado que lo está a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y otro que lo está a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente comunidad autónoma. Ante esta situación, la doctrina y la jurisprudencia han querido

¹¹⁷ GIMENO SENDRA, V., *op. cit.*, pp. 213 y ss.

¹¹⁸ Art. 171. LECrim.

¹¹⁹ ESPARZA LEIBAR, I., GÓMEZ COLOMER, J.L. *op. cit.*, p. 202; ejemplo, caso de la comisión de varios delitos de estafa cometidos bajo acuerdo por un Senador aforado al Tribunal Supremo y un parlamentario autonómico aforado al TSJ de su comunidad autónoma.

otorgar una solución al problema de la determinación del órgano judicial que le corresponde conocer del asunto; solución que por ley no se encuentra desarrollada.

Así, la doctrina¹²⁰ se apoya, por un lado, en el art. 272.2 LECrim por medio del cual se establece que el órgano ante el que se presente la querrela contra un aforado será el competente para conocer de la causa, y por otro lado, en el art. 21 de esta misma ley por medio del cual se establece la prohibición de promover cuestiones de competencia contra el TS.

Sin embargo, y a pesar de los artículos anteriores, la jurisprudencia ha venido determinando que la regla general para estos casos es que conocerá el tribunal que jerárquicamente sea superior de los dos¹²¹, todo ello, teniendo en cuenta la regla que existe para la determinación de la competencia territorial de los delitos conexos y que consiste en el predominio de la separación de las causas conexas en los casos que se ponga en riesgo la continencia de la causa.

B) Delitos conexos cometidos por una persona aforada y otra/s no aforada

La segunda situación que se puede llegar a plantear, pudiendo ser esta más común que la anterior, es la referida al caso de que varios delitos, entre los que existe la conexión prevista en el art. 17.2 LECrim, sean cometidos por una persona aforada y por otra que no lo ésta¹²². La solución que ante este problema da la doctrina es el denominado “arrastre del fuero especial”, es decir, que debido a que nos encontramos con que una de las dos personas se encuentra aforada a un órgano jurisdiccional concreto, éste será el que deba

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ ESPARZA LEIBAR, I. Y GÓMEZ COLOMER, J.L. establecen que a pesar de ser endeble esta línea interpretativa o regla, se puede apoyar en lo dispuesto en el art. 1, II, 3º de la Ley de 9 de febrero de 1912 por medio del cual se establece que *“De las causas a que se refiere esta Ley conocerá el Consejo Supremo de Guerra y Marina, constituido en Consejo reunido, siempre que concurren todas las circunstancias siguientes: Que el procedimiento no se dirija además contra otros Senadores o Diputados ni sobre otros hechos respecto de los cuales tenga competencia la jurisdicción ordinaria”*.

¹²² ESPARZA LEIBAR, I., GÓMEZ COLOMER, J.L. *op., cit.*, p. 203; ejemplo, caso en el que un senador, aforado al TS, comete varias apropiaciones indebidas bajo acuerdo con otra persona que no está aforada, por ejemplo, un contable de una multinacional.

conocer de la causa; ello en virtud del art. 272.3 de la LECrim (en relación con el art. 272.2)¹²³¹²⁴.

No obstante, esta cuestión puede llegar a ser de gran relevancia debido a que intrínsecamente implica, para la persona no aforada, la vulneración (entre otros derechos) de su derecho a la doble instancia penal y a su derecho a la igualdad ante la ley y al juez ordinario predeterminado por ley. Y es que, si antes se venía diciendo que una de las justificaciones que da lugar a la posibilidad de suprimir estos derechos a los aforados es la referida a las funciones que se desarrollan por dichos cargos y la protección de la independencia de los Poderes, no se llega a comprender cómo es posible que para una persona que no desarrolla tales funciones de gran relevancia institucional pueda ver vulnerado su derecho a recurso o al juez ordinario que por las reglas de la competencia le corresponde¹²⁵.

4.2. La irrenunciabilidad del privilegio.

La segunda, y última, de las cuestiones se refiere a la imposibilidad de renunciar al privilegio del aforamiento. Se trata de una prohibición o limitación que la ley no regula, por lo que ha tenido que ser la doctrina la que establezca la justificación de esta premisa. Así, la doctrina¹²⁶ sostiene dos argumentos para defender que un aforado no puede

¹²³ Art. 272.2 y 3 LECrim “*Si el querellado estuviere sometido por disposición especial de la Ley a determinado Tribunal, ante éste se interpondrá la querrela.*”

Lo mismo se hará cuando fueren varios los querellados por un mismo delito o por dos o más conexos y alguno de aquéllos estuviere sometido excepcionalmente a un Tribunal que no fuere el llamado a conocer, por regla general, del delito.”

¹²⁴ Asimismo, y al igual que en el caso de que nos encontramos ante delitos conexos cometidos por varios aforados a distintos órganos jurisdiccionales, se tramitaran las causas por separado en caso de que pueda llegar a perjudicar el objeto del proceso, correspondiéndole al aforado el órgano que por ley se le atribuye, y al no aforado, el órgano judicial que por medio de las reglas de la competencia le corresponda.

¹²⁵ Uno de los casos en los que se puede preciar esta cuestión es el caso *Marey*, en el cual, debido a que uno de los enjuiciados era el exministro del Interior, José Barrionuevo Peña, el resto de procesados y condenados se vieron juzgados por el Tribunal Supremo en única instancia. Ante esta situación, los no aforados presentaron recursos de amparo ante el TC sosteniendo, entre otros argumentos, la vulneración del derecho a la doble instancia penal y al conocimiento, de forma inmediata, por el TS.

¹²⁶ RIVERA RODRÍGUEZ, P., *op. cit.*, p. 39.

renunciar a tal condición una vez que, tal y como vimos al principio del presente epígrafe, se considera que la obtiene.

La primera de las justificaciones está basada en el cargo-aforamiento (privilegio), es decir, el funcionario, autoridad o personalidad (que disfruta del privilegio) no puede disponer de esta condición ya que se encuentra totalmente vinculada al propio cargo, por lo que, la única solución que cabe ante la posible renuncia al aforamiento es la renuncia al propio cargo que da lugar a este privilegio.

La segunda de las justificaciones, que realmente se encuadra como consecuencia de la primera, se fundamenta en el elemento sobre el que recae el privilegio, es decir, como el aforamiento se debe al cargo que se desarrolla, éste se encuentra relacionado al elemento objetivo, que es el propio cargo que se ostenta (por las funciones que se desarrollan), y no al elemento subjetivo, que es la propia persona que ostenta el cargo, por lo que, si el aforamiento no le corresponde a la propia persona como tal ésta no puede disponer de este privilegio.

V. LAS POSIBLES REFORMAS DE LA REGULACIÓN ACTUAL DE LOS AFORAMIENTOS. EL CASO EXCEPCIONAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS.

1. Propuestas de reforma.

Tal y como se pudo de comprobar a la hora de analizar las diferentes razones que podrían justificar el establecimiento de los aforamientos para ciertos cargos, es relevante el gran sector de la doctrina que las discute, hecho que da lugar a que estos mismos sectores se pronuncien a favor de la posibilidad de reforma de la predicada institución procesal.

Primeramente, algunos autores parten de la idea de una reforma radical basada en la supresión total de los aforamientos¹²⁷, previa reforma de la CE, ya que consideran que si se

¹²⁷ ESPIGADO GUEDES, D., *op. cit.*, p. 35.

llegase a prescindir totalmente de esta institución nada cambiaría en las bases del Estado Constitucional y de Derecho español¹²⁸, bases en las que en cambio, con la presencia de los aforamientos, se están vulnerando los derechos a la igualdad y la doble instancia penal.

Seguidamente, otros autores abogan por una reforma de los aforamientos moderada. Esta reforma se fundamenta en la simplificación o minoración del número de cargos susceptibles de ser aforados basándose, no solo en el Derecho Comparado al comprobar que en ciertos países como Portugal, Italia o Francia no se encuentran aforados cargos como diputados o senadores¹²⁹, sino en el hecho de que existen personalidades aforadas que no encuentran previsto tal aforamiento de forma directa en la propia CE; como es el caso de los jueces, magistrados y fiscales¹³⁰¹³¹.

Cabe hacer referencia que ambas propuestas, como comentan los autores, encuentran sus propias dificultades o barreras. En primer lugar, para suprimir el aforamiento de diputados y senadores se requiere de la reforma sustancial de la CE¹³², y en segundo lugar, excluir simplemente a los jueces, magistrados y fiscales encuentra la directa oposición de éstos, ya que entienden que los aforamientos se constituyen como una garantía para los ciudadanos¹³³.

No obstante, los precedentes obstáculos valorados por la doctrina no han sido impedimento para que no solo, tal y como veremos a continuación, la Comunidad

¹²⁸ SÁIZ ARNÁIZ, A., *op. cit.*, p. 84.

¹²⁹ RIVERA RODRÍGUEZ, P., *op. cit.*, p. 40.

¹³⁰ GÓMEZ COLOMER, J.L., “Privilegios procesales inconstitucionales e innecesarios en la España democrática del Siglo XXI: el sorprendente mantenimiento de la institución del aforamiento”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm 38, 2016. p. 273.

¹³¹ RIVERA RODRÍGUEZ, P., *op. cit.*, p. 41

¹³² GÓMEZ COLOMER, J.L., *op. cit.*, p. 273; Una reforma de la Constitución sólo por este tema no es posible en estos momentos, y quizás en algún tiempo tampoco, ya que se aprovecharía para reformar otras muchas cosas, entre otras el modelo de Estado de las autonomías que actualmente tenemos, dada la gran crisis por la “cuestión catalana” que existe en estos momentos en España.

¹³³ A pesar de esto, RIVERA RODRIGUEZ, P., entiende que, conforme a la reforma de los aforamientos de jueces, magistrados y fiscales parece razonable, si no es posible suprimir los aforamientos, que se mantenga la competencia del TS y TTSSJ respecto de jueces y fiscales siempre que se sea por hechos cometidos en el ejercicio de sus funciones y no por razón de la persona. Así podría mantenerse la competencia de los TTSSJ, pero habría que modificar la redacción de los párrafos 2º y 3º del art. 57.1 LOPJ para restringir la competencia del TS.

Autónoma de Canarias se haya constituido como la primera comunidad en ejecutar una reforma eficaz de los aforamientos, sino para que, a comienzos de este año (concretamente, el 18 de enero de 2019), el Consejo de Ministros haya aprobado el Proyecto de Ley de reforma de la los arts. 71.3 y 102.1 de la CE¹³⁴, el cual tiene como objeto limitar el aforamiento de los diputados, senadores y miembros del Gobierno dejando atrás la reforma de los numerosos aforamientos que la LOPJ otorga a jueces, magistrados, cargos autonómicos o a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. El Gobierno establece el fundamento de la reforma en la inclusión de la CE en la tendencia del constitucionalismo europeo que se prevé en Constituciones como la francesa, portuguesa o italiana (entre otras muchas).

2. La reforma de los aforamientos en la Comunidad Autónoma de Canarias.

A pesar de las propuestas de reforma formuladas por varios sectores de la doctrina o la defensa de la figura de los aforamientos realizada por la jurisprudencia, no se había producido ningún cambio significativo a favor de la reforma de éstos, hasta ahora ¹³⁵. Y es que, tal y como se comentó al principio del presente trabajo, la Comunidad Autónoma de Canarias se ha constituido en la primera autonomía que suprime el aforamiento de sus parlamentarios y miembros del Gobierno¹³⁶.

Como se pudo comprobar en el estudio de la regulación del fuero especial, la LOPJ establece en sus art. 57.1.2º y 73.3.a) la posibilidad de regulación de ciertos aforamientos por vía de los Estatutos de Autonomía de cada comunidad autónoma. Así, en la ya derogada Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias, exactamente en su art. 10.3 y 19.2 , se establecía la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (conforme a los actos cometidos en el ámbito territorial canario) para

¹³⁴ Proyecto de Ley que, previamente a ser aprobado como tal, el Gobierno elevó al Consejo de Estado y al CGPJ y que, tras respuesta de ambos órganos y aprobación por el Consejo de Ministros, se ha remitido a las Cortes Generales para su tramitación.

¹³⁵ El Proyecto de Ley de reforma de la CE aprobado por el Consejo de Ministros se encuentra tramitándose ante las Cortes Generales, por lo que la reforma propuesta no ha sido aún real y efectiva.

¹³⁶ Esta reforma se adelanta a los estatutos de Cantabria y Murcia, que también contemplan la supresión de los aforamientos, pero que se encuentran en fase de tramitación.

el conocimiento del procesamiento y enjuiciamiento de las causas penales que contra sus parlamentarios y miembros del Gobierno se siguiesen. Sin embargo, tras la reforma del Estatuto, aprobada por el Congreso de los Diputados¹³⁷ y refrendada por el Senado, por medio de la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, el legislador canario ha sido el primero en suprimir los aforamientos, tanto a la Sala de lo Penal del TJS de la respectiva comunidad autónoma como a la Sala de lo Penal del TS (con respecto a los actos fuera del territorio de la Comunidad) de sus parlamentarios y miembros del Gobierno¹³⁸.

VI. CONCLUSIONES.

Primera.- Los aforamientos, a pesar de encontrarse regulados (en el art. 71.3 de la CE) junto con la inmunidad y la inviolabilidad, nada tienen que ver con estas dos prerrogativas, no solo por el privilegio que cada una de ellas implica sino principalmente por la diferencia desproporcionada entre el número de personalidades que se encuentran acogidas a la inviolabilidad e inmunidad y las que se encuentran aforadas.

Y es que, en mi opinión, una realidad jurídica razonable (que no ideal) sería aquella en la que simplemente se encuentren aforados aquellos cargos que a la vez sean inmunes, ya que ambas prerrogativas serían predicables de las funciones representativas que dichos cargos desempeñan. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico ocurre todo lo contrario tal y como se ha podido comprobar a través del estudio de la regulación de los aforamientos. No solo se encuentran aforados los diputados y senadores (quienes gozan de inmunidad e inviolabilidad) sino que el fuero especial se extiende desde el Presidente del

¹³⁷ En fecha 13 de septiembre de 2018

¹³⁸ Este hecho ya se ha hecho notar en el denominado “Caso Grúas” en el que el actual Presidente del Gobierno de Canarias, Fernando Clavijo, está siendo investigado por sus actuaciones en la época en la que ejercía como alcalde del Ayuntamiento de La Laguna, por lo que, la supresión del aforamiento da lugar al paso de la competencia del TSJ de Canarias a los Juzgados de Instrucción del mencionado municipio.

Así lo ha establecido la Fiscalía Superior de Canarias en un comunicado emitido el día 15 de noviembre de 2018: “ La consecuencia de esta reforma para este procedimiento es, en opinión de la Fiscalía, que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia pierde su competencia para conocer los hechos, como igualmente esta Fiscalía Superior no puede ni debe seguir conociendo de los mismos”.

Gobierno hasta los diferentes Cuerpos de Policía, pasando por jueces, magistrados y demás personalidades.

Asimismo, a pesar de que la regulación de los aforamientos es bastante extensa, se puede concluir que no es lo suficientemente concreta a la hora de especificar qué delitos, cometidos por los correspondientes cargos, son susceptibles de aforamiento. De esta forma, la ley sólo contempla para los jueces, magistrados y fiscales (que actúen en el ámbito provincial y municipal), y para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el aforamiento con respecto a los delitos que se comentan en el ejercicio de sus funciones. Por consiguiente, de lo anterior se infiere que para el resto del elevado número de aforados (diputados, senadores, altos magistrados, etc), y debido a que la norma no especifica los delitos objeto de aforamiento, será indiferente el hecho punitivo del que se le acuse ya que serán juzgados por el órgano que por el aforamiento les corresponda.

Segunda.- Del análisis de las diferentes controversias jurídicas desarrollado en el presente trabajo, se concluye que, tanto el derecho a la igualdad ante la ley como el derecho al juez ordinario predeterminado por ley y el derecho a la doble instancia penal, la doctrina considera que a la hora de aplicarlos a los diferentes aforamientos se procede a la vulneración de todos y cada uno de ellos. Este hecho se da a pesar de que la jurisprudencia (con una postura totalmente opuesta), en última instancia, disponga que, debido a que los aforamientos se constituyen como una excepción procesal, también se conforman como una excepción a estos derechos siendo de mayor importancia la protección de las funciones que desempeñan los cargos que la posible vulneración al derecho a un juez predeterminado por ley o al derecho al doble grado penal.

Por consiguiente, excepcionar (o vulnerar) estos derechos, según la jurisprudencia, encuentra su justificación en una serie de razones que acreditan el establecimiento de los aforamientos. Razones analizadas en el presente trabajo y concretadas en el hecho de que, a través del aforamiento a un órgano judicial con mayor cualificación y experiencia se obtiene, por un lado, la garantía de la celeridad de los procesos judiciales que contra los aforados se sigan y, por otro lado, la protección de la imparcialidad e independencia con la

que se tienen que dictar sus resoluciones judiciales; todo ello por razón de las funciones que desempeñan y de la defensa de las instituciones a las que pertenecen.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, me encuentro a favor del razonamiento aportado por la mayor parte de la doctrina y que se fundamenta en el hecho de que, atribuir el conocimiento de las causas penales que contra los aforados se sigan (en muchos casos independientemente de si es un delito cometido en el ejercicio de sus funciones) a órganos judiciales superiores, como el TS, por la simple presunción de su mejor cualificación o experiencia, y con ello garantizar una mayor rapidez judicial o la imparcialidad en sus decisiones, no se sustenta por dos motivos.

En primer lugar, debido a que, tal y como especifica la doctrina, el TS es un órgano al que básicamente se le encargan temas referidos a unificación de doctrina o recursos y no a la instrucción y enjuiciamiento de causas penales, por lo que no se debe presumir su mejor cualificación o experiencia, al menos en estos temas. Y en segundo lugar, debido a que se encuentra bastante cuestionada la imparcialidad e independencia de estos órganos judiciales superiores por las evidentes vinculaciones políticas, de manera que es del todo discutible que la resolución judicial de la causa penal que se siga contra un parlamentario sea más imparcial dictada por el TS que dictada por el órgano que por las reglas de la competencia le correspondería su conocimiento.

Tercera.- El análisis de las posibles reformas del instituto procesal que es el aforamiento, encuentra su completa justificación. Por un lado, debido a que debe realizarse, por parte del legislador español, una mejor autocrítica a la hora de observar la situación actual de los aforamientos en países con sistemas jurídicos próximos al nuestro y en los que sólo se encuentran aforados cargos como el Jefe de Estado y el Presidente del Gobierno, omitiendo totalmente el aforamiento de los cientos de parlamentarios. Y por otro lado, debido a la situación política y social en la que se encuentra España, ya que los aforamientos, en mi opinión lejos de ser una ventaja procesal para los políticos al suponer una vulneración de sus derechos a la igualdad, al juez legal o a un recurso, se han convertido, en ojos de la ciudadanía, en un privilegio para estos cargos políticos cuando en

última instancia deberían constituirse como una garantía para los ciudadanos y para el correcto funcionamiento democrático.

Ante esto, bajo mi punto de vista y en consonancia con parte de la doctrina, considero que se hace necesaria una reforma, por lo menos moderada, de los aforamientos, basada en la gran disminución del número de personalidades susceptibles de ellos empezando por las autoridades policiales y acabando con los jueces, magistrados y fiscales ya que una situación o realidad jurídica ideal sería aquella en la que simplemente nos encontrásemos ante aforamientos constitucionales, es decir, aquellos que se encuentran específicamente recogidos por la CE, dejando atrás los regulados por la LOPJ o los EEAA, entre otras normas. Por ello, es predicable el ejemplo dado por la Comunidad Autónoma de Canarias al suprimir los aforamientos que su anterior Estatuto de Autonomía preveía para los parlamentarios y miembros del Gobierno regionales, debiendo ser este el comienzo del gran cambio que se hace necesario en la regulación del privilegio que constituyen los aforamientos.

BIBLIOGRAFÍA

- DIEZ PICAZO, L.M, “La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno” Cuadernos y Debates, Serie Minor, CEC, Madrid, pagina 21.
- ESPARZA LEIBAR, I., GÓMEZ COLOMER, J.L., “Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales”, Tirant lo Blanch (1ª Edición), 2009.
- ESPIGADO GUEDES, D., “Los privilegios parlamentarios en cuestión. Una revisión de la inmunidad y el aforamiento en el Derecho Español”, Revista Online de Estudiantes de Derecho de la UAM, núm 3, 2013.
- FERNANDEZ-MIRANDA y CAMPOAMOR “Artículo 71. Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias” en *Comentarios a las Leyes Políticas*, O.Alzaga dir., vol VI, Madrid, 1989, pagina 375.
- GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Thomson Reuters, 2015, pp. 190-195.
- GÓMEZ ASPE, S., “La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno y la exigencia del suplicatorio”, *Revista de Estudio Políticos (Nueva Época)*, núm. 105, Julio-Septiembre 1999, pp.335 y ss.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., “Privilegios procesales inconstitucionales e innecesarios en la España democrática del Siglo XXI: el sorprendente mantenimiento de la institución del aforamiento”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm 38, 2016, pp. 239-275.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L., “El aforamiento de los cargos públicos. Derecho Español y Derecho Comparado”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 35, 2015, pp. 437-478.

MARTÍNEZ ELIPE, L., “Reflexiones sobre la inviolabilidad, inmunidad y aforamiento”,
Revista de las Cortes Generales, 2003, pp. 30 y ss.

RIVERA RODRÍGUEZ, P., “El aforamiento en el ordenamiento procesal español”, Revista
jurídica de Castilla y León, núm 44, enero 2018, pp. 11 y ss.

SÁIZ ARNÁIZ, A., “Aforamiento y doble grado de jurisdicción”, en *Parlamento y
Constitución. Anuario*, núm 5, 2001, pp. 71-101.

VALIÑO CES, A., “El aforamiento en España: una particular prerrogativa a debate”,
Nuevos debates en torno a la justicia española, Tirant Lo Blanch (1ª Edición), 2017,
pp. 382 - 414.