



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

EL AFORAMIENTO DE LOS PARLAMENTARIOS

Presentado por:

Lydia Domínguez Juanes

Tutelado por:

Edmundo Matía Portilla

Valladolid, julio de 2020

RESUMEN

En el presente trabajo realizaremos un análisis exhaustivo de la prerrogativa parlamentaria del aforamiento del artículo 71.3 CE. Comenzaremos introduciendo este trabajo a través de la diferenciación de las tres prerrogativas que componen el estatus parlamentario, antes de proceder a situar en su contexto esta prerrogativa, dentro del Ordenamiento Jurídico Español, desarrollando los diferentes aspectos objetivo, subjetivo y teleológico; el origen histórico de la prerrogativa, su desarrollo normativo en la Ley preconstitucional de 1912, así como su comparación respecto a otros Ordenamientos Jurídicos, lo cual ayudará a conformar un concepto más amplio y claro de la prerrogativa. Continuaremos analizando características, tanto procesales como de su contenido, y finalizaremos analizando las cuestiones relativas al origen y las causas de la crisis de esta figura en España, así como las diferentes propuestas de reforma del aforamiento parlamentario.

ABSTRACT

In the present work we will carry out an exhaustive analysis of the parliamentary prerogative of the defense of article 71.3 CE. We will begin by introducing this work through the differentiation of the three prerogatives that make up parliamentary status, before proceeding to place this prerogative in context, within the Spanish Legal System, developing the different objective, subjective and teleological aspects; the historical origin of the prerogative, its normative development in the pre-constitutional law of 1912, as well as its comparison with other legal systems, which will help to form a broader and clearer concept of the prerogative. We will continue analyzing characteristics, both procedural and of its content, and we will end by analyzing the issues related to the origin and causes of the crisis of this figure in Spain, as well as the different proposals for reform of parliamentary support.

PALABRAS CLAVE

Aforamiento, prerrogativa, Parlamento, parlamentarios, Diputados, Senadores, Asamblea legislativa, Asamblea autonómica, privilegio, Cortes Generales, inculpación, procesamiento, juicio, inmunidad, inviolabilidad, competencias judiciales, cargo público, sistema democrático, fuero penal especial, causas criminales, faltas, delitos leves, proceso penal.

KEY WORDS

Approach, prerogative, Parliament, parliamentarians, Deputies, Senators, Legislative Assembly, Autonomous Assembly, privilege, General Courts, indictment, prosecution, trial, immunity, inviolability, judicial powers, public office, democratic system, special criminal jurisdiction, criminal cases, misdemeanors, minor crimes, criminal proceedings.

Índice

1.	INTRODUCCIÓN.....	3
2.	EL AFORAMIENTO PARLAMENTARIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	4
2.1-	El artículo 71.3 CE.	4
2.1.1.	Contenido.....	4
2.1.2.	Elaboración del precepto.	6
2.1.3.	Antecedentes históricos.....	7
2.1.4.	Derecho comparado.....	9
2.1.5.	Desarrollo normativo: Ley de 9 de febrero de 1912.....	10
2.2.	La extensión de los aforamientos a los parlamentarios autonómicos.....	13
2.3.	Aforamientos y derecho al juez predeterminado por la Ley.	16
2.4.	Aforados y derecho a la tutela judicial efectiva: el derecho a la doble instancia en materia penal.	18
2.5.	La interpretación estricta de los aforamientos.	23
2.5.1.	La perpetuatio iurisdictionis.....	23
2.5.2.	La exclusión de los delitos leves.....	28
2.5.3.	La existencia de indicios fundados para la asunción de la causa por el Tribunal superior: la investigación judicial previa.....	30
2.5.4.	El problema de la conexidad procesal.....	31
2.6.	La garantía constitucional de los aforamientos parlamentarios.....	36
3.	LA CRISIS DE LOS AFORAMIENTOS PARLAMENTARIOS.....	40
3.1.	Origen y causas de la crisis.....	40
3.2.	Propuesta de reforma de los aforamientos elaborada por el Consejo de Estado.....	42
3.3.	La reforma de los Estatutos de Autonomía.....	46
4.	CONCLUSIÓN.....	50
5.	BIBLIOGRAFÍA.....	54
6.	JURISPRUDENCIA.....	56
6.1.	Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	56
6.2.	Jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	57
6.3.	Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.....	57
6.4.	Jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Valladolid.....	57
7.	WEBGRAFÍA.....	57
8.	LEGISLACIÓN.....	57

1. INTRODUCCIÓN.

El artículo 71 de la Constitución, en sus tres primeros apartados, dispone lo siguiente:

“1. Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.

2. Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.

3. En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”.

A través de los tres apartados del precepto constitucional que acabamos de transcribir se otorga a los miembros de las Cortes Generales unas prerrogativas dirigidas a asegurar la libertad y la independencia de los diputados y senadores y, a través de ellos, también las de las Cámaras Legislativas de las que forman parte. Estas prerrogativas parlamentarias de la inviolabilidad, la inmunidad y el aforamiento se van a trasladar, aunque sea con matices, a los parlamentarios autonómicos, cuestión de la que nos ocuparemos a lo largo de este trabajo.

Si la inmunidad parlamentaria fue casi desde el comienzo una garantía problemática que dio lugar a importantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional (caso Barral) que vinieron a clarificar los condicionamientos y límites de esa prerrogativa, y la inviolabilidad también acabó, aunque unos años más tarde, provocando decisiones judiciales polémicas, aunque esta vez a cargo del Tribunal Supremo (caso Atutxa); el aforamiento ha sido una prerrogativa pacíficamente aceptada y a la que, hasta hace muy poco, se había prestado escasa atención.

Ese escaso interés tal vez se debía a que la atribución de un fuero especial a favor de los parlamentarios no es una prerrogativa exclusiva de estos, sino que alcanza también a los miembros de otros órganos constitucionales y de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.¹

¹ PEÑARANDA RAMOS, JL: “Artículo 71. La dimensión actual de las prerrogativas parlamentarias”, en la obra dirigida por Alzaga Villaamil *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo VI, EDERSA, Madrid, 1998, p. 382. El autor termina señalando que “ello explica que, a diferencia de otras prerrogativas, el fuero no haya sido objeto de especiales consideraciones críticas”.

Es a partir de la crisis económica de 2008 y de las repercusiones de esta en la vida política española, y en especial en nuestro sistema de partidos, cuando se va a prestar atención a ese fuero especial en materia criminal previsto para los parlamentarios españoles, que va a ser objeto de críticas generalizadas. Tanto en los medios de comunicación, como en la propia opinión pública y en la propia doctrina se va a pasar a considerar esa prerrogativa como un privilegio personal carente de justificación, instituido con el único propósito de favorecer a la clase política. Los principales partidos políticos van a asumir estas críticas, lo que ha provocado que en los últimos años estén proliferando los intentos de proceder a su supresión o, al menos, a la reducción de su ámbito de aplicación, tanto a nivel estatal como autonómico.

La actual polémica que rodea a los aforamientos parlamentarios y que los convierte en una cuestión de la máxima actualidad, es lo que hace atractivo profundizar en su estudio a fin de poder formarse una opinión sobre la conveniencia o no de su mantenimiento.

2. EL AFORAMIENTO PARLAMENTARIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

2.1.- El artículo 71.3 CE.

2.1.1. Contenido.

Como acabamos de decir, el aforamiento de diputados y senadores es una de las prerrogativas que a los miembros de las Cortes Generales confiere directamente la Constitución Española. En concreto, a través del apartado tercero del artículo 71, precepto ubicado en el Capítulo I, *De las Cámaras*, del Título III, *De las Cortes Generales*.

Antes de tratar de ofrecer una definición de esta prerrogativa, conviene examinar los elementos objetivo, subjetivo y teleológico que la delimitan.

Desde una perspectiva objetiva, el ámbito material del fuero comprende toda causa penal dirigida contra un diputado o senador, con independencia de que ésta se encuentre vinculada a conductas relacionadas con el ejercicio de su cargo representativo. Se trata, en palabras de la STC 22/1997 de “un contenido absolutamente indisponible de esta prerrogativa, de tal manera que, cualquiera que sea la causa, ésta pasará al Tribunal Supremo”². Ello significa

² STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 6.

que el fuero especial así establecido se extiende a los presuntos actos delictivos cometidos por el sujeto antes de acceder al cargo de representación, así como los que pueda cometer durante su ejercicio, sin tener importancia que, en momento de entrar en posesión del mandato parlamentario, ya estuviera conociendo de la causa un órgano judicial distinto del señalado por el artículo 71.3 CE, ya que desde el momento en que el parlamentario es proclamado electo, el juez ordinario que estuviera conociendo la causa perderá su competencia hasta que el parlamentario cese en el cargo³.

Subjetivamente, el aforamiento dispuesto por el artículo 71.3 CE se circunscribe, en principio, a los diputados y senadores mientras no pierdan su condición de tales. Si el imputado deja de ser parlamentario, la causa debe devolverse al Juzgado de Instrucción o Tribunal que hubiera sido competente de no mediar el fuero especial. No obstante, en determinadas ocasiones este fuero procesal especial puede aplicarse a personas que no formando parte de las Cortes Generales se encuentran imputadas en la misma causa que un miembro de éstas, como consecuencia de la obligación legal de proceder al enjuiciamiento conjunto en un único procedimiento de los delitos conexos.⁴

La finalidad a la que sirve esta prerrogativa ha sido fijada por el Tribunal Constitucional. Según el Alto Tribunal la prerrogativa del aforamiento “teleológicamente, y en sede estrictamente procesal, opera como complemento y cierre -aunque con su propia y específica autonomía- de las de la inviolabilidad y la inmunidad, orientadas todas ellas hacia unos mismos objetivos comunes: proteger a los legítimos representantes del pueblo de acciones penales con las que se pretenda coartar su libertad de opinión (inviolabilidad), impedir indebida y fraudulentamente su participación en la formación de la voluntad de la Cámara, poniéndolos al abrigo de querellas insidiosas o políticas que, entre otras hipótesis, confunden, a través de la utilización inadecuada de los procesos judiciales, los planos de la responsabilidad política y la penal, cuya delimitación es uno de los mayores logros del Estado constitucional como forma de organización libre y plural de la vida colectiva (inmunidad) o, finalmente, proteger la independencia del órgano y el ejercicio de las funciones del cargo constitucionalmente relevantes (aforamiento).”⁵

³ MATÍA PORTILLA, E.: “Lección 3. Las Cortes Generales (I): naturaleza, estructura y composición” en *Lecciones de Derecho Constitucional. II*, (Coord. P. Biglino Campos, J.M. Bilbao, F. Rey, J. Matía y J.M. Vidal), 1ª ed., Lex Nova, Valladolid, (2013) pp. 92 y ss.

⁴ SANTAOLALLA LÓPEZ, F.: *Derecho parlamentario español*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, (2013), p.154.

⁵ STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 6.

Con todo ello, podemos llegar a un concepto claro de aforamiento. Éste puede definirse, en abstracto, como aquella prerrogativa que comporta el establecimiento de un fuero procesal especial distinto del que resulta de las reglas ordinarias de competencia, para el conocimiento de las causas incoadas contra diputados y senadores durante su mandato por cualquier ilícito penal (fuero especial puro) o por algunos en concreto (fuero especial relativo). Constituye, por tanto, una prerrogativa procesal y en principio temporal ⁶.

En el caso de nuestro ordenamiento jurídico, el aforamiento de los miembros de las Cortes Generales instituido por la Constitución pertenecería a la categoría del fuero especial puro.

2.1.2. *Elaboración del precepto.*

El *iter* jurídico de este precepto que contiene la prerrogativa del aforamiento lo encontramos en el Anteproyecto de Constitución Española, en concreto, en su artículo 63.3, que establecía que *en las causas contra Diputados y Senadores será competente la sala de lo criminal del Tribunal Supremo*.

Durante la tramitación del proyecto constitucional en el Congreso, la Minoría catalana presenta la enmienda número 150, que pretendía el cambio de *sala de lo criminal del Tribunal Supremo* por *Sala de lo Penal del Tribunal Supremo*. Esta enmienda es aprobada e incorporada por la Ponencia, pasando a ser este precepto el artículo 66.3.

A continuación, el anteproyecto pasará al Senado donde el texto del actual artículo 71.3 solo será objeto de la enmienda número 502 de Luis María Xirinacs Damians, que proponía la sustitución de la expresión *Tribunal Supremo* por la de *Tribunal Confederal*. Esta enmienda no será aceptada.

En el Dictamen de la Comisión Constitucional del Senado el número del artículo pasará a ser el 70.3 y sin modificación alguna en su contenido procederá a constituir el artículo número 71.3.⁷

Es curioso observar como el precepto pasó todas las barreras sin oposición alguna, salvo cuestiones formales de menor importancia. Esta observación contrasta con la actual crisis

⁶ Propuesta de reforma constitucional e informe sobre el procedimiento que debe seguirse para su tramitación del Consejo de Estado, de 15 de Noviembre de 2018, p.13. Este trabajo le fue encomendado al Consejo de Estado por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 21 de septiembre de 2018.

⁷ CORTES GENERALES: Constitución Española. Trabajos parlamentarios, (edición de Fernando Sainz Moreno), Cortes Generales, Madrid, 1980.

que sufre la figura del aforamiento, cuestionada por los partidos políticos, así como por gran parte de la población, cuestión que será analizada más adelante.

2.1.3. Antecedentes históricos.

a) Constitución de 1812: El Tribunal de Cortes.

La Constitución de Cádiz (1812) supone una novedad ya que de forma clara y sistemática se recogen por escrito los preceptos básicos de la organización del Estado, constituyéndose éste como un Estado liberal encarnado en una Monarquía constitucional con dos centros de poder: las Cortes, y el Rey.

En este texto, las Cortes son definidas como “la reunión de todos los Diputados que representan la Nación, nombrados por los ciudadanos” y, a diferencia de nuestra actual Constitución (1978), la de Cádiz no establece un Parlamento bicameral conformado por dos Cámaras independientes, a pesar del intento de Jovellanos que fue declinado por los más radicales. Argüelles justificaría esta decisión fundamentándola en los posibles intereses que podría provocar la separación en dos Cámaras, sin embargo, esa fundamentación escondía un claro temor a que otra Cámara frenara las reformas propuestas por los liberales.⁸

En relación con las prerrogativas parlamentarias en la Constitución de 1812, ésta disponía, en su artículo 128, que: *“Los diputados serán inviolables por sus opiniones, y en ningún tiempo ni caso, ni por ninguna autoridad podrán ser reconvencidos por ellas. 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. Durante las sesiones de las Cortes, y un mes después, los diputados no podrán ser demandados, civilmente, ni ejecutados por deudas”*.

Así, tal y como expresa el texto, en relación con el aforamiento, la Constitución de 1812 aclara que en materia criminal contra los diputados solo podrá conocer una jurisdicción especial *ad hoc*: el Tribunal de Cortes.

En cuanto al desarrollo de este precepto, debemos acudir al Reglamento para el Gobierno Interior de las Cortes de Cádiz, en concreto, al artículo LII perteneciente al Capítulo V *De los Diputados*, el cual dispone que *para juzgar las causas criminales de los diputados se nombrará por*

⁸ MONTANOS FERRIN, E. Y SÁNCHEZ-ARCILLA, J.: “Capítulo IX: España contemporánea” en *Introducción a la Historia del Derecho*, Tomo II, 1ª ed., DYKINSON, Madrid, (1988), pp.322-323.

*las Cortes dentro de los seis primeros días de las sesiones un tribunal compuesto de dos salas, una para la primera instancia, y otra para la segunda. Cada una de estas salas se compondrá del número de individuos que señala la ley de 9 de Octubre de 1812 sobre el arreglo de tribunales; y todos estos jueces y el fiscal serán diputados*⁹.

Por tanto, el procedimiento para juzgar a los Diputados de las Cortes por causas criminales consistirá en la formación en el seno de la propia Cámara de dos Salas, una de primera y otra de segunda instancia. Los miembros que las compongan deberán ser Diputados, creándose, por tanto, una jurisdicción especial dentro del propio Parlamento para juzgar a sus propios miembros. Esto acarrea un problema, ya que la división de poderes desaparece y es el propio Poder legislativo el que juzga a sus miembros, existiendo una confusión entre el Poder legislativo y el Poder judicial.

b) Constitución de 1876.

La Restauración comienza con la proclamación de Alfonso de Borbón como Rey de España abriendo paso a una etapa histórica más estable cuyo artífice fue Antonio Cánovas del Castillo.

Proclamado Alfonso XII, y nombrado Cánovas presidente del Consejo de Ministros, éste último redactó la Constitución de 1876 que subsistiría el golpe de estado de Primo de Rivera de 1923.

El texto constitucional se conforma de 89 artículos en cuya parte orgánica se establecía un sistema bicameral perfecto en materia competencial y diferenciado en cuanto al acceso a la condición de parlamentario. Mientras que el Congreso de los Diputados era elegido, el Senado se compondría por tres tipos de senadores cuyo origen sería por derecho propio, vitalicios nombrados por la Corona y aquellos elegidos por las corporaciones del Estado y mayores contribuyentes¹⁰.

La referencia en la Constitución de 1876 a la prerrogativa que estudiamos la encontramos en el artículo 47, incluido en el Título V *De la celebración y facultades de las Cortes*, que señala que *los Senadores no podrán ser procesados ni arrestados sin previa resolución del Senado, sino cuando sean hallados*

⁹ Reglamento para el Gobierno Interior de las Cortes de Cádiz, aprobado por Decreto CCXCIII de 4 de septiembre de 1813.

¹⁰ Artículos 20-24 de la Constitución Española de 1876.

infraganti, ó cuando no esté reunido el Senado; pero en todo caso se dará cuenta á este Cuerpo lo más pronto posible para que determine lo que corresponda. Tampoco podrán los Diputados ser procesados ni arrestados durante las sesiones sin permiso del Congreso, á no ser hallados infraganti; pero en este caso y en el de ser procesados ó arrestados cuando estuvieren cerradas las Cortes, se dará cuenta lo más pronto posible al Congreso para su conocimiento y resolución. El Tribunal Supremo conocerá de las causas criminales contra los Senadores y Diputados, en los casos y en la forma que determine la ley.

La regulación del aforamiento incluida en el artículo 47 de la Constitución de 1876 establece los requisitos de autorización para procesar a un miembro del Congreso de los Diputados o el Senado propios de la inmunidad, siendo necesario la concesión por la Cámara del suplicatorio para que pueda entrar en vigor la competencia atribuida al Tribunal Supremo para conocer de las causas criminales contra parlamentarios. Este artículo será el que dé paso a la regulación y desarrollo de un procedimiento penal especial en la Ley de 9 de febrero de 1912, norma que de asombrosamente sigue vigente hoy.

2.1.4. Derecho comparado.

El aforamiento en nuestro ordenamiento jurídico actual abarca un ámbito subjetivo amplio. Concretamente, se prevé para los miembros de la Familia Real, el Presidente y miembros del Gobierno, Diputados y Senadores de las Cortes, Presidentes autonómicos, Consejeros de los ejecutivos de la Comunidades Autónomas, miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, jueces y fiscales, vocales del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), magistrados del Tribunal Constitucional, y miembros de distintas instituciones como el Tribunal de Cuentas, el Consejo de Estado y los defensores del pueblo.

Y es que, tal y como aclara la Propuesta de reforma constitucional del Consejo de Estado, de 15 de noviembre de 2018¹¹, el aforamiento de parlamentarios y miembros del Gobierno es una realidad existente, sin embargo, se encuentra menos generalizado y su alcance material es más restringido que aquel que el presenta nuestro país.

En referencia a los parlamentarios, en los Estados europeos, la regla general es su no aforamiento, aunque ello no impida que se den las siguientes situaciones:

- a) No aforamiento: carecen de fuero especial, sin ni siquiera reconocerse en textos infra constitucionales en Alemania, Francia, Italia, Austria, Bélgica, Luxemburgo,

¹¹ Ibidem, p.3.

Dinamarca, Noruega, Finlandia, Suecia, República checa, de la República eslovaca, Hungría, Eslovenia, Croacia, Bosnia y Herzegovina, Serbia, Macedonia, Albania, Bulgaria, Estonia, Letonia, Lituania, Ucrania de Moldavia¹².

b) Aforamiento limitado: en Portugal, el artículo 11.3 del código procesal portugués prevé un caso excepcional de aforamiento para el caso del Presidente de la Asamblea legislativa portuguesa, que se encuentra aforado en las mismas condiciones que el Primer Ministro y el Presidente de la República ante el Pleno de las Secciones penales del Tribunal Supremo.

c) Aforamiento extenso: salvo en el caso español, solo se contempla el aforamiento parlamentario en los Países Bajos, aunque limitado a actos en el ejercicio de su cargo; Grecia, solo para determinados delitos; Rumanía y Bielorrusia.

En el caso de los Países Bajos, se reconoce esta prerrogativa en el artículo 119 de la Constitución holandesa que establece que *los miembros del Parlamento serán juzgados por la Corte Suprema por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones*.

Por su parte, en Grecia es el artículo 61.2 de su Constitución el que hace referencia al aforamiento parlamentario y dispone que *el Tribunal de Apelación es competente para juzgar los delitos de difamación cometidos por los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones*.

d) Donde el aforamiento de los parlamentarios más se asemeja al vigente en España es en Rumanía y Bielorrusia. En el primero de estos países se reconoce esta prerrogativa en el artículo 69.1 de su Constitución, que señala que *el diputado o el senador no puede ser retenido, detenido, registrado o procesado en lo penal o contravencional, sin previa autorización de la Cámara de la cual forma parte y solo después de presentar sus razones. La competencia de juzgar corresponde al Tribunal Supremo de Justicia*. Por su parte, Bielorrusia recoge la misma prerrogativa en el artículo 102 de su Constitución¹².

Es destacable la observación de que solo en España y en otros dos países europeos se prevé un aforamiento parlamentario tan amplio, lo que supone una absoluta excepción en el ámbito del Derecho Comparado.

2.1.5. Desarrollo normativo: Ley de 9 de febrero de 1912.

La prerrogativa regulada en el artículo 71.3 CE no ha sido objeto de un desarrollo legislativo posterior específico, a pesar de las reiteradas peticiones en tal sentido, formuladas por el

¹² MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L.M.: “El aforamiento de los cargos públicos. Derecho español y Derecho comparado 1” en *Teoría y Realidad Constitucional*, N.º 35, (2015), pp. 466-467.

Tribunal Constitucional. Así, esta prerrogativa presenta un marco normativo escasamente definido¹³.

Una ley preconstitucional (Ley de 9 de febrero de 1912) con una extensa vigencia, Disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) y los respectivos Reglamentos de las Cámaras son la única normativa que la regula.

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 vino a desarrollar, aunque con un retraso considerable, el artículo 47 de la Constitución de 1876. Aunque pueda ser sorprendente, esa ley sigue estando hoy formalmente vigente.

La Ley se estructura en un conjunto de diez artículos junto a otro adicional. El primero de ellos introduce la competencia para el conocimiento de las causas contra los parlamentarios, *aun cuando solo tengan carácter de electos*, correspondiendo la misma a la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo. Es decir, esta prerrogativa comenzará a tener aplicación desde el momento en que el diputado o senador adquiera el carácter de electo y se extenderá hasta que cese en el cargo o hasta que concluya el proceso, si éste se prolonga más allá de la legislatura. Esta aclaración respecto a los cargos electos también tiene protagonismo en el artículo segundo ya *que igualmente se remitirán los autos que estuvieren instruyéndose contra persona que, hallándose procesada, fuese elegida Senador o Diputado, inmediatamente que tuviere noticia de su proclamación*.

Entenderá en los mismos supuestos el Consejo Supremo de Guerra y Marina, constituido en Consejo reunido, cuando concurren las siguientes circunstancias respecto a:

- A) Los sujetos: deberá tratarse de parlamentarios que ostenten la condición de militares o marinos no retirados. El artículo adicional de la Ley va a especificar que no estarán sometidos a la jurisdicción del Consejo Supremo los parlamentarios que hayan prestado el servicio militar en filas, salvo su permanencia en éstas.
- B) El hecho objeto del proceso: deberá estar comprendido en las leyes penales especiales del Ejército o de la Armada.

¹³ FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La doctrina constitucional sobre las prerrogativas parlamentarias en España” en *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, N.º 14, (2011), p.19.

C) La competencia: el procedimiento no podrá dirigirse además contra otros Senadores o Diputados ni sobre otros hechos respecto de los cuales tenga competencia la jurisdicción ordinaria.

En conexión con la competencia en estas causas aparece en la Ley, así mismo, el artículo cuarto que establece que las denuncias o querellas contra senadores o diputados se formularán ante el Tribunal Supremo o al Consejo Supremo de Guerra y Marina, según proceda.

En el artículo tercero de la Ley encontramos las fuentes aplicables en las causas contra Senadores y Diputados, entre las que encontramos la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim de 1882), Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) así como el Código de Justicia Militar.

Los artículos quinto a noveno de la Ley, regulan las cuestiones en las que las prerrogativas del aforamiento y de la inmunidad se entrecruzan. El suplicatorio es el instrumento procesal por el que la autoridad judicial solicita autorización del Congreso o el Senado para poder procesar a uno de sus miembros. Solo el Tribunal Supremo, o en su caso el Consejo Supremo de Guerra y Marina, serán competentes para dirigir esa petición a la Cámara correspondiente (Congreso de los Diputados o el Senado) y serán también esos órganos judiciales los que decidan acerca de la prisión de Senadores y Diputados sorprendidos en flagrante delito.

La Cámara decidirá si conceder o denegar el suplicatorio y hasta que no resuelva se procederá a suspender las diligencias de la causa, aun en el supuesto de que antes de dictarla hubieran sido disueltas las Cortes, sin embargo, si se produce la concesión del suplicatorio, continuará el procedimiento hasta que recaiga sentencia o resolución firme. Sin embargo, si se produce la denegación del mismo, tal y como dispone el artículo séptimo de la Ley, se comunicará el acuerdo al Tribunal requirente, que dispondrá el sobreseimiento libre respecto al diputado o senador. Es éste un punto crucial de la Ley de 1912, pues la denegación del suplicatorio supone que la causa penal se archivará definitivamente, sin poder reabrirla en el futuro cuando el parlamentario implicado abandone su cargo, por tanto, impedirá al ofendido por el delito recabar el ius puniendi del Estado.

Es francamente imposible considerar que esta previsión normativa pueda ser compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24.1 y resulta sorprendente que tal incompatibilidad no haya sido declarada todavía con la rotundidad exigible bien por

el Tribunal Constitucional, aplicando la doctrina de la inconstitucionalidad sobrevenida, bien por el Tribunal Supremo acogiendo a la disposición derogatoria de la Constitución¹⁴.

No ha sucedido lo mismo con la previsión contenida también en el artículo 7 de la ley de 1912 sobre la prórroga de la jurisdicción del Tribunal Supremo aun después de que el diputado o senador haya perdido su condición de tal por la disolución de las Cámaras.

Así, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ante el carácter preconstitucional de la ley de 9 de febrero de 1912 ha acabado entendiendo -en una interpretación restrictiva de la prerrogativa de aforamiento basada en primar teleológicamente la dimensión funcional y objetiva de la prerrogativa respecto de la vertiente meramente personal y subjetiva- que “fuera del período de su mandato, la competencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sólo se extiende a los Diputados y Senadores electos o cuando, al finalizar su mandato, estuviera concedida y vigente la autorización de la Cámara para proceder, pero siempre que los hechos cometidos estuvieran directamente relacionados con el ejercicio de la función pública inherente al cargo representativo”¹⁵. Esta interpretación del Tribunal Supremo, expresamente avalada por el Tribunal Constitucional, señala que “ciertamente, no se ajusta al tenor literal de la Ley de 9 de febrero de 1912, pero tratándose de una norma preconstitucional nada impide al Tribunal Supremo modularla a las circunstancias del caso, deduciendo de la Constitución y de las normas procesales la pauta interpretativa a seguir”¹⁶.

2.2. La extensión de los aforamientos a los parlamentarios autonómicos.

Para comenzar el desarrollo de este apartado, es necesario hacer referencia, en primer lugar, al concepto de aforamiento autonómico y a su diferenciación respecto al aforamiento de los parlamentarios pertenecientes a las Cortes Generales.

Los miembros de las Asambleas Legislativas de cada Comunidad autónoma también están sujetos a un fuero especial. Sin embargo, su contenido varía y es distinto de aquel del que disfrutaban los parlamentarios en las Cortes Generales. Esta diferencia estriba en que el órgano competente para conocer de aquellas causas en las que se encuentre implicado un

¹⁴ Sobre esta cuestión puede consultarse MARTIN DE LLANO, M.I.: “La denegación del suplicatorio y su incidencia en el derecho a la tutela judicial efectiva” en *Revista de Derecho*, N.º 2, (2017), p.235. También, NDOUBA, K. T: “Suplicatorio y política: praxis parlamentaria y claves del debate doctrinal sobre el control jurisdiccional de la potestad denegatoria de los suplicatorios” en *Revista De Derecho Político*, N.º 103, (2018), p. 389.

¹⁵ STC 12/2003, de 28 de enero, FJ 4.

¹⁶ STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 8.

parlamentario autonómico dependerá del lugar de la comisión de la presunta conducta delictiva. Si los hechos se han producido en su Comunidad Autónoma, la competencia recaerá en el Tribunal Superior de Justicia de la misma. Si los hechos se han cometido fuera de su Comunidad Autónoma la competencia para conocer de la causa recaerá en el Tribunal Supremo. En el primer supuesto, la competencia para el conocimiento de aquellos actos delictivos que impliquen a un miembro del Parlamento autonómico corresponde a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de cada Comunidad Autónoma, tal y como reconoce el artículo 73.3. a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al atribuir a la Sala de lo Civil y Penal, como Sala de lo Penal de esos Tribunales Superiores de Justicia *el conocimiento de las causas penales que los Estatutos de Autonomía reservan al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia*. La competencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo la encontramos, por su parte, en el artículo 57.1, punto 2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial que le atribuye la instrucción y enjuiciamiento de las causas “que, en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía”. La Ley Orgánica del Poder Judicial se remite, pues, a los Estatutos de Autonomía, como fuente normativa para el establecimiento para los parlamentarios autonómicos de ese fuero especial.

En efecto, el fundamento normativo de esta prerrogativa en el ámbito autonómico son los Estatuto de Autonomía de cada Comunidad Autónoma a diferencia del aforamiento del que gozan diputados y senadores, cuya base normativa se encuentra en el artículo 71.3 de la Constitución Española. En un principio los Estatutos de Autonomía de la totalidad de las Comunidades Autónomas contaban con un contenido uniforme en este punto gracias a los Pactos autonómicos de 1981.

Los Pactos autonómicos de 1981 tienen su origen en un acuerdo entre el Gobierno de la Nación y el Partido (Unión de Centro Democrático) que lo sustenta, y el principal partido de la oposición, el Partido Socialista Obrero Español. La intención que animó fue la de elaborar un diseño básico que hiciera posible “la profundización del proceso autonómico, la generalización del proceso, con el fin de conseguir en el menor plazo posible la “distribución homogénea del poder reconociendo las diversas peculiaridades de las nacionalidades y regiones y la armonización del desarrollo institucional y legislativo autonómico”¹⁷, consiguiendo, de esta forma, un ordenamiento más claro, así como mayor seguridad jurídica. La futura regulación del *status* de los miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas lo encontramos dentro del apartado cuarto de los Pactos

¹⁷ Preámbulo de los Acuerdos Autonómicos 1981.

Autonómicos, que dispone, en referencia al aforamiento de los parlamentarios autonómicos, que corresponderá *decidir, en todo caso, sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio al Tribunal Superior de Justicia de su Comunidad Autónoma. Fuera de dicho territorio la responsabilidad penal será exigible, en los mismos términos, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo*. Este fuero especial de los diputados autonómicos actúa para el Tribunal Constitucional como complemento de las restantes prerrogativas integrantes del estatuto de los parlamentarios con las que comparte una misma finalidad: preservar la libertad e independencia del Parlamento. Se trata, tal y como aclara el Tribunal Supremo, de proteger la independencia del órgano legislativo y del jurisdiccional, frente a posibles amenazas externas o aquellas influencias que pudiera llevar a cabo el propio aforado por razón de su cargo político o institucional.¹⁸.

Por último, es necesario aludir al Estatuto de Autonomía de Castilla y León como ejemplo de la regulación homogénea que se acordó en los Pactos Autonómicos de 1981. La regulación de las prerrogativas que el Estatuto de Autonomía atribuye a los Procuradores de las Cortes de Castilla y León la encontramos en el apartado segundo del artículo 22 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León. En este precepto estatutario se establece el aforamiento señalando que, en caso de producirse presuntos actos delictivos donde se encuentre implicado un miembro de nuestro parlamento autonómico, corresponderá *decidir en todo caso sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio al Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Fuera del territorio de la Comunidad la responsabilidad penal será exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo*.

Por tanto, es el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León el que conocerá de la inculpación, prisión, procesamiento y juicio por la presunta implicación de un miembro de las Cortes de Castilla en un hecho o acto delictivo, salvo que el hecho delictivo fuera cometido fuera del territorio de la Comunidad Autónoma, en cuyo caso será el Tribunal Supremo el que conocerá del asunto.

Aunque este precepto se conserva como en su origen actualmente, no han faltado propuestas de reforma en relación con el aforamiento de los Procuradores de las Cortes de Castilla y León, cuestión ésta que abordaremos en un apartado posterior (Apartado 3.3 de este Trabajo).

¹⁸ MATÍA PORTILLA, E.: “Artículo 22: Estatuto de los Procuradores” en *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Castilla y León. Ley Orgánica 14/2007, de 30 de Noviembre*, (Dir. Ignacio SÁEZ HIDALGO, y Fernando REY MARTÍNEZ), 1ª ed., Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), (2011), p. 286.

Finalmente, conviene señalar que como indica MATÍA PORTILLA, este aforamiento especial también encuentra protección en el Código Penal, en concreto, en el artículo 501, el cual dispone que *la autoridad judicial que inculpare o procesare a un miembro de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma sin los requisitos establecidos por la legislación vigente, será castigada con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de diez a veinte años*. Se trata de una importante garantía de la inmunidad y aforamiento parlamentarias, si bien conviene recordar que los parlamentarios autonómicos solamente cuentan con la prerrogativa del aforamiento, en cuanto a que, en su caso, no es exigible la concesión del suplicatorio por parte de la Asamblea Legislativa de la que forman parte para proceder a su inculpación y procesamiento¹⁹.

2.3. Aforamientos y derecho al juez predeterminado por la Ley.

El derecho al juez predeterminado por la Ley se enmarca en el texto constitucional en el apartado segundo del artículo 24, incluido en el Capítulo Segundo, *Derechos y libertades del Título I, De los derechos y deberes fundamentales*, que consagra el derecho a un proceso judicial con todas las garantías. EL derecho al proceso debido está estrechamente conectado con lo dispuesto en el apartado primero de ese mismo artículo 24 CE, al versar ambos sobre el derecho a la satisfacción de la tutela judicial efectiva, pues ésta no es posible si no se respetan las garantías procesales que deben informar los distintos procesos.

Para obtener una comprensión amplia del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley es necesario conectarlo con el artículo 117 de la CE, cuyos apartados 5 y 6 proclaman el Principio de unidad jurisdiccional y la prohibición de los Tribunales de excepción , y cuyo apartado 1 confía en exclusiva la Administración de Justicia a los *Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial*, que han de poseer las características de independencia, inamovilidad, responsabilidad y sometimiento único al imperio de la ley. Este precepto conecta con el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley ya que el juez ordinario es el juez cierto, imparcial, no establecido *ad hoc* para un caso concreto, debido a que, si el juez fuera

¹⁹ MATÍA PORTILLA, E.: *ob. cit.*, p.286.

seleccionado respecto a cada litigio singular, se estaría facilitando la manipulación del proceso²⁰.

Por ello, el Tribunal Constitucional establece a través de su jurisprudencia tres exigencias en aras a la determinación del juez ordinario predeterminado por la ley

- 1) Que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica.
- 2) Que la norma jurídica creadora le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial, permitiendo en cada caso establecer cuál es el órgano llamado a conocer en cada caso.
- 3) Que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional. (criterio regulado en el artículo.117.6 CE al disponer que *Se prohíben los Tribunales de excepción*).

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado, tras haber afirmado que la referencia del art. 24.2 CE a la ley exige que el vehículo normativo para determinar el Juez del caso sea la Ley en sentido estricto, que la predeterminación legal del Juez significa que la Ley, con generalidad y anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso²¹:

En los aforamientos se establecen reglas de competencia procesal penal en virtud de las cuales se atribuye competencia objetiva y funcional a tribunales penales superiores a los fijados para los casos usuales cuando se enjuicia a un alto cargo, autoridad o funcionario público de cualquier poder del estado²². Esto podría suponer una infracción del artículo 24.2 CE ya que esos aforados son juzgados en materia penal por un tribunal superior al que correspondería, en su caso, como juez ordinario predeterminado por la ley.

A esta cuestión encontramos respuesta a través del Tribunal Constitucional, al afirmar éste, reiteradamente, que el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley se satisface si un

²⁰ MONTILLA MARTOS J.A.: “Las Cortes Generales” en *Manual de Derecho Constitucional volumen II: Derechos y libertades fundamentales deberes constitucionales y Principios rectores*. Instituciones y órganos constitucionales., (Coord. Balaguer Callejón et alii), 4ª ed., TECNOS, Madrid, (2009), p.463.

²¹ STC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 2 b).

²² COLOMER, J. G.: “Privilegios procesales inconstitucionales e innecesarios en la España democrática del siglo XXI: el sorprendente mantenimiento de la institución del aforamiento” en *Revista de Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid N.º 38, (2016), p.1.

asunto es conocido por un órgano judicial regularmente constituido, que ejerce sus funciones dentro de su ámbito competencial.

Respecto a la prohibición de tribunales excepcionales, el Tribunal Constitucional considera que "la prohibición no impide que el legislador pueda razonablemente, en determinados supuestos, teniendo en cuenta la condición de las personas enjuiciadas y la trascendencia que ello alcanza para el conjunto de la sociedad, disponer que el enjuiciamiento en tales supuestos se lleve a cabo por el más alto Tribunal de la Nación".²³ Todavía es más rotundo el Supremo intérprete de la Constitución cuando, en su STC 22/1997, afirma que "la Sala Segunda del Tribunal Supremo es, respecto de las acciones penales dirigidas contra Diputados y Senadores, "el Juez ordinario predeterminado por la Ley" a que se refiere el art. 24.2 C.E., esto es, aquél constituido con arreglo a las normas procesales de competencia preestablecidas, en este caso, por la Constitución misma en su art. 71.3. Predeterminación constitucional del órgano jurisdiccional competente que comporta el seguimiento de una distinta tramitación procesal exigida por ese interés superior del Ordenamiento que es la independencia y el prestigio de las instituciones, imprescindible en el funcionamiento de todo Estado democrático".²⁴

En resumen, y en palabras del Tribunal Constitucional "la Sala Segunda del Tribunal Supremo es, respecto de las acciones penales dirigidas contra Diputados y Senadores, 'el Juez ordinario predeterminado por la ley' a que se refiere el art. 24.2 CE, esto es, aquel constituido con arreglo a normas procesales de competencia preestablecidas, en este caso, por la Constitución misma en su art. 71.3".²⁵

2.4. Aforados y derecho a la tutela judicial efectiva: el derecho a la doble instancia en materia penal.

Antes de conectar este derecho con la prerrogativa del aforamiento, es necesario analizarlo de forma separada para comprender su funcionamiento.

Lo primero que analizaremos será el derecho a la tutela judicial efectiva. Este derecho se configura como un derecho fundamental consagrado en el artículo 24 CE perteneciente al

²³ ATC 1309/1988, de 12 de diciembre, FJ 2 a).

²⁴ STC 22/1997, de 11 de febrero FJ 6.

²⁵ STC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 6.

Capítulo Segundo, *Derechos y libertades*, del Título I, *De los derechos y deberes fundamentales*. El precepto dispone que:

1. *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*

2. *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.*

Tal y como informa Balaguer Callejón, nos encontramos ante un precepto que reconoce y protege un conjunto de derechos, formulados como garantías procesales dirigido a posibilitar el acceso de todas las personas a la jurisdicción como instancia decisiva para la defensa y satisfacción de sus derechos e intereses legítimos, a través del cumplimiento de los principios de constitucionalidad y legalidad y del respeto a los derechos y libertades fundamentales²⁶.

En la estructura del artículo encontramos dos apartados, el primero referido a la garantía de acceso a la jurisdicción, y el segundo, a las garantías integrantes del "debido proceso". Aunque sean apartados diferentes, es necesario que sean considerados de forma conjunta, ya que sin las garantías procesales que ofrece el segundo apartado, no sería posible la tutela efectiva que consagra en el primero, sin perjuicio de que, tal y como aclara el Tribunal Constitucional, ambos apartados tengan autonomía constitucional que los singulariza²⁷.

Respecto al derecho a la doble instancia en materia penal, se encuentra previsto en el artículo 2.1.º del Protocolo Adicional N.º 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), el cual dicta que *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*, y también en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (PIDCP), el cual dispone 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*. Ambos preceptos fueron incorporados a nuestro ordenamiento jurídico interno tras su ratificación, conforme al art. 10.2 CE (*Las normas relativas a los derechos*

²⁶ CÁMARA VILLAR, G.: "Capítulo XXI: El derecho a la tutela judicial efectiva" en *Manual de Derecho Constitucional volumen II: Derechos y libertades fundamentales deberes constitucionales y Principios rectores. Instituciones y órganos constitucionales*, (Coord. Balaguer Callejón et alii), 4ª ed., TECNOS, Madrid, (2009), p.265.

²⁷ CÁMARA VILLAR, G.: *Ob.cit.*, p. 265-266.

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).

Lo expuesto en los párrafos precedentes hace denotar una colisión de la prerrogativa del aforamiento parlamentario con el derecho a la doble instancia penal. El derecho a la tutela judicial efectiva aparece configurado como un derecho cuya titularidad corresponde a "todos", tanto personas físicas como jurídicas, públicas como privadas y españolas como extranjeras, sin embargo, este derecho fundamental se ve frustrado con la aplicación del art.71.3 CE según el cual *en las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo*, ya que, al establecer como competente, en primera instancia, en estas causas, al *órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes*²⁸ de nuestro ordenamiento jurídico, se produce el efecto de que el parlamentario aforado a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no pueda tener acceso a una segunda instancia en materia penal.

En todo caso, es necesario observar que el artículo 14.5 PIDCP, se refiere a un *fallo condenatorio*, de modo que lo que este derecho garantiza es el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a acudir a un Tribunal superior. Ello exige que, en primera instancia, se haya dictado una sentencia condenatoria esto es, una resolución judicial que sanciona el comportamiento del acusado con una pena, de cualquier tipo.²⁹

Sin embargo, tal y como aclara la STC 157/2003, en su fundamento jurídico 8³⁰, el hecho de que se produzca una sentencia absolutoria en el proceso penal no impide que la persona que ha sido juzgada pueda interponer frente a la resolución un recurso, señalando expresamente que la existencia del interés o perjuicio que permiten el acceso al recurso ha de ser examinada en concreto, sin que pueda rechazarse por razones abstractas o de principio, ligadas al contenido de la parte dispositiva de la resolución judicial.

Ante esta supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, es necesario acudir en busca de respuesta a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En primer lugar, respecto al Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, el Tribunal Constitucional se ha

²⁸ Artículo 123.1 CE, este precepto exceptúa ese carácter de órgano judicial superior que atribuye al Tribunal Supremo cuando de garantías constitucionales se trata, porque en esa materia la superioridad la ostenta el Tribunal Constitucional.

²⁹ DÍAZ MARTÍNEZ, M.: "Absolutorias en apelación y casación: Principio de inmediación y derecho de defensa" en *Revista De Derecho Penal y Criminología*, N.º 9, (2013), p.113.

³⁰ STC 157/2003, de 15 de septiembre, FJ 8. En el mismo sentido se pronuncian las SSTC 41/1998, de 24 de febrero y 79/1987, de 27 de mayo.

pronunciado, aduciendo que este Pacto Internacional, de conformidad con el cual han de interpretarse las normas sobre derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, a tenor de lo dispuesto en el art. 10.2 de ésta, consagra (art. 14.5) el derecho de toda persona declarada culpable de un delito 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. Este mandato, incorporado a nuestro derecho interno (Cf. «Boletín Oficial del Estado» núm. 103, de 30 de abril de 1977), no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes, pero obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su art. 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Derecho Procesal Penal de nuestro ordenamiento³¹.

Sin embargo, la amplitud de este derecho a la doble instancia penal referido en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, solamente exige de manera expresa que se trate de un recurso devolutivo, esto es, que sea resuelto por un órgano superior al que dictó la resolución recurrida, sin efectuar previsión alguna acerca de si es necesaria una doble instancia penal generalizada, o si, por el contrario, es suficiente con cualquier tipo de recurso, aun limitado o extraordinario, para que el «derecho a los recursos» quede debidamente garantizado por parte del legislador. Así, reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha manifestado que el mandato del art. 14.5 PIDCP «*no es bastante para crear, por sí mismo, recursos inexistentes*».³²

Respecto al artículo 2 del Protocolo número 7 al CEDH, es el mismo artículo, en su apartado segundo el que aclara una serie de excepciones a esa doble instancia penal entre la que se encuentra el hecho de *que el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional*, como sucede en el caso de los parlamentarios que gozan de la prerrogativa del aforamiento al Tribunal Supremo y en los que no existe, contra la Sentencia condenatoria dictada en única instancia por dicho órgano judicial recurso alguno.

A partir de estos datos, el Tribunal Constitucional va a efectuar, en relación con ese reconocimiento, una normativa internacional sobre el derecho a la doble instancia en materia penal, dos precisiones en su STC 66/2001 aclarando en ella que “en relación con el referido

³¹ STC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3.

³² GONZÁLEZ-CANO, I.: “El Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho al recurso penal en el ordenamiento español” en *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, Madrid, N.º 2, (2001), p. 42.

Pacto internacional, para indicar que en el caso de aquellos Estados que formularon reservas a la aplicación de dicho art. 14.5, las mismas no fueron objetadas por otros Estados contratantes del Pacto internacional ni cuestionadas por el Comité de Derechos Humanos de la ONU. La segunda, respecto al Convenio europeo de derechos y libertades fundamentales hecho en Roma en 1950, que pese a que su art. 6 no enuncia expresamente el derecho fundamental aquí considerado, sí lo ha reconocido en el Protocolo núm. 7 a este Convenio, pero estableciendo una excepción significativa en su art. 2.2., ya que permite que las legislaciones de los Estados contratantes lo excluyan, entre otros supuestos, "cuando el culpable haya sido juzgado en primera instancia por el más alto Tribunal". Extremos que son relevantes a los fines del art. 10.2 CE en lo que respecta al alcance de esta exigencia en los sistemas de protección de los derechos fundamentales establecidos tanto por el Pacto internacional de 1966 como por el Convenio europeo de 1950, aunque España aún no haya ratificado el mencionado Protocolo núm. 7".³³

Y en relación con la vulneración del derecho a la doble instancia en materia penal, el Tribunal Constitucional se pronuncia en la STC 51/1985 diciendo que "determinadas personas gozan, *ex Constitutione*, en atención a su cargo, de una especial protección que contrarresta la imposibilidad de acudir a una instancia superior, pudiendo afirmarse que esas particulares garantías que acompañan a Senadores y Diputados disculpan la falta de un segundo grado jurisdiccional, por ellas mismas y porque el órgano encargado de conocer en las causas en que puedan hallarse implicados es el superior en la vía judicial ordinaria"³⁴. Esta Sentencia va a rechazar también la supuesta vulneración del derecho al recurso, reiterando lo dicho en tal sentido en su STC 22/1997 con las siguientes palabras: "la Sala Segunda del Tribunal Supremo es, respecto de las acciones penales dirigidas contra Diputados y Senadores, 'el Juez ordinario predeterminado por la Ley' a que se refiere el art. 24.2 CE, esto es, aquel constituido con arreglo a las normas procesales de competencia preestablecidas, en este caso, por la Constitución misma en su art. 71.3". Pues, como también sostuvimos en dicha Sentencia, "la finalidad cuya salvaguarda se persigue mediante la constitucionalización de la prerrogativa de aforamiento especial de Diputados y Senadores ... [reside en proteger] la propia independencia y sosiego, tanto del órgano legislativo como del jurisdiccional, frente a potenciales presiones externas o las que pudiese ejercer el propio encausado por razón del cargo político e institucional que desempeña. La prerrogativa de aforamiento actúa, de este modo, como instrumento para la salvaguarda de la independencia institucional tanto de las

³³ STC 66/2001, de 17 de marzo, FJ 4 a).

³⁴ STC 51/1985, de 10 de abril, FJ 3.

Cortes Generales como del propio Poder Judicial, o, dicho de otro modo, el aforamiento preserva un cierto equilibrio entre los poderes y, al propio tiempo, la resistencia más eficaz frente a la eventual trascendencia de la resolución judicial en la composición del Parlamento”. Por tanto, el Tribunal Constitucional justifica la restricción del derecho al recurso a través del reconocimiento de la prerrogativa del artículo 71.3 CE, “en base a las necesidades de protección tanto de la independencia de la propia institución parlamentaria como del Poder judicial”, ya que, al hacer una ponderación entre ambas, se convierte en innecesaria una ulterior valoración expresa de la proporcionalidad de la restricción de este derecho fundamental, en otro caso imprescindible, dado que, como este Tribunal tiene declarado, toda restricción de derechos fundamentales debe responder a un fin constitucionalmente legítimo y ser instrumento necesario y adecuado para alcanzar dicho objetivo (por todas SSTC 62/1982, de 15 de octubre, FFJJ 3, 4 y 5; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4; 49/1999, de 5 de abril, FJ 7) ³⁵.

Así, teniendo en cuenta todo lo expuesto hasta ahora, podemos concluir que, aunque este derecho a la doble instancia en materia penal lo encontremos en el artículo 24 CE referido al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en el artículo 2.1.º del Protocolo Adicional N.º 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (PIDCP), la restricción de este derecho es justificable en base a garantizar y proteger la independencia tanto de la propia institución parlamentaria como del Poder judicial, a través de la prerrogativa del artículo 71.3 CE.

2.4. La interpretación estricta de los aforamientos.

2.5.1. La perpetuatio iurisdictionis.

Aunque en el artículo 71.3 de la Constitución Española no se establezca límite alguno, la prerrogativa parlamentaria del aforamiento no es perpetua, sino que se somete a una serie de limitaciones, -y así lo confirma el Tribunal Constitucional al afirmar que *es indudable, que su interpretación no puede realizarse en términos absolutos y con desconocimiento de la finalidad a la que constitucionalmente sirve, junto con las demás prerrogativas parlamentarias, respecto de las que guarda íntima conexión*³⁶ - y una de estas limitaciones, es la temporal. La duración temporal de esta garantía parlamentaria nace en el momento que diputados y senadores son elegidos, hasta que cesan

³⁵ STC 22/ 1997, de 11 de febrero, FJ 6.

³⁶ STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 7.

en el cargo, ya sea, bien por llegar al fin de su mandato, bien porque decidan voluntariamente y de forma sobrevenida abandonar el cargo.

Este límite temporal no genera dudas en el caso de que el implicado en el supuesto hecho delictivo ostente la condición de parlamentario en el momento que se pone en marcha la acción penal, ya que en este caso, tal y como dicta la Ley de 9 de Febrero de 1912 en su artículo segundo, *si incoado un sumario por un Juez de Instrucción o por un Juzgado instructor de Guerra o Marina, ya de oficio, ya por denuncia o querrela, apareciesen indicios de responsabilidad contra algún Senador o Diputado, tan pronto como fuesen practicadas las medidas necesarias para evitar la ocultación del delito o la fuga del delincuente, se remitirán las diligencias en el plazo más breve posible al Tribunal Supremo o al Consejo Supremo de Guerra y Marina, si procediese con arreglo a lo establecido en el artículo 1.º*. Sin embargo, lo que si nos hace plantearnos mayores dudas es qué ocurriría si en el momento de estar conociendo un asunto el Tribunal predeterminado por la ley (es decir, bien el Tribunal Supremo en el caso de los aforados pertenecientes a las Cortes Generales, o el Tribunal Superior de Justicia en el caso de los parlamentarios autonómicos) en el que se encuentra implicado un miembro de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, éste perdiera su condición de parlamentario de forma sobrevenida. Esta incertidumbre es resuelta a través del principio de *perpetuatio iurisdictionis*, el cual nace de la doctrina del Tribunal Supremo y que abordaremos en este apartado.

A la hora de dar respuesta a la pregunta que nos formulamos, podemos encontrar diferentes posibilidades, pero antes de analizarlas es necesario definir-acudiendo al ATSJ de CyL 1/2019- el principio de *perpetuatio iurisdictionis* o perpetuación de la jurisdicción como aquel criterio por el cual, en *las causas contra aforados, la resolución judicial que acuerda la apertura del juicio oral constituye el momento en el que queda definitivamente fijada la competencia del Tribunal de enjuiciamiento*³⁷.

Tras definir este principio que analizamos en el actual apartado de este trabajo, es preciso responder a la cuestión referida analizando las distintas posibilidades que se nos plantean en relación con la posible pérdida de la condición de parlamentario en el momento en que la causa está siendo conocida por parte del Tribunal superior. Así, si la competencia del Tribunal superior en las causas en las que se encuentran implicados parlamentarios ya sean diputados, senadores o parlamentarios autonómicos depende del acto de apertura del juicio

³⁷ ATSJ de CyL 1/2019, de 16 de enero, RJ 4.

oral, y de que estos conserven su condición de parlamentarios en ese momento, podemos distinguir las siguientes situaciones:

A) Que ya se haya producido la apertura del juicio oral.

En este caso, aunque el acusado o implicado en los hechos perdiera su condición de parlamentario por cualquier causa, continuaría conociendo del asunto el Tribunal Superior.

En este sentido es en el que se pronuncia el Tribunal Supremo a través de su jurisprudencia (ATS 55/2020, de 14 de mayo, F.D. ÚNICO; STS 413/2008, de 30 de junio; STS 1294/2019; y ATS 14091/2019) al decir que, una vez abierto el juicio oral, este sólo puede terminar por sentencia, es decir, que cuando el procedimiento ha superado la fase de instrucción y ya se ha procedido a la apertura del juicio oral, hay que acudir a la "perpetuatio iurisdictionis", en cuanto supone el mantenimiento de una competencia declarada una vez abierto el juicio oral, incluso en los casos en los que la acusación desistiera de la calificación más grave que dio lugar a la atribución competencial.

Además, es necesario añadir que, tal y como confirma la STS 4120/2018, "a partir de la apertura del juicio oral no es posible suscitar cuestiones referidas a la falta de competencia del tribunal ya que para ello se encuentra la fase de instrucción en el procedimiento"³⁸. De este modo, "la apertura del juicio oral marca el mantenimiento de una competencia declarada"³⁹.

B) Que todavía no se haya producido la apertura del juicio oral.

También existe la posibilidad de que todavía no se haya dictado el auto de apertura del juicio oral. En este contexto, si simultáneamente se produce la pérdida de la condición de parlamentario por cualquier motivo, el Tribunal Supremo o en su caso el Tribunal Superior de Justicia remitirán la causa al Tribunal correspondiente al fuero común, es decir al Juzgado de Instrucción.

C) Excepción con origen en la doctrina del Tribunal Supremo.

Por último, encontramos una excepción a las opciones ya planteadas y ésta consiste en el mantenimiento de la competencia del Tribunal Supremo, aunque se produzca la pérdida de la condición de parlamentario, en el caso de que se cumplan dos requisitos: en primer lugar,

³⁸ STS 4120/2018, de 30 de octubre, FD 9.

³⁹ ATS 12631/2017, de 15 de noviembre, RJ 2.

la conexión del delito imputado con el ejercicio del cargo público; y, en segundo lugar, que esté vigente el suplicatorio otorgado por la Cámara.

Un caso de conocida repercusión y que encuentra conexión con la pérdida de la condición de parlamentario y el principio de perpetuación de la jurisdicción es el referido en la STC 22/1997, de 11 de febrero. Antes de comenzar a analizar sus fundamentos jurídicos, es preciso resumir los hechos del caso. En 1997 se resuelve el recurso de amparo número 1.084/91 interpuesto por Don Andrés Pedro Calero Baena contra los Autos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1990 y 18 de marzo de 1991. A don Andrés Pedro Calero Baena, tras haber sido nombrado Diputado de las Cortes Generales, se le acusó de la presunta comisión de un delito de desobediencia en el desempeño de sus funciones como Alcalde del Ayuntamiento de Andújar. Al ser en ese momento miembro de las Cortes Generales, y, por tanto, aforado, la causa se remitió al Tribunal superior, en concreto, a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que declaró su competencia para conocer del asunto. Tras comprobar la existencia de indicios suficientes contra el acusado, la Sala procedió a solicitar la concesión del suplicatorio y una vez concedido y acordada la apertura definitiva de la causa con la práctica de alguna diligencia de carácter probatorio, se constató la pérdida de la condición de parlamentario por parte del acusado, dictando la Sala el auto-impugnado en amparo- en el que se acordó declinar el conocimiento de los hechos y la devolución de la causa al Juez de Instrucción de Andújar.

La decisión de devolver el asunto al Juzgado de Instrucción se basó en la interpretación restrictiva de esta prerrogativa (fuero especial o aforamiento), la cual *obliga a entender que la prerrogativa de aforamiento especial se circunscribe al período de ejercicio del mandato parlamentario, y que sólo extiende más allá sus efectos cuando los hechos presuntamente delictivos estuvieran en relación con el ejercicio de funciones inherentes al mandato parlamentario*⁴⁰.

En este caso, el actor basó el recurso ante el Tribunal Constitucional, por una parte, en la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (artículo 24.2 C. E), debido a una demora injustificada en la sustanciación del proceso penal, y por otra, en el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 C.E.).

El primer motivo de queja del actor quedó desestimado, al considerar el Tribunal Constitucional que la amplia duración del proceso, la cual conllevó la pérdida de la condición de parlamentario del actor, quedó debidamente justificada al depender de la duración de los

⁴⁰ *ibidem*.

trámites de concesión del suplicatorio entre otros motivos. Y, respecto a la segunda queja formulada ante el Tribunal Constitucional, éste apoya la justificación aportada por el Tribunal Supremo que había afirmado que, *tras constatar fehacientemente que el imputado había perdido su condición de aforado, acordó declinar su competencia y remitir la causa al Juez de Instrucción de Andújar, por entender que la conducta pretendidamente delictiva que se imputaba al actor no se había cometido en el ejercicio de funciones parlamentarias y que, por tanto, no existía ya razón, ni legal ni constitucional, para continuar con el enjuiciamiento del asunto y perpetuar su jurisdicción tras desaparecer lo que constituía, por mandato constitucional, el presupuesto determinante de su competencia* ⁴¹.

Es de esta sentencia del Tribunal Constitucional, de donde podemos extraer las siguientes conclusiones en referencia al funcionamiento de la prerrogativa del aforamiento, al producirse la pérdida de la condición de parlamentario una vez ya ha entrado a conocer del caso el Tribunal Supremo:

- a) Aunque ninguna limitación específica se establece en el artículo 71.3 CE en relación con el aforamiento de los miembros de las Cortes Generales, es indudable, sin embargo, que su interpretación no puede realizarse en términos absolutos y con desconocimiento de la finalidad a la que constitucionalmente sirve, junto con las demás prerrogativas parlamentarias, respecto de las que guarda íntima conexión⁴².
- b) La cognición del Tribunal Supremo por razón de la prerrogativa del aforamiento solo se justifica constitucionalmente en atención a la función institucional que es propia de dicha prerrogativa y no cuando ésta queda privada de su razón de ser por haber perdido el encausado la condición de miembro de las Cortes Generales. Lo contrario supondría “una extensión del ámbito temporal de la prerrogativa convirtiéndola predominantemente en un privilegio personal, que redundaría en una desproporcionada e innecesaria alteración del régimen común del proceso penal”⁴³.
- c) La interpretación restrictiva de la prerrogativa del aforamiento efectuada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en cuya virtud fuera del periodo del mandato de los diputados y senadores su competencia solo se extiende a los parlamentarios electos o aquellos casos en que finalizado el mandato estuviera concedida y vigente la autorización de la Cámara para proceder, pero siempre que los hechos cometidos estuvieran directamente relacionados con el ejercicio de la función pública inherente al cargo

⁴¹ *Ibidem*, FJ 4.

⁴² STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 1.1.c).

⁴³ *ibidem*, FJ 8.

representativo, no se ajusta al tenor literal de la Ley de 9 de febrero de 1912 pero no es contrario a los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 23.2 y 24 CE ⁴⁴.

2.5.2. *La exclusión de los delitos leves.*

En el Código Penal español en vigor actualmente podemos encontrar el concepto de *delito* en su artículo 10, el cual lo define como aquellas *acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*, y, también, el de *delito leve*, en el apartado tercero del artículo 13, donde se refiere a este tipo de delito como aquellas *infracciones que la ley castiga con pena leve*.

Aunque el concepto de *delito leve* lo encontremos en el Código Penal en vigor, éste, sin embargo, no existió con la extensión de su contenido actual hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Es a través de esa Ley Orgánica de 2015 cuando se produce la supresión de las faltas del Código Penal y la sustitución de algunas de ellas por los *delitos leves* anteriormente mencionados, así *la mayoría de las conductas antes así calificadas pasan ahora, las mismas, a ser delitos leves sancionados con mayor penalidad* ⁴⁵.

La eliminación de las faltas, anteriormente reguladas en el Libro III del Código Penal, y la posterior inclusión de alguna de ellas en el Libro II del actual Código Penal, responde al principio de intervención mínima ya que, tal y como aclara el preámbulo de la Ley Orgánica de 2015, esta modificación “debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles”, y a esto añade que “buena parte de los operadores jurídicos viene reclamando la supresión de las infracciones penales constitutivas de falta por la notoria desproporción que existe entre los bienes jurídicos que protegen y la inversión en tiempo y medios que requiere su enjuiciamiento y por la dudosa necesidad de que conductas carentes en muchos casos de gravedad suficiente, deban ser objeto de un reproche penal”⁴⁶.

Una vez expuesto el origen de esta supresión de las faltas y posterior introducción de alguna de ellas como delito leve en el Código Penal actualmente vigente, procederemos a analizar

⁴⁴ *ibidem*, FJ 8.

⁴⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Prefacio” en Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, (2015), p.3.

⁴⁶ Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (Párrafo cuarto del apartado I).

su conexión con el objeto del trabajo que nos ocupa, es decir, con el aforamiento de los parlamentarios.

La aplicación a esta cuestión de la interpretación estricta y vinculada a los supuestos expresamente contempladas en la Constitución que ha de darse siempre a las prerrogativas parlamentarias había llevado al Tribunal Supremo a declarar que el fuero penal especial no incluía en su ámbito material el enjuiciamiento de las faltas.

Así, el ATS 20890/2012 de 27/6/12, en su Fundamento de Derecho segundo, declara que “en relación con los ilícitos penales constitutivos de falta, su jurisprudencia es constante señalando que se hallan fuera de la competencia de la Sala”. El Auto justifica esa falta de competencia al observar que el artículo 71.3 de la Constitución Española hace referencia a *las causas contra Diputados y Senadores*, que esta expresión se utiliza de igual forma en el artículo 57.1. 2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial -cuando se señala que “la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá...2º de la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra...Diputados y Senadores”- y que el artículo 750 de la Ley de Enjuiciamiento criminal dispone que “el Juez o Tribunal que encuentre méritos para procesar a un Senador o Diputado a Cortes por causa de delito...”. El Tribunal Supremo subraya que el uso en esos preceptos de expresiones como “causas”, “causa por delito” o “procesar”, son expresiones que en sentido estricto se refieren a delito y no a la falta, como también ocurre con el término “procesar” que es un concepto procesal referido a procedimientos vinculados a la comisión de un delito. Por ello, EL Auto concluye diciendo que la “Sala considera que carece de competencia para el enjuiciamiento de las faltas, que carecen de aforamiento y que la Ley de Enjuiciamiento Criminal atribuye a los Juzgados de Instrucción o de Paz (v. art. 14.1 º), en este caso al Juzgado de Instrucción”⁴⁷.

En el ATC 14944/2004, el Alto Tribunal reitera su falta de competencia para conocer de las faltas presuntamente cometidas por aforados. En este caso, tal y como se muestra en los hechos que figuran en la resolución, se acusa a un aforado (senador) por unas supuestas amenazas dirigidas a otro sujeto. Se trata de una conducta que podía merecer ser calificada como falta y va a ser en el fundamento jurídico segundo del Auto donde la prerrogativa del aforamiento es “entendida en un sentido restrictivo y a la par técnico-jurídico referido a delito y no a falta” y se dice que la Sala del Tribunal Supremo “carece de competencia para el enjuiciamiento de las faltas, que carecen de aforamiento y que la Ley de Enjuiciamiento

⁴⁷ *ibidem*.

Criminal atribuye a los Juzgados de Instrucción (V. art. 14.1º), en este caso al número 13 de Málaga”.

Va a ser a través del ATS 3664/2018, cuando la Sala Segunda del Tribunal Supremo va a establecer que la modificación del Código Penal operada por parte de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo consistente en la supresión de las faltas y simultanea consideración de algunas de ellas como delitos leves, no afecta a la doctrina que hemos expuesto en los párrafos precedentes “en tanto que el art. 14.1 LECrm (al igual que el art. 87.1c) LOPJ establece la competencia de los Juzgados de Instrucción para el conocimiento y fallo por delito leve”⁴⁸. Por tanto, aunque se trate de un sujeto aforado, si se le acusa de la comisión de un delito leve, el conocimiento de ese presunto delito corresponderá al Juzgado de Instrucción, siguiendo el procedimiento previsto en los artículos 962 y ss. de la LECrim, en relación “a la competencia, derecho y actividad procesal, intervención de las partes, etc.”.

Recientemente, hemos tenido un ejemplo práctico de la aplicación de esta doctrina sobre la exclusión de las faltas del ámbito protegido por el aforamiento en Castilla y León. Un Vicepresidente de la Junta de Castilla y León y Procurador de las Cortes fue acusado de cometer un delito leve de amenazas. El caso fue juzgado por el Juzgado de Instrucción número 5 de Valladolid, a pesar de tratarse de una persona aforada en virtud de lo dispuesto en los artículos 22.2 y 29 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León⁴⁹.

2.5.3. La existencia de indicios fundados para la asunción de la causa por el Tribunal superior: la investigación judicial previa.

El momento concreto en el que la instrucción de la causa debe elevarse a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo por poder resultar implicado en la misma un miembro de las Cortes Generales no ha sido establecida por el legislador postconstitucional. Solamente si acudimos al artículo 2 de la Ley preconstitucional de 9 de Febrero de 1912, encontramos una referencia a la existencia de indicios de responsabilidad contra algún Senador o Diputado, como criterio para remitir la causa al Tribunal Superior⁵⁰.

⁴⁸ ATS 3664/2018, del 8 de agosto, RJ 3.

⁴⁹ Tras el recurso de apelación presentado ante la Audiencia Provincial de Valladolid, ésta ha procedido en su sentencia 279/2020, de 14 de febrero, a ratificar la Sentencia del Juzgado de Instrucción número 5 y ratificando la absolución del miembro de la Junta de Castilla y León y parlamentario del delito leve de amenazas del que había sido acusado.

⁵⁰ Artículo 2 de la Ley de 9 de Febrero de 1912: *Si incoado un sumario por un Juez de Instrucción o por un Juzgado instructor de Guerra o Mariana, ya de oficio, ya por denuncia o querrela, apareciesen indicios de responsabilidad contra algún Senador o Diputado, tan pronto como fuesen practicadas las medidas necesarias para evitar la ocultación*

Si acudimos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, encontramos una doctrina jurisprudencial consolidada en referencia a esta cuestión ⁵¹. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo viene entendiendo, en su función de intérprete de la preconstitucional Ley de 9 de febrero de 1912, que en relación con los requisitos necesarios para la operatividad de la prerrogativa del aforamiento “no basta la mera imputación personal, sin datos o circunstancias que la corroboren, a un aforado”, sino que se exige la justificación basada en la existencia de indicios fundados de responsabilidad, ya que la prerrogativa parlamentaria del aforamiento implica la alteración de normas procesales a modo de excepción justificadas en las funciones del cargo, e implicando por este motivo, su interpretación y aplicación restrictiva.

Por tanto, la atracción de la causa, para su conocimiento, por parte del Tribunal Supremo exige algo más que la mera imputación de un sujeto aforado, debiendo apreciarse “indicios o sospechas fundados con una mínima verosimilitud o solidez sobre la participación de un Diputado o Senador en los hechos objeto de investigación penal para que entre en juego la garantía de aforamiento especial prevista en el art. 71.3 CE” ⁵². Solamente cuando se aprecie la verosimilitud de los indicios que implican a un aforado, es cuando la causa podrá ser asumida por el Tribunal Superior, todo ello justificado en base al carácter restrictivo de la prerrogativa del aforamiento y a la conexión con la finalidad de la misma consistente en la protección de la independencia institucional de las Cortes Generales y del Poder Judicial frente a posibles amenazas del exterior o aquellas influencias que pudiera llevar a cabo el propio aforado por razón de su cargo político o institucional. ⁵³.

2.5.4. El problema de la conexidad procesal.

Tal y como expresa el artículo 71.3 CE, en las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. El problema con este precepto lo

del delito o la fuga del delincuente, se remitirán las diligencias en el plazo más breve posible al Tribunal Supremo o al Consejo Supremo de Guerra y Marina, si procediese con arreglo a lo establecido en el artículo 1.º).

⁵¹ AATS 21 de enero de 1995, 9 de junio de 1995, 17 de julio de 1995, 18 de julio de 1995, 15 de septiembre de 1995, 11 de septiembre de 1996, 27 de septiembre de 1996, 29 de enero de 1998, 21 de abril de 1998, 23 de abril de 1998, 6 de julio de 1998, 21 de noviembre de 1999, entre otros.

⁵² STC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 2 c.).

⁵³ STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 7.

encontramos cuando junto a un aforado encontramos otros implicados en la misma causa, pero que no ostentan la misma condición de parlamentario.

Antes de comenzar a analizar esta cuestión es necesario extraer tanto el concepto como la regulación de la conexidad procesal. Respecto al concepto, GIMENO SENDRA define la conexidad procesal como “la existencia de dos o más delitos y se resuelve, desde el punto de vista procesal, en el enjuiciamiento conjunto de todas las conductas punibles en un solo proceso, como consecuencia de la existencia de ciertos nexos o elementos comunes referidos, ya sea a los inculcados, ya sea a los hechos delictivos”⁵⁴.

Otro concepto de *delitos conexos* nos lo ofrece el Tribunal Constitucional en su Auto 1309/1988. Serían éstos “los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas siempre que estén sujetas a diversos Jueces y Tribunales, ordinarios o especiales”⁵⁵.

La conexidad procesal aparece regulada en los artículos 17.2 18, 272.3 y 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) (LECrím). En el artículo 17.1 LECrím encontramos una referencia a lo que podemos entender como conexidad procesal al decir que, aunque *cada delito dará lugar a la formación de una única causa, los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso* **¡Error! Marcador no definido..**

A efectos de la atribución de jurisdicción y de la distribución de la competencia, se consideran delitos conexos los enumerados en el apartado segundo del artículo 17 de la LECrím, es decir:

- 1.º *Los cometidos por dos o más personas reunidas.*
- 2.º *Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello.*
- 3.º *Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución.*
- 4.º *Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.*
- 5.º *Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente.*

⁵⁴ GIMENO SENDRA, J.V. en *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Civitas, Navarra, (2012), p.198.

⁵⁵ ATC 1309/1988, de 12 de diciembre, Antecedente número 5 c).

6.º Los cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos.

Si acudimos a la jurisprudencia constitucional, podemos encontrar diferentes referencias a la conexidad procesal, con el fin de abordar de forma más amplia un concepto de la misma. Así, en la STC 66/2001, de 17 de marzo, refiriéndose al caso de los GAL (organización terrorista denominada Grupos Antiterroristas de Liberación) donde, tal y como se expone en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia, acaecidos los hechos delictivos en diciembre de 1983, el plazo de prescripción (de diez años, conforme a los arts. 113, 114 y 480.1 CP 1973) se vio interrumpido por la presentación y admisión a trámite, en marzo y abril de 1988 (cuatro años y cuatro meses después), de una querrela criminal por los hechos enjuiciados que se dirigió contra dos de los acusados (Sres. Amedo y Domínguez) y contra "cualesquiera otras personas que en el curso de la investigación aparecieran como partícipes en las actividades de la organización terrorista denominada Grupos Antiterroristas de Liberación (GAL)". Consideran los solicitantes de amparo que la querrela presentada, dada su indefinición, no les confirió el carácter de imputados que los preceptos penales aplicados exigen para dar por interrumpida la prescripción, pues sólo cabría entender que la causa "se dirige contra el culpable" cuando éste adquiere la condición de imputado en el proceso judicial en el que se discute su culpabilidad, y dicha condición sólo la adquirieron los recurrentes en el mes de febrero de 1995 (once años y dos meses después de acaecidos los hechos), cuando fueron por primera vez identificados en la fase sumarial del procedimiento y se les citó como imputados.⁵⁶

En este caso, puede observarse como el Tribunal Supremo atrae la causa, al dirigirse contra "cualesquiera otras personas que en el curso de la investigación aparecieran como partícipes en las actividades de la organización terrorista denominada Grupos Antiterroristas de Liberación (GAL)", debido a la conexidad procesal existente entre los delitos cometidos por los acusados. Sin embargo, los encausados en el proceso analizado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en base a la conexidad procesal de los hechos, plantean una queja ya que no siendo aforados han visto como se trasladaba ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el enjuiciamiento de las imputaciones que pesaban sobre ellos, dado que uno de los imputados en la misma causa tenía la condición necesaria para el aforamiento previsto en el art. 71.3 CE, y dado que se apreció conexidad respecto de los hechos atribuidos al aforado y a ellos mismos.⁵⁷

⁵⁶ STC 66/2001, de 17 de marzo, FJ 3.

⁵⁷ *ibidem*, FJ 4.

Para responder a esta queja, el Tribunal Constitucional hace mención en STC 66/2001, al Auto del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1997 de apertura del juicio oral, que en relación con la conexidad sostuvo que "en los asuntos complejos, relativos a actividades múltiples de un mismo grupo o grupos más o menos coordinados entre sí, como pudo ocurrir con la actuación de los llamados GAL, si se utilizara un criterio amplio en cuanto al concepto de delitos conexos, podríamos llegar a incluir dentro del mismo procedimiento una pluralidad de hechos posiblemente delictivos de tal magnitud que fuera prácticamente imposible manejar el correcto funcionamiento procesal de la causa penal por sus desmesuradas proporciones. Para evitar esto es necesario que adoptemos respecto de la conexión (que obligaría a incluir en un solo proceso el conocimiento de los diferentes delitos unidos entre sí por determinados elementos- Arts. 17,18 y 300 LECrim) un criterio estricto y riguroso, lo que, por otro lado, es asimismo una exigencia derivada del carácter excepcional que el T.S. tiene como órgano judicial cuando conoce de la instrucción y enjuiciamiento de determinadas causas penales que se siguen contra determinadas personas, a las que se refiere el art. 57-2º LOPJ”⁵⁸

Como podemos observar, para apreciar la conexidad procesal es necesario tener en cuenta las circunstancias del caso y tal y como hace la STC referente a los GAL en el último fundamento jurídico de la STC 66/2001, de 17 de marzo-antes de dictar el fallo-, *ponderar de un lado, el carácter excepcional de su competencia como órgano de enjuiciamiento, y, de otro, a las exigencias de una buena Administración de Justicia en materia penal, criterios que se proyectan sobre el conocimiento de todos los afectados por el proceso.*

Por tanto, podemos concluir que a la hora de apreciar conexidad procesal se debe proceder a la aplicación de este criterio restrictivo y “únicamente cuando sea inseparable el comportamiento indiciariamente delictivo del aforado y del no aforado será procedente aplicar la regla de conexión establecida en el artículo 17 LECrim, no procediendo tal aplicación cuando no concurra esta inseparabilidad”⁵⁹

La cuestión que nos ocupa nos plantea, además, el problema de la posible vulneración del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 de la CE. El ATC 1309/1988, de 12 de diciembre, en su fundamento jurídico cuarto, aclara este asunto y declara que el hecho de que en algunos casos, debido a la ostentación de la condición de aforado de algunas de las personas enjuiciadas y de que existan otras que a pesar de no contar con la misma condición

⁵⁸ STC 66/2001, de 17 de marzo, FJ 4 c).

⁵⁹ GIMENO SENDRA, *ob.cit.*, p.98.

de aforadas, se encuentran conectadas con las mismas en la ejecución del hecho delictivo, sean enjuiciadas por el Tribunal Supremo en una única instancia, y en aplicación del Principio de conexidad, no puede tacharse de discriminatorio o contrario al artículo 14 de la Constitución, ya que “no representa un trato desigual que haya de calificarse de irrazonable y que, por tanto, supere el ámbito de actuación del legislador, dentro de la Constitución”.⁶⁰

Por último, el principio de conexidad procesal tampoco contraviene el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley ni el derecho a la segunda instancia en materia penal (art. 24 C.E.). Respecto al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, el ATC 1309/1988, de 12 de diciembre, en su fundamento jurídico 2 a., concluye al respecto que “la prohibición constitucional de Jueces excepcionales o no ordinarios, no impide que el legislador pueda razonablemente, en determinados supuestos, teniendo en cuenta la condición de las personas enjuiciadas y la trascendencia que ello alcanza para el conjunto de la sociedad, disponer que el enjuiciamiento en tales supuestos se lleve a cabo por el más alto Tribunal de la Nación”.

Respecto al derecho a la segunda instancia en materia penal, el mismo Auto se remite a la STC 42/1982, de 5 de julio, y dispone que “la exigencia derivada del art. 14.5 del citado Pacto no es bastante para crear por sí misma recursos inexistentes. Y recurso inexistente es el que el recurrente quiere articular mediante la demanda de amparo, acudiendo a una forzada interpretación del art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, atributiva de la competencia para conocer de los recursos de casación penal contra las Sentencias dictadas en única instancia por el Tribunal Supremo, competencia que no viene recogida en dicho precepto para la Sala Especial que regula, cuyas competencias, dada su naturaleza de especial, no deben ser interpretadas extensivamente”⁶¹.

Por tanto, podemos concluir que la aplicación del principio de conexidad procesal - en las causas en las cuales existan varios implicados y, entre los mismos se encuentre un parlamentario aforado- no implica una vulneración del derecho a la segunda instancia en materia penal, ni al Juez ordinario predeterminado por la ley (artículo 24. CE), ni al derecho a la igualdad (artículo 14 CE).

⁶⁰ ATC 1309/1988, de 12 de diciembre, FJ 2 a).

⁶¹ STC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3.

2.6. La garantía constitucional de los aforamientos parlamentarios.

Las garantías constitucionales constituyen una *protección especial que la Constitución dispensa a determinadas instituciones con el fin de “hacer imposible su supresión por la legislación ordinaria”*⁶².

La institución del aforamiento cuenta con garantías constitucionales, tanto en el ámbito autonómico como en el de las Cortes Generales. Estas garantías brindan la oportunidad a los parlamentarios titulares de esta prerrogativa de acudir al Tribunal Constitucional en vía de amparo cuando se produzca la vulneración de los derechos constitucionales que amparan a la prerrogativa del aforamiento.

Las garantías a las que nos estamos refiriendo son las correspondientes con los artículos 23.2 y 24.2 de la Constitución Española. La primera se refiere al *ius in officium* o derecho de los parlamentarios a desempeñar su cargo sin perturbaciones ilegítimas, como parte del contenido del derecho de “acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes” (artículo 23.2 CE), mientras que la segunda garantía se refiere al derecho fundamental “al Juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso público sin dilaciones indebidas” (artículo 24.2 CE).

Esta posibilidad de acudir en vía de amparo constitucional, a través tanto del artículo 23.2 como del 24.2 de la Constitución Española, ha sido reconocida expresamente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En relación con el artículo 23 C.E., es necesario comenzar aclarando el contenido que integra el *ius in officium*. La STC 181/1989, de 3 de noviembre, en su fundamento jurídico número cuarto, “garantiza no sólo el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también que los que hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos sin *perturbaciones ilegítimas y los desempeñen de conformidad con lo que la Ley disponga*, ya que esta garantía dejaría de tener eficacia si, aun respetando el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad, el ejercicio del cargo pudiera verse perturbado o mediatizado”. Como vemos, el artículo 23.2 CE no solo protege el derecho a acceder al cargo público, sino que también protege el derecho a ejercer el mismo cargo público durante la duración del mandato correspondiente sin perturbaciones ilegítimas del mismo.

⁶² Disponible en: Real Academia Española por lemas [en línea]. </https://dej.rae.es/lema/garant%C3%ADaconstitucional#:~:text=Const.,legislaci%C3%B3n%20ordinaria%C2%BB%20(Schmitt) />. [Consulta: 15 de junio de 2020].

Aunque aludamos al apartado segundo del artículo 23 CE, éste no se encuentra aislado del apartado primero del mismo artículo, sino que se encuentran conectados necesariamente. Así lo aclara el Tribunal Constitucional en su Sentencia número 161/1988, de 20 de septiembre (FJ 6), en referencia a las Sentencias número 10/1983, de 21 de febrero, y 32/1985, de 6 de marzo, cuando afirma que tanto el apartado primero como el apartado segundo del artículo 23 de la Constitución se encuentran conectados cuando la solicitud de amparo por un representante parlamentario tiene su base en una petición de protección respecto al ejercicio de sus funciones como parlamentario, pues defender el ejercicio del cargo implica *defender también el derecho mismo de los ciudadanos a participar a través de la institución de la representación en los asuntos públicos*, y es que ambos preceptos son inescindibles al depender la satisfacción del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (artículo 23.2 CE), del respeto al derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (artículo 23.2 CE).

Otra cuestión de gran importancia respecto al artículo 23 de la Constitución es la calificación del derecho contenido en el mismo como un derecho de configuración legal (que tiene su fundamento en el apartado segundo del artículo 23 CE : *con los requisitos que señalen las leyes*), esto implica que serán las leyes las que deban proceder a determinar y *ordenar los derechos y facultades que corresponden a los distintos cargos y funciones públicos*, al pasar a formar parte del *status* propio de cada cargo, *una vez creados por las normas legales*, pudiendo, por ello, sus titulares acudir a los órganos jurisdiccionales o en última instancia al propio Tribunal Constitucional para reclamar la defensa de su derecho al acceso o ejercicio del cargo, en base al artículo 23.2 de la Constitución, cuando consideren vulnerado su derecho fundamental o *ius in officium por actos del poder público*.⁶³.

Esta doctrina es muy relevante en el caso de los aforamientos de los parlamentarios autonómicos, pues, a diferencia de lo que ocurre con los diputados y senadores -cuyo fuero especial en materia penal está reconocido en la propia Constitución – encuentra su fundamento legal en sus respectivos Estatutos de Autonomía en el caso de estos parlamentarios, el aforamiento establecido en esas normas estatutarias pasa a formar parte del derecho consagrado en el artículo 23.2 C.E., por lo que su vulneración por los poderes públicos podrá ser combativa en vía de amparo ante el Tribunal Constitucional.

⁶³ STC 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 7.

En relación con lo expuesto en el párrafo precedente, estos derechos de configuración legal que integran el *ius in officium* podrán ser alegados ante el Tribunal Constitucional cuando se vean infringidos, si bien, los requisitos previos para poder acudir al Tribunal Constitucional varían en función de quién haya procedido a vulnerarlos. Si el *ius in officium* se ve vulnerado por el Gobierno o la Administración Pública o por el Poder Judicial, para poder recurrir en vía de amparo será exigible el previo agotamiento de la vía jurisdiccional previa. Sin embargo, si esa facultad o derecho integrante del *ius in officium* del miembro de una Cámara legislativa se ve vulnerado por el propio órgano parlamentario del que forma parte el titular del cargo, “la defensa del derecho deberá promoverse directamente ante esta jurisdicción constitucional en aplicación de lo dispuesto en el art. 42 de la LOTC”^{64 65}.

Respecto a la segunda garantía de la que dispone la prerrogativa del aforamiento (artículo 24.2 CE), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional también recoge cuestiones de importancia que nos permiten comprender de forma amplia el funcionamiento del derecho fundamental contenido en el apartado segundo del artículo 24 de la Constitución en relación con la prerrogativa a la que hace referencia el artículo 71.3 del mismo texto constitucional. Esta prerrogativa enlaza con el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley y con el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas.

En relación con el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, el contenido del mismo exige el cumplimiento de tres requisitos: en primer lugar, la creación previa *del órgano judicial por la norma jurídica*; en segundo lugar, la investidura por parte de la norma jurídica creadora *de jurisdicción y competencia* de forma previa *al hecho motivador de la actuación o proceso judicial*; y por último, en referencia a su esfera orgánica y procesal, que no sea posible su calificación como *órgano especial o excepcional*⁶⁶.

El desconocimiento del fuero especial penal instituido por la Constitución para los miembros de las Cortes Generales supone infringir el artículo 24.2 C.E. porque como aclara la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es la Sala Segunda del Tribunal Supremo el Juez ordinario predeterminado por la Ley al que se refiere el artículo 24.2 de la Constitución en referencia a las acciones penales dirigidas contra los parlamentarios de las Cortes Generales.

⁶⁴ STC 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 7 *in fine*.

⁶⁵ El artículo 42 de la LOTC dispone que, *las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes*

⁶⁶ STC 117/1983, de 12 de diciembre, FJ 2.

Es decir, la Sala Segunda del Tribunal Supremo es el órgano *constituido con arreglo a las normas procesales de competencia preestablecidas, en este caso, por la Constitución misma en su art. 71.3*⁶⁷. Es por ello, que en el momento que la causa no sea atraída por parte del Tribunal en el instante en que ésta implique a un miembro del Parlamento, sin que se haya procedido a la pérdida de la condición de Diputado o Senador, se estará vulnerando el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, ya que “cuando la Constitución proclama en su art. 71.3 que *en las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo*, está estableciendo un contenido absolutamente indisponible de esta prerrogativa”⁶⁸.

En relación con el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, en conexión con la prerrogativa del aforamiento, aquel puede verse vulnerado en el caso de que el Tribunal correspondiente retrase el conocimiento de la causa de forma injustificada, y, como consecuencia de esa tardanza, el Tribunal Supremo pierda su competencia por haber transcurrido el tiempo de mandato del parlamentario. El Tribunal Constitucional exige una serie de condiciones para proceder a apreciar la vulneración del artículo 24.2 CE en relación con un proceso público sin dilaciones indebidas ya que, tal y como aclara en su Sentencia número 22/1997, de 11 de febrero, en concreto en el fundamento jurídico tercero, este derecho no implica solo el “incumplimiento de los plazos procesales, sino que comporta un concepto jurídico indeterminado que debe ser concretado en cada caso atendiendo a las circunstancias del proceso, su complejidad objetiva, la actuación de los órganos judiciales y la conducta del recurrente” que debe haber procedido con la diligencia procesal debida, además de intervenir a través de la denuncia previa ante el órgano judicial en referencia al retraso injustificado durante la tramitación de la causa.

Por tanto, la mera devolución del asunto por parte del Tribunal Supremo al Juzgado de Instrucción no vulnera el derecho contenido en el artículo 24.2 de la Constitución, sino que será necesario el incumplimiento de los requisitos ya expuestos por la doctrina del Tribunal Constitucional para poder declarar la vulneración de este derecho fundamental.

⁶⁷ STC 22/1997, de 11 de febrero FJ 6.

⁶⁸ STC 22/1997, de 11 de febrero FJ 8.

3. LA CRISIS DE LOS AFORAMIENTOS PARLAMENTARIOS.

3.1. Origen y causas de la crisis.

Y como hicimos mención al inicio de nuestro trabajo, es tras la crisis económica de 2008 y de sus consecuencias en nuestro ámbito político, cuando comienza a denotarse mayor crispación respecto al fuero especial del que gozan los parlamentarios en nuestro país. Crispación provocada por la concepción, por parte de la sociedad, así como por sectores de la doctrina, de que la prerrogativa del aforamiento es un privilegio otorgado a la clase política para su exclusivo beneficio personal. El momento en el que comienza la crisis de esta prerrogativa responde al nacimiento de nuevos partidos en la esfera política, como Podemos o Ciudadanos, los cuales comienzan a buscar los “puntos débiles” de nuestro sistema democrático. Una de las críticas que estos nuevos partidos realizan a ese sistema es la existencia de aforamientos políticos y, entre ellos el establecimiento para los miembros de las Cámaras legislativas españolas.

Este contexto provocará el cuestionamiento de esta institución generando así, el ánimo de suprimirla. De esta manera, la visión social de la figura del aforamiento como un privilegio que dificulta la persecución de las conductas punibles de la clase política, así como el incremento del número de casos de corrupción en nuestro país, entre otras causas, son algunos de los factores que han provocado que esta figura se vea cuestionada en los últimos tiempos, y que procederemos a analizar brevemente en el presente apartado.

En el año 2013 se presenta una Proposición no de Ley en el Congreso de los Diputados con el fin de suprimir la prerrogativa parlamentaria establecida en el artículo 71.3 CE. Aunque esta iniciativa no prosperó, sin embargo, sí que tuvo un impacto en la sociedad ya que a partir de ese momento el debate de las prerrogativas entendidas como un privilegio personal de la clase política trascendió a medios de comunicación como la prensa, que se va a referir al aforamiento como un privilegio personal de unos pocos elegidos⁶⁹. Bajo mi punto de vista, una vez se generó este debate dentro del panorama social no ha dejado de ser utilizado por parte de los partidos políticos con fines electoralistas, no habiéndose aprobado hasta el momento la supresión de esta prerrogativa, excepto en una Comunidad Autónoma a la que luego nos referiremos. Sin embargo, la posibilidad de reforma constitucional del aforamiento

⁶⁹ COLOMER, J. G. “Privilegios procesales inconstitucionales e innecesarios en la España democrática del siglo XXI: el sorprendente mantenimiento de la institución del aforamiento” en *Teoría y Realidad Constitucional*, N.º.38 (2016), p.272.

se hizo más real en el momento en que el Gobierno encomendó en 2018 al Consejo de Estado la elaboración de una Propuesta de reforma constitucional de los artículos 71 y 102 C.E. con el fin de reducir el ámbito objetivo del aforamiento penal de los diputados, senadores y miembros del Gobierno al ejercicio de las funciones de sus respectivos cargos. El Gobierno también solicita el procedimiento a seguir para la tramitación de esa reforma constitucional. El examen del trabajo elaborado por el Consejo de Estado, así como sus conclusiones las analizaremos posteriormente en otro apartado.

Además, otra de las causas de que la sociedad tenga una idea de aforamiento como privilegio político es la falsa asociación que se realiza de aforamiento con impunidad por desconocimiento de su verdadera finalidad. Ello unido a los números casos de corrupción que salen a la luz provoca un ambiente de hastío general y de desconfianza hacia la clase política, lo que provoca el posicionamiento de la población a favor de cualquier medida que pueda implicar un “castigo” o reducción de cualquier clase de privilegio del que puedan gozar por razón del cargo político que ostentan.

El último de los factores a los que haremos mención será la comparación de nuestro ordenamiento jurídico con el de nuestro entorno comparado. Como señalamos en el punto 1.4 del apartado II de nuestro trabajo, en España los aforamientos abarcan un ámbito subjetivo muy amplio. En concreto, se prevé para los miembros de la Familia Real, el Presidente y miembros del Gobierno, Diputados y Senadores de las Cortes, presidentes autonómicos, consejeros de los ejecutivos de las Comunidades Autónomas, miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, jueces y fiscales, vocales del Consejo General del Poder Judicial, magistrados del Tribunal Constitucional y miembros de distintas instituciones como el Tribunal de Cuentas, el Consejo de Estado y los defensores del pueblo. Es decir, atendiendo solamente a la figura del aforamiento, y en concreto a aquellos cargos que tienen origen político, *podríamos estar hablando de más de 2.000 posibilidades, si añadimos otros campos como el judicial o fiscal, podríamos llegar a más 10.000, y si contamos a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, llegarían a sumar en total unos 250.000 aforados*⁷⁰.

Tal y como podemos observar, la cantidad de sujetos aforados en nuestro país alcanza un número elevadísimo. Sin embargo, si acudimos al Derecho comparado, ordenamientos jurídicos como el de Alemania, Francia, Italia, Austria, Bélgica, Luxemburgo, Dinamarca,

⁷⁰ GÓMEZ COLOMER, J.L. “Una nueva conciencia social sobre los abusos de una injustificada protección procesal penal del poder en la España actual” en *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, N °38, (2016), pp.239-240.

Noruega, Finlandia, Suecia o República checa, nos vamos a encontrar con que los parlamentarios de todos esos países carecen de este aforamiento. Esta situación es muy llamativa siendo criticable el gran número de aforados en nuestro país respecto a los países de nuestro entorno.

3.2. Propuesta de reforma de los aforamientos elaborada por el Consejo de Estado.

En el artículo 107 CE podemos localizar la definición del Consejo de Estado como *el supremo órgano consultivo del Gobierno. Una ley orgánica regulará su composición y competencia*. Para conocer cómo se desarrollan las funciones y competencias de este órgano es necesario acudir a la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, que establece que el Consejo de Estado realizará sus funciones con *autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad e independencia de acuerdo con la Constitución y las Leyes*. Tal y como establece artículo 2.3 de la Ley Orgánica 3/1980, *los dictámenes del Consejo no serán vinculantes, salvo que la Ley disponga lo contrario*.

El 21 de septiembre de 2018 por Acuerdo del Consejo de ministros, a este órgano, en el ejercicio de su función consultiva, le fue encomendada por Acuerdo de Ministros la elaboración de una propuesta de reforma constitucional para la modificación constitucional del régimen procesal de los aforamientos en España. A esta Propuesta de reforma debía acompañarla un informe del propio Consejo de Estado sobre el procedimiento que debía seguirse en la tramitación de esa reforma constitucional.

Una vez abordado el tipo de órgano que realiza este informe, así como la finalidad del mismo, procederemos a analizar su estructura y contenido, para finalizar con las conclusiones a las que llega el Consejo de Estado sobre la reforma de la institución del aforamiento.

La Propuesta de reforma constitucional elaborada por el Consejo consta de ocho apartados, que resumimos a continuación:

- a) En primer lugar, el Informe comienza haciendo mención al objeto y límites de la encomienda recibida por el Gobierno. A tal fin, el Consejo comienza exponiendo pormenorizadamente el documento que acompaña al Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros, en el que tras recordar la jurisprudencia constitucional que aclara la finalidad de la prerrogativa del aforamiento y definir ésta, procede a comparar el ámbito que tiene en España con el que posee en los países de nuestro entorno, describir el régimen vigente de los aforamientos en España y a establecer las ideas directrices por las que deberá guiarse la Propuesta de Reforma constitucional que se le solicita que elabore al Consejo

de Estado. Descritos los criterios objetivos y límites del encargo recibido, procede a continuación el órgano consultivo a enmarcar la encomienda recibida en las competencias que le confiere la Ley Orgánica 3/ 1980, de 22 de abril, que lo regula y que establece que debe ser el Pleno del Consejo el que cumpla el encargo efectuado. Encargo que deberá atenerse a los términos de la consulta remitida por el Gobierno, respetando los criterios objetivos establecidos por éste.

- b) En segundo lugar, el Consejo de Estado va a efectuar una serie de consideraciones generales, situando el aforamiento en el contexto de las restantes prerrogativas parlamentarias y explicando la extensión de este fuero especial en materia penal al Presidente y demás miembros del Gobierno de la Nación (artículo 102.1 C.E.) y a otras autoridades y cargos públicos (a través de la legislación orgánica). Expone a continuación el marco normativo vigente de esta prerrogativa, los diferentes tipos de aforamiento, así como la *ratio* subyacente a su establecimiento y la proyección temporal de esta garantía.
- c) En tercer lugar, el Consejo de Estado se enfrenta al núcleo del encargo que se le ha conferido, que no es otro que el de proponer una nueva redacción de los artículos 71 y 102 CE. Previamente, va a recordar los límites fijados por el Gobierno consistentes en que la Propuesta de Reforma que elabora el Consejo tenga como única finalidad limitar el ámbito objetivo de los fueros penales especiales. Tras valorar los criterios sobre los que se fundamenta la redacción de su propuesta, el consejo acaba formulando una nueva redacción concreta para los artículos 71.3 y 102.1 C.E.
- d) En cuarto lugar, el Consejo de Estado se ocupa de la forma en que debe proyectarse la limitación funcional propuesta de los aforamientos previstos en la Constitución sobre los aforamientos autonómicos, analizando las vías posibles para asegurar la debida coherencia entre estos últimos y los estatales.
- e) En quinto lugar, nos encontramos con las medidas complementarias. En este caso, se realizan una serie de consideraciones previas para determinar si tales medidas deben *incorporarse formal y necesariamente a la Constitución o si puede articularse como un contenido específico del instrumento de aprobación de la Reforma*. Entre los desarrollos normativos necesarios estaría la acomodación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de otras leyes orgánicas a la Reforma y la adopción de una nueva regulación legal de los aspectos procesales del

aforamiento. Para concluir este apartado, el Consejo se ocupa de la determinación de la entrada en vigor de la Reforma constitucional y del régimen transitorio que debe aplicarse a los procedimientos penales preexistentes a la entrada en vigor de la modificación constitucional.

- f) En sexto lugar, el Consejo señala los pasos para llevar a cabo la tramitación de la reforma: aprobada la propuesta de reforma por el Pleno del Consejo de Estado y una vez que sea remitida al Gobierno, este último podrá solicitar nuevos informes. A continuación, los trámites que se deben seguir para la aprobación de este Proyecto son los que señala el artículo 167 CE, que se complementa con el artículo 146 del Reglamento del Congreso de los Diputados, así como con los artículos 154 a 157 del Reglamento del Senado.
- g) En séptimo lugar se expone el texto concreto de la propuesta de Reforma constitucional que el Pleno del Consejo de Estado eleva al Gobierno.
- h) Por último, en el apéndice del Informe se hace referencia a la evolución histórica de los aforamientos en el constitucionalismo español, en concreto, a su origen histórico. Y a la evolución de los aforamientos en España, y a la situación de éstos en el marco del derecho comparado.

¿Cuál es la opinión del Consejo de Estado sobre la reforma de los aforamientos en España? El Consejo es consciente de que la mayor parte de los Grupos parlamentarios del Congreso están de acuerdo en limitar los aforamientos. La discrepancia entre ellos estriba en el alcance de la reforma, ya que algunos proponen su reducción, mientras que otros proponen su supresión total. El Consejo de Estado opta por una medida intermedia consistente en la limitación del ámbito objetivo del aforamiento, que a su juicio es una medida preferible a la supresión total del mismo, todo ello fundamentado en la finalidad primordial del aforamiento, que no es otra que *la preservación del recto ejercicio de las funciones públicas*.

Para llevar a cabo la limitación que aconseja la Propuesta de reforma constitucional será necesario limitar la capacidad de la Ley Orgánica del Poder Judicial para ampliar tanto el ámbito objetivo como subjetivo del fuero especial, pues, actualmente, la Constitución permite tal posibilidad. El Consejo aborda la propuesta de modificación del apartado tercero del artículo 71 de la Constitución con la única finalidad de limitar el ámbito objetivo del

aforamiento en él previsto, dejando al margen de la reforma los aforamientos civiles, y sin tratar de modificar el ámbito subjetivo de la prerrogativa.

El Consejo de Estado propone la aplicación a los aforamientos de diputados, senadores y miembros del Gobierno de la Nación de un criterio funcional y temporal. Por una parte, se inclina por limitar los aforamientos a los delitos cometidos en el ejercicio de las funciones desempeñadas por los cargos públicos titulares de esta prerrogativa y mientras permanezcan en el mismo, quedando fuera del ámbito del aforamiento los actos de naturaleza únicamente privada, así como los cometidos con anterioridad y con posterioridad a la adquisición de la condición de aforado. Para ello, propone una enumeración abierta que propicia una mayor flexibilidad, y ello porque la Constitución es una norma rígida y no tiene sentido incorporar a su contenido un listado de delitos que pueden dejar de corresponderse con el que resulta en cada momento de las normas penales vigentes.

A la vista de todas estas consideraciones, el Consejo de Estado acaba formulando la siguiente Propuesta de Reforma constitucional:

“Artículo único.

Uno. El apartado 3 del artículo 71 de la Constitución Española quedaría redactado de la siguiente forma:

3.En las causas contra Diputados y Senadores por delitos cometidos en el ejercicio de las funciones propias del cargo será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Dos. El apartado 1 del artículo 102 de la Constitución Española quedaría redactado de la siguiente forma:

1.La responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno por delitos cometidos en el ejercicio de las funciones propias del cargo será exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.”

A este artículo le acompaña una disposición transitoria, para indicar que la reforma será de aplicación a los procesos iniciados posteriormente a su entrada en vigor, una disposición adicional, que establezca un plazo máximo de un año para aprobar las disposiciones legales que sean exigibles para la regulación procesal de los aforamientos, y por último, una disposición final, en la que se establezca que la Reforma constitucional entrará en vigor el mismo día de publicación de su texto oficial en el Boletín Oficial del Estado y que también se publicará en las demás lenguas de España.

En cuanto al procedimiento para la tramitación de la Propuesta, el Gobierno se encargará de elaborar el anteproyecto de reforma constitucional, que podrá apartarse, modificar o hacer suya la propuesta elaborada por el Consejo. Las consecuencias serán distintas en función de la opción elegida por el Gobierno. Así, en el caso de que el Gobierno opte por apartarse de la Propuesta o que lleve a cabo una modificación sustancial de su contenido, deberá someterse necesariamente de nuevo el anteproyecto al dictamen del Consejo de Estado. Si el Gobierno, por el contrario, decide hacer suya la Propuesta del Consejo, no se requerirá una nueva intervención de éste.

A partir de este momento, el procedimiento a seguir para la aprobación del proyecto de reforma constitucional será el que establece el artículo 167 CE, junto con el artículo 146 del Reglamento del Congreso de los Diputados y los artículos 154 a 157 del Reglamento del Senado. Tal tramitación sigue el procedimiento legislativo ordinario, pero añadiendo una serie de especialidades: está excluida la iniciativa legislativa popular y se exigirá un quórum de aprobación de los tres quintos de los diputados y los senadores. De no ser el mismo el texto aprobado en el Congreso y en el Senado, se creará una Comisión Mixta paritaria de diputados y senadores que deberá elevar a los Plenos de ambas Cámaras un nuevo texto que también precisará para su aprobación del voto favorable de las tres quintas partes de los miembros de cada Cámara o una mayoría de dos tercios de los diputados y el voto favorable de la mayoría absoluta de los senadores. Por último, se someterá a referéndum la reforma para su ratificación, siempre que sea solicitado por una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras en los quince días siguientes a su aprobación parlamentaria

3.3. La reforma de los Estatutos de Autonomía.

La crítica a la existencia de fueros penales especiales también se ha extendido entre las Comunidades Autónomas. Incorporada esta cuestión a los programas electorales de algunos partidos políticos en las dos últimas elecciones autonómicas, la postura adoptada sobre el aforamiento de los parlamentarios autonómicos y los miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas ha sido más radical que la sostenida tanto por el Gobierno de la Nación como por el Consejo de Estado que acabamos de examinar en el epígrafe anterior de este trabajo. Si estos últimos se inclinaban por reducir el ámbito material del fuero penal especial de los diputados, senadores y miembros del Gobierno, manteniéndolo exclusivamente para los delitos que estos puedan cometer con ocasión del ejercicio de su

cargo, la mayoría de las Comunidades Autónomas quieren ir más allá, decantándose por proceder a la supresión total de esa prerrogativa.

Esta postura contraria al mantenimiento de los aforamientos que estudiamos se ha traducido en la presentación de iniciativas de reforma estatutaria en gran número de Comunidades Autónomas. Iniciativas que, si bien coinciden en proponer la eliminación de los aforamientos de sus parlamentarios y de los miembros de sus Consejos de Gobierno, poseen contenidos diferentes y han corrido distinta suerte de las que trataremos de dar sucinta cuenta en estas páginas.

De todas estas propuestas de reforma de los Estatutos de Autonomía, la única que ha prosperado hasta la fecha es la de la Comunidad Autónoma de Canarias. A través de la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, se han modificado los artículos 40 y 51 de su Norma institucional básica suprimiendo el fuero procesal especial en materia penal del que habían venido disfrutando los diputados de su Parlamento y los miembros del Gobierno de Canarias.

Se encuentran en estos momentos pendientes de su tramitación en el Congreso de los Diputados las propuestas de reforma de los Estatutos de Autonomía de Baleares, Cantabria, Murcia y La Rioja aprobadas por sus correspondientes Asambleas Legislativas. Mientras que en el caso de Baleares y Cantabria las modificaciones estatutarias que se pretenden introducir se limitan a tratar de suprimir los aforamientos de sus parlamentarios respectivos y de los miembros de sus Ejecutivos autonómicos, las propuestas de reforma de los Estatutos de Murcia y La Rioja tratan también de eliminar la inmunidad relativa otorgada a los miembros de sus respectivos Parlamentos y Gobiernos y en cuya virtud “durante su mandato no podrán ser detenidos ni retenidos por los presuntos actos delictivos cometidos en el territorio de la Región, sino en caso de flagrante delito”.⁷¹

Persiguiendo la misma finalidad de suprimir los aforamientos de los cargos políticos autonómicos se han tramitado o se están tramitando en la actual legislatura iniciativas de reforma estatutaria en las Comunidades Autónomas de Andalucía y de Castilla y León. En Andalucía, además del aforamiento de los parlamentarios y de los miembros del Ejecutivo,

⁷¹ Artículo 25.2 de la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia. En los mismos términos, artículo 17.7 del Estatuto de Autonomía de La Rioja, aprobado por la Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio.

se propone también eliminar la inmunidad parcial establecida para los primeros. De la reforma estatutaria emprendida en Castilla y León nos ocuparemos con detalle más adelante.

En la anterior legislatura autonómica caducaron durante su tramitación en sus respectivos Parlamentos autonómicos propuestas de reforma estatutaria que también perseguían esta supresión de los fueros penales especiales en las Comunidades Autónomas de Asturias, Madrid y Valencia. En las dos primeras, las iniciativas se limitaban a tratar de suprimir los aforamientos de los miembros de sus respectivos Parlamentos y Consejos de Gobierno. La reforma del Estatuto de Autonomía de Valencia pretendía, además, suprimir la inmunidad parcial de sus parlamentarios y de los integrantes del Consell.

En el momento de escribir estas páginas no se han puesto en marcha iniciativas de reforma estatutaria para suprimir el aforamiento de sus parlamentarios en las Comunidades Autónomas de Aragón, Castilla –La Mancha, Extremadura, Galicia, Navarra y el País Vasco. Pero no se puede descartar en absoluto que cuando se proceda a la lectura de este trabajo no se haya iniciado en algunas de esas Comunidades Autónomas el procedimiento para la reforma de su correspondiente Norma institucional básica con tal propósito.

En la Comunidad de Castilla y León, nada más iniciarse la actual legislatura, se presentan dos Propuestas de Reforma del Estatuto de Autonomía. La primera, suscrita por treinta y nueve Procuradores pertenecientes a los Grupos Parlamentarios Popular y Ciudadanos, se limita a proponer la modificación de los artículos 22.2 y 29 del Estatuto para suprimir el aforamiento tanto de los Procuradores como de los miembros de la Junta de Castilla y León. La segunda, presentada con la firma de los treinta y cinco Procuradores que constituyen el Grupo Parlamentario Socialista, proponía la eliminación, junto con el aforamiento, también de la inmunidad relativa de los miembros de las Cortes y del Consejo de Gobierno de Castilla y León, y, además, planteaba dotar de una nueva redacción al artículo 13.9 del Estatuto de Autonomía e introducir en este un nuevo artículo 14 bis dirigidos a reforzar la garantía de los derechos sociales, estableciendo que los Presupuestos Generales de la Comunidad deberían contemplar en cada ejercicio, al menos, el equivalente al 12% del PIB en inversión social.⁷²

El Pleno de las Cortes, en su sesión de 23 de octubre de 2019, tomó en consideración la primera de esas Propuestas de reforma estatutaria y desestimó la toma en consideración de

⁷² Boletín Oficial de las Cortes de Castilla y León número 17, X legislatura, de 16 de septiembre de 2019, pp. 2069-2074.

la segunda. Tras la superación por la iniciativa de reforma propiciada por los Grupos Parlamentarios Popular y Ciudadanos de los trámites de Ponencia y Comisión, el Pleno de las Cortes, en su sesión del día 4 de marzo procedió a su debate y votación definitivas. A pesar de que en el curso de esa sesión todos los partidos políticos con representación en la Cámara se pronunciaron a favor de la supresión de los aforamientos de los parlamentarios y de los miembros del Gobierno, de que en las intervenciones se recordó que en los programas electorales presentados por todos ellos para las elecciones autonómicas de 2019 figuraba promover tal supresión y de que los Grupos Parlamentarios Popular y Ciudadanos se mostraron dispuestos a eliminar también la prerrogativa de la inmunidad relativa de los Procuradores y miembros de la Junta de Castilla y León, la Propuesta de Reforma estatutaria no prosperó, al abstenerse los Procuradores del Grupo Parlamentario Socialista y no obtenerse el voto favorable de los dos tercios de los miembros de la Cámara exigido por el artículo 91.2 del propio Estatuto de Autonomía. La razón aducida por los Procuradores socialistas para no apoyar esa modificación de la Norma institucional básica de la Comunidad fue el rechazo de los Grupos Parlamentarios Popular y Ciudadanos a incluir en esa reforma las cuestiones relativas al blindaje de los servicios sociales.⁷³ Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 91.5 del Estatuto, no podrá presentarse una nueva iniciativa de reforma dirigida a los mismos preceptos estatutarios hasta que transcurra, por lo menos, un año.

El panorama descrito constata la crisis que sufre la prerrogativa que estudiamos, que, presumiblemente, va a ser en un futuro próximo eliminada en muchas Comunidades Autónomas.

Una de las consecuencias de este movimiento contrario a lo que se entienden privilegios de los cargos políticos es la previsible ruptura de la homogeneidad del status de los miembros de las distintas Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, Al final del proceso que acabamos de describir habrá parlamentarios autonómicos que posean inmunidad relativa y gocen de un fuero especial en materia criminal. Habrá otros que disfruten de inmunidad, pero no de aforamiento. Y, por fin, habrá unos últimos que no dispondrán de ninguna de esas dos prerrogativas. Que el ordenamiento jurídico establezca estas diferencias de trato en la posición jurídica de unos representantes políticos que ejercen idénticas funciones no parece lógico ni razonable.

⁷³ Diario de Sesiones de las Cortes de Castilla y León número 23, X legislatura, sesión del 4 de marzo de 2020, pp. 1565-1580.

4. CONCLUSIÓN.

A la hora de evaluar si esta prerrogativa debe desaparecer, mantenerse intacta o reformarse en alguno de sus aspectos, es necesario contraponer su faceta positiva, en base al objetivo que se persigue con la institución, frente a su posible cara negativa.

Es evidente que esta prerrogativa ha causado un malestar en la sociedad, al considerar que los representantes de la ciudadanía cuentan con un *status* privilegiado que los ampara para salir impunes de los diferentes casos de corrupción que han salido a la luz en los últimos tiempos. Sin embargo, debemos hacernos una pregunta, ¿es verdaderamente esta prerrogativa un privilegio o cumple una función necesaria que encuentra su justificación en los artículos 23 y 24 de la Constitución?

Las prerrogativas parlamentarias cumplen una función, y es que, con su inclusión en la Constitución “se ha querido proteger de forma cualificada la libertad, autonomía e independencia de los órganos constitucionales, interés superior del ordenamiento de todo Estado Democrático de Derecho (art. 1.1 C.E.) e instrumento imprescindible para garantizar la efectiva separación entre los distintos poderes del Estado”⁷⁴. Esta finalidad justifica su necesaria existencia, ya que la clase política que ostenta la titularidad de estas prerrogativas corre mayor riesgo durante su carrera política de llegar a ser el blanco de venganzas políticas con el fin de acabar con la misma.

En base a esa finalidad de protección se establece el aforamiento. El hecho de que los miembros de las Cortes Generales sean juzgados por el Tribunal Supremo en primera instancia, no invalida o desprestigia al resto de jueces y Tribunales, sino que responde a una serie de razones. El Tribunal Supremo es un órgano colegiado, de forma que frente a un órgano individual como los Juzgados de Instrucción, implica mayores garantías al ser conformada la decisión por más de un magistrado.

Otra de las razones justificantes de la competencia del Tribunal Supremo en causas en las que se encuentre implicado un parlamentario es la experiencia con la que cuenta el Tribunal, así como la agilidad en los trámites ya que, de ser juzgados por el Juez de lo Penal o por la Audiencia Provincial correspondiente, para el momento en que la causa llegara hasta el Tribunal Supremo, el parlamentario ya se habría visto obligado a dimitir, produciéndole un

⁷⁴ STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 5.

daño irreparable el hecho de que finalmente terminara siendo absuelto de las acusaciones que pesaban sobre él.

Además, la competencia del Tribunal Supremo se justifica en la garantía de recibir menos presiones externas. Sin embargo, en este punto sí es necesaria realizar una crítica, al no ser posible asegurar su independencia e imparcialidad, o al menos es más probable que nos surjan sospechas respecto a ellas, al llevar a cabo la elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial las Cortes Generales (Congreso y Senado) entre jueces y juristas de reconocida competencia. A su vez, Consejo General del Poder Judicial es el que tiene atribuida la potestad para el nombramiento de los cargos discrecionales correspondientes a los magistrados del Tribunal Supremo y presidentes de Tribunales y Salas, así como al Vicepresidente del Tribunal Supremo.

Esta situación no hace otra cosa que denotar y causar desconfianza sobre la falta de respeto al principio de separación de poderes, al verse “contaminado” el Poder judicial por la injerencia en el mismo del Poder legislativo. En este punto es evidente que es necesaria la reforma de esta cuestión, por lo que, si se quiere atacar de raíz el problema su solución no pasa por la supresión de los aforamientos, sino que es necesario acudir a la revisión de la forma de elección del Consejo General del Poder Judicial garantizando mejor su autonomía e independencia frente a los partidos políticos.

En relación con las críticas a nuestro sistema de aforamientos en base a la comparación de éste con el existente en otros países de nuestro entorno, es necesario destacar, tal y como lo hace el Consejo de Estado en su Propuesta de Reforma constitucional de 2018, la necesidad de valorar un elemento característico de los ordenamientos jurídicos objeto de comparación, cual es la ausencia generalizada en esos otros Estados de la acción popular, ya que en Europa los ordenamientos proceden a atribuir prácticamente en exclusiva el ejercicio de la acción penal al Ministerio Público. Diferencia importante que contrasta con el sistema acusatorio mixto español, y es que ese amplio y generalizado acceso de nuestros ciudadanos al ejercicio de la acción penal, revaloriza la existencia de los aforamientos como garantía frente a la posible utilización abusiva de esa acción.

Respecto a la falsa asociación de la prerrogativa del aforamiento con la impunidad que como comentamos en el apartado referente a la crisis del aforamiento, es realizada por la sociedad, es necesario aclarar que el aforamiento no concede al parlamentario ninguna impunidad respecto a los actos delictivos en los que presuntamente se pueda ver implicado, sino

únicamente que los mismos sean juzgados por el Tribunal Supremo o el Tribunal Superior de Justicia (en el caso de los miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas). Este privilegio, podría convertirse en una desventaja ya que implica, en el caso de los miembros de las Cortes Generales, la pérdida de la doble instancia penal, al ser el Tribunal Supremo el que conozca del caso en primera y única instancia, eliminándose por tanto la posibilidad de que el cargo público representativo pueda recurrir las sentencias que le sean adversas. Sin embargo, “la privación del recurso es consecuencia directa de una particular situación inicial que no cabe entender precisamente como una desventaja”⁷⁵. Por tanto, la privación de la doble instancia se justifica en este caso en el privilegio del aforamiento, ya que, como afirma el Tribunal Constitucional, “es un plus, equilibra así la inexistencia de una doble instancia, que si bien es una de las garantías del proceso a las cuales alude genéricamente el art. 24.2 C.E., ha de ser matizada en los casos en que el enjuiciamiento se confía directamente al supremo juez en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo el constitucional (art. 123 C.E.), a quien habría de revertir en definitiva la competencia funcional en un segundo grado o escalón procesal.”⁷⁶.

En este punto de la exposición es necesario analizar si nos hallamos ante un privilegio. La prerrogativa del aforamiento no puede concebirse como privilegio en razón a que este fuero especial no es concedido a título personal al parlamentario, sino que le es conferido en aras a la protección de sus funciones parlamentarias, es decir, en razón del cargo que ostenta y justificado en sus funciones representativas. En este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional al afirmar que “las prerrogativas parlamentarias no se confunden con el privilegio, ni tampoco pueden considerarse como expresión de un pretendido *ius singulare*, pues en ellas no concurren las notas de la desigualdad y la excepcionalidad. Antes, al contrario: ofrecen un tratamiento jurídico diferenciado a situaciones subjetivas cualitativa y funcionalmente diferenciadas por la propia Constitución, y resultan de obligada aplicación siempre que concurra el presupuesto de hecho por ellas contemplado”⁷⁷.

Respecto a la vulneración del derecho a la igualdad, es necesario hacer mención a la STC 90/1985, de 22 de julio, la cual aclara que la prerrogativa “no puede concebirse como un privilegio personal, esto es, como un instrumento que únicamente se establece en beneficio de las personas de Diputados o Senadores, al objeto de sustraer sus conductas del conocimiento o decisión de Jueces y Tribunales. La existencia de tal tipo de privilegios

⁷⁵ ATC 430/1984, de 11 de julio, FJ 2.

⁷⁶ STC 166/1993, de 20 de mayo, FJ 3.

⁷⁷ STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 5.

pugnaría, entre otras cosas, con los valores de «justicia» e «igualdad» que el art. 1.1 de la C.E. reconoce como «superiores» de nuestro ordenamiento jurídico.”⁷⁸.

Y es que para que exista una vulneración del derecho fundamental a la igualdad es necesaria la ausencia de una causa objetiva que justifique este trato diferenciado. De este modo, “no basta con constatar que aquéllas se destinan a proteger a determinados sujetos de acusaciones a las que la generalidad de los ciudadanos se ven, en cambio expuestos. (...). Para que exista una real violación del principio de igualdad no es suficiente la realización de una diferencia de trato por parte de una disposición o de un conjunto de disposiciones, sino que precisa demostrarse que tal disparidad no se haya justificada por una diferencia objetiva de situaciones de hecho”⁷⁹.

Es necesario añadir que el aforamiento, como toda excepción al principio de igualdad, cumple los dos requisitos exigidos para ser considerada lícita. En primer lugar, requiere que con ella se pretenda satisfacer la consecución de una finalidad admisible constitucionalmente, y, en segundo lugar, que el instituto se articule respetando el parámetro de la proporcionalidad. Es decir, para que esta medida sea razonable basta con que sea constitucionalmente admisible por no contrariar el sistema de valores constitucionalmente protegido, y, para que se adecúe al juicio de proporcionalidad, es necesaria la existencia de adecuación, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto, entre la medida que limita el principio de igualdad ante la ley (el aforamiento) y la finalidad pretendida por la misma⁸⁰. Es por ello, que podemos constatar la existencia de la finalidad constitucional antes mencionada, y, por tanto, la superación del test de proporcionalidad.

Bajo mi punto de vista, tras haber analizado todas las circunstancias relacionadas con el aforamiento, no considero que esta prerrogativa necesariamente deba ser suprimida, ya que como comentamos en la exposición del trabajo, cumple la finalidad de preservar la libertad e independencia del Parlamento. Se trata, tal y como aclara el Tribunal Supremo, de proteger la independencia del órgano legislativo y del jurisdiccional, frente a posibles amenazas externas o aquellas influencias que pudiera llevar a cabo el propio aforado por razón de su cargo político o institucional.

⁷⁸ STC 90/1985, de 22 de julio, FJ 6. En el mismo sentido se pronuncian las SSTC 90/1995, de 9 de junio, FJ 6; 123 Y 124/2001, FJ 4.

⁷⁹ PIZZORUSSO, A.: “Las inmunidades parlamentarias. Un enfoque comparatista “en *Revista de las Cortes Generales*, N.º 2, (1984), pp. 49-50.

⁸⁰ ALARCÓN, M. L. M.: “El aforamiento de los cargos públicos. derecho español y derecho comparado 1” en *Teoría y Realidad Constitucional*, N.º 35, (2015), pp. 468-469.

Por lo tanto, en aras a esta finalidad me parece necesaria su existencia. Sin embargo, tal vez sería recomendable su modificación constitucional con el fin de limitar su aplicación a los delitos vinculados al ejercicio de las funciones desempeñadas por los cargos públicos titulares de esta prerrogativa y mientras permanezcan en el cargo. Así mismo, también es evidente la necesidad de reformar la forma de elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, y, de esta forma, eliminar las posibles dudas o cuestionamientos que puedan surgir sobre la imparcialidad o independencia de los magistrados que componen el Tribunal Supremo.

5. BIBLIOGRAFÍA.

ALARCÓN, M. L. M.: “El aforamiento de los cargos públicos. derecho español y derecho comparado 1” en *Teoría y Realidad Constitucional*, N.º 35, (2015).

COLOMER, J. G.: “Privilegios procesales inconstitucionales e innecesarios en la España democrática del siglo XXI: el sorprendente mantenimiento de la institución del aforamiento” en *Revista de Teoría y Realidad Constitucional*, N.º 38, (2016).

CORTES GENERALES: *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, (edición de Fernando Sainz Moreno), Cortes Generales, Madrid, 1980.

DÍAZ MARTÍNEZ, M.: “Absolutorias en apelación y casación: Principio de inmediación y derecho de defensa” en *Revista De Derecho Penal y Criminología*, N.º 9, (2013).

DÍAZ MARTÍNEZ, M.: “Límites a las facultades revisoras de las sentencias” en *Revista de derecho penal y criminología*, N.º 9, (2013).

FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La doctrina constitucional sobre las prerrogativas parlamentarias en España” en *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, N.º 14, (2011).

GIMENO SENDRA, J.V. en *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Civitas, Navarra, (2012).

GÓMEZ COLOMER, J.L. “Una nueva conciencia social sobre los abusos de una injustificada protección procesal penal del poder en la España actual” en *Teoría y Realidad Constitucional*, N.º 38, (2016).

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Prefacio” en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, (2015).

GONZÁLEZ-CANO, I.: “El Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho al recurso penal en el ordenamiento español” en *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, N.º 2, (2001).

MARTIN DE LLANO, M.I.: “La denegación del suplicatorio y su incidencia en el derecho a la tutela judicial efectiva” en *Revista de Derecho*, N.º 2, 2017.

MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L.M.: “El aforamiento de los cargos públicos. Derecho español y Derecho comparado 1” en *Teoría y Realidad Constitucional*, N.º 35, (2015).

MATÍA PORTILLA, E.: “Artículo 22: Estatuto de los Procuradores” en *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Castilla y León. Ley Orgánica 14/2007, de 30 de Noviembre*, (Dir. Ignacio SÁEZ HIDALGO, y Fernando REY MARTÍNEZ), 1ª ed., Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), (2011).

MATÍA PORTILLA, E.: “Lección 3. Las Cortes Generales (I): naturaleza, estructura y composición” en *Lecciones de Derecho Constitucional. II*, (Coord. P. Biglino Campos, J.M. Bilbao, F. Rey, J. Matía y J.M. Vidal), 1ª ed., Lex Nova, Valladolid, (2013).

MONTANOS FERRIN, E. Y SÁNCHEZ-ARCILLA, J.: “Capítulo IX: España contemporánea” en *Introducción a la Historia del Derecho*, Tomo II, 1ª ed., DYKINSON, Madrid, (1988).

MONTILLA MARTOS J.A.: “Las Cortes Generales” en *Manual de Derecho Constitucional volumen II: Derechos y libertades fundamentales deberes constitucionales y Principios rectores. Instituciones y órganos constitucionales.*, (Coord. Balaguer Callejón *et alii*), 4ª ed., TECNOS, Madrid, (2009).

NDOUBA, K. T.: “Suplicatorio y política: praxis parlamentaria y claves del debate doctrinal sobre el control jurisdiccional de la potestad denegatoria de los suplicatorios” en *Revista De Derecho Político*, N.º 103, (2018).

PIZZORUSSO, A.: “Las inmunidades parlamentarias. Un enfoque comparatista “en *Revista de las Cortes Generales*, N.º 2, (1984).

6. JURISPRUDENCIA.

6.1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

STC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3.

STC 62/1982, de 15 de octubre, FFJJ 3, 4 y 5.

STC 117/1983, de 12 de diciembre, FJ 2.

ATC 430/1984, de 11 de julio, FJ,2.

STC 51/ 1985, de 10 de abril, FJ 3.

STC 90/1985, de 22 de julio, FJ 6

STC 79/1987, de 27 de mayo.

STC 161/1988, de 20 de septiembre, FFJJ 6 y 7.

ATC 1309/1988, de 12 de diciembre, FFJJ 2 a) y 4; y Antecedente 5 c).

STC 181/1989, de 3 de noviembre, FJ 4.

STC 166/1993, de 20 de mayo, FJ 3.

STC 90/1995, de 9 de junio, FJ 6.

STC 22/1997, de 11 de febrero, FFJJ 3, 5, 6, 7 y 8.

STC 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4.

STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 7.

STC 66/2001, de 17 de marzo. FFJJ 3 y 4 a), c).

STC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 2 b), c).

STC 123 y 124/2001, FJ 4.

STC 12/2003, de 28 de enero, FJ 4.

STC 157/2003, de 15 de septiembre, FJ 8.

6.2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

ATS 14944/2004, del 7 de octubre, RJ 2.

ATS 20890/2012 de 27 de junio, FD 2.

ATS 12631/2017, de 15 de noviembre, RJ 2.

ATS número 3664/2018, de 8 de agosto, FD 3.

STS 4120/2018, de 30 de octubre, FD 9.

ATS 55/2020, de 14 de mayo, FD. Único.

6.3. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

ATSJ de CyL 1/2019, de 16/01/2019, RJ 4.

6.4. Jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Valladolid.

SAP VA 279/2020, de 14 de febrero, FJ 1.

7. WEBGRAFÍA.

Disponible en: Real Academia Española por lemas [en línea].
</https://dej.rae.es/lema/garant%C3%ADaconstitucional#:~:text=Const.,legislaci%C3%
%B3n%20ordinaria%C2%BB%20(Schmitt) />. [Consulta: 15 de junio de 2020].

8. LEGISLACIÓN.

Constitución Española de 1812.

Reglamento para el Gobierno interior de las Cortes de Cádiz. Decreto CCXCIII de 4 de septiembre de 1813.

Constitución Española de 1876.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ley de 9 de febrero de 1912 declarando los Tribunales que han de entender en el conocimiento de las causas contra Senadores y Diputados.

Protocolo Adicional N.º 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (PIDCP).

Constitución Española de 1978.

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Resolución de 24 de febrero de 1982 por la que se ordena la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» del nuevo Reglamento del Congreso de los Diputados.

Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Texto refundido del Reglamento del Senado aprobado por la Mesa del Senado, oída la Junta de Portavoces, en su reunión del día 3 de mayo de 1994.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

