LOS AFORAMIENTOS Y EL INCUMPLIMIEMNTO DE LA PREDETERMINACIÓN LEGAL DEL JUEZ

Resumen:

La actual regulación de los aforamientos presenta graves disfunciones. Una es la eventual violación del derecho fundamental al juez predeterminado por la ley. El aforamiento se traduce en la conocida “peregrinación” de jurisdicciones que protagonizan encausados que ostentan cargos parlamentarios o de gobierno nacional o autonómico, favorecida por la actual doctrina del Tribunal Supremo en la materia. Solo sucede en las causas pertenecientes al orden penal. Asimismo, la pérdida o la adquisición de la cualidad de aforado, circunstancia hasta cierto punto dependiente de factores extraprocesales y aun extrajurídicos, altera la competencia objetiva y, por ende, supone un cambio de tribunal.

La solución pasa por una reinterpretación de la normativa vigente que, al conjugar el principio de legalidad y la *perpetuatio iurisdicionis*, permita fijar la competencia en un momento previo. Es decir, perpetuar la competencia del órgano jurisdiccional legalmente predeterminado en el momento en que se cometió el hecho punible que vaya a ser enjuiciado. Todo ello sin perjuicio de una completa revisión de los aforamientos. De este modo, se introducirían criterios de seguridad jurídica más respetuosos con el Estado de Derecho. Nuestro país está sometido a un riguroso escrutinio internacional, por ejemplo, en supuestos tan graves como el *procès* catalán, por lo que la necesidad de la reforma adquiere carácter urgente.

Texto íntegro del informe:

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO
2. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL JUEZ PREDETERMINADO POR LA LEY Y LA «PERPETUATIO IURISDICTIONIS» PENAL

3. EL MOMENTO DETERMINANTE («*DIES A QUO*») DE LA PREDETERMINACIÓN LEGAL DEL TRIBUNAL EN EL PROCESO PENAL
4. EJEMPLO: EL CASO DEL *PROCÈS* CATALÁN
5. CONCLUSIÓN: LA DEFENSA DEL ESTADO DE DERECHO

————————————————————————————————————-

1. PLANTEAMIENTO

Desde hace ya bastante tiempo, asistimos al lamentable espectáculo que deparan los casos judicializados de corrupción política e institucional, sin olvidar los delitos cometidos contra el orden constitucional. El caso «ERES de Andalucía», el caso «Gürtel», el caso «Pretoria», el caso «Taula», el caso "Procés de Cataluña", el caso «Mónica Oltra» o el caso «Laura Borràs», entre muchos otros. Son solo los nombres con los que se han bautizado los procedimientos penales durante su instrucción. En la mayoría de ellos, aparecen implicados muchos sujetos que, por el alto cargo público que desempeñan o por ser representantes políticos en el Parlamento de la nación o en algún Gobierno o Asamblea autonómica, ostentan la condición procesal de aforados. Ello implica que, en principio, estos investigados no van a ser enjuiciados por el mismo tribunal que le correspondería a cualquier ciudadano de *a pie*. Deben ser juzgados directamente por el Tribunal Supremo, en el caso de los Diputados y Senadores o del Presidente y demás miembros del Gobierno de la Nación (arts 71.3 y 102. 1 CE, respectivamente). O por los Tribunales Superiores de Justicia, en el caso de los miembros electos de las Asambleas autonómicas (art. 73.3.a) LOPJ), en relación con los Estatutos de Autonomía.

La Plataforma Cívica por la Independencia Judicial ya ha advertido en repetidas ocasiones de los problemas asociados a la actual regulación de los aforamientos. Véase, por ejemplo, su pentálogo de medidas para la despolitización de la Justicia española. https://plataformaindependenciajudicial.es/2016/03/22/pentalogo-propuestas-para-despolitiza

r-la-justicia-espanola/.

Aunque son muchos los aspectos que podrían estudiarse acerca de esta institución y que se abordarán en sucesivos estudios, el presente informe se centrará principalmente en la problemática que plantea la competencia objetiva de los tribunales penales cuando una persona inculpada es aforada, o adquiere esa condición una vez iniciado el proceso; o, por el contrario, pierde su condición de aforado durante su desarrollo. Sucede que la pérdida o la adquisición de la cualidad de aforado es una circunstancia hasta cierto punto dependiente de factores extraprocesales y aun extrajurídicos que afecta a la determinación del tribunal que haya de conocer del asunto. Por tanto, existe el riesgo de violar el derecho al juez predeterminado por la ley reconocido en el artículo 24 de la Constitución española.

Delimitado así el contexto en el que nos vamos a desenvolver, el «peregrinaje» de las causas en las que hay aforados es el siguiente. Hasta un determinado momento, un Juzgado de instrucción tramita con vistas a que, una vez concluido el sumario o las diligencias previas, el asunto pase al conocimiento del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial. Esto es lo que sucede de modo general respecto de cualquier ciudadano. Pero, en el caso de los aforados, se pueden llegar a producir muchos cambios de tribunal.

En principio, se tramita la causa por el Tribunal Supremo, o un Tribunal Superior de Justicia, según los casos, si la persona investigada tiene la condición de aforado durante la instrucción. Ahora bien, es posible que deje de conocer en favor de un Juzgado de instrucción, si se produce la pérdida de la condición de aforado del encausado. O, incluso, se observa el fenómeno de que la Sala II del Tribunal Supremo, ante la presentación de una querella contra un aforado, declina la instrucción de la causa y viene sentando que la activación de la competencia objetiva para investigar esos supuestos delitos no es automática, sino que previamente debe haber quedado acreditada una responsabilidad "indiciaria", que debe ser investigada por un tribunal "ordinario", un juzgado de instrucción normalmente.

Todo esto no estaría sucediendo si el Tribunal Supremo, como intérprete máximo de la

legalidad ordinaria, y el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, hubieran reparado, a estas alturas del siglo XXI, en que existe una institución jurídico-procesal milenaria, con apoyo actualmente en el artículo 24.2 CE: la "*perpetuatio iurisdictionis*". La perpetuación de la jurisdicción. en relación con la determinación de la competencia objetiva de los tribunales penales, impide ese trasiego de causas de unos tribunales a otros[1].

1. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL JUEZ PREDETERMINADO POR LA LEY Y LA «PERPETUATIO IURISDICTIONIS» PENAL

El artículo 24.2 CE no habla del derecho fundamental al juez ordinario «determinado» por la ley, sino del juez *predeterminado* por ella. Con ello, se introduce un elemento decisivo. Es el elemento temporal, en cuyas consecuencias parece que no se repara de modo suficiente. Ahí está la clave principal para resolver todos los problemas que generan los aforamientos, con los indebidos «cambios» de tribunal durante la tramitación procedimental.

En efecto, el derecho a la predeterminación legal del juez significa que no basta con que el juez esté fijado por la ley, sino que ha de estar prefijado, es decir, determinado «antes de». La conjunción de este derecho con el principio procesal de la «*perpetuatio iurisdictionis*», consecuencia de aquel como «cristalización» de la jurisdicción y competencia del Juez o Tribunal conforme al estado de hecho y de derecho existente con anterioridad al caso, debieran neutralizar cualquier intento de alteración de la competencia objetiva y funcional de un determinado órgano jurisdiccional. «*Semel iudex, semper iudex*», o «*semel competens, semper competens*».

El Tribunal Constitucional viene reiterando, desde sus primeras sentencias, que la predeterminación legal del Juez significa que una ley, con generalidad y con anterioridad al planteamiento del supuesto litigioso, ha de contener todos los elementos de determinación competencial del órgano que debe conocer del asunto. La interpretación sistemática del artículo 24 CE con el artículo 117.3 CE pone de manifiesto que la *independencia* y la *imparcialidad* de los jueces «constituye el interés directo protegido por el derecho al Juez ordinario predeterminado»[2]. De modo que la preconstitución legal tiende a garantizar que la indicación del juez competente no pueda verse posteriormente alterada por actos legislativos o de otra naturaleza. Se podría vulnerar la imparcialidad del juez y el derecho a la certeza de que el juez que juzgará el caso no sea un juez *ad hoc*.

El principio de la «*perpetuatio iurisdictionis*» tiene una finalidad distinta, pues no es tanto la imparcialidad o la independencia del juez, como la certeza que deben tener los justiciables de que el proceso va a terminar y va a ser decidido allí donde había comenzado. «*Ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet*». Exige que la inmutabilidad de la competencia de los jueces sea absoluta: una vez que se ha determinado la competencia con arreglo a la norma *predeterminante*, ya no admite derogación alguna, ni por hechos, ni por normas sobrevenidas. De esta manera, ya no se puede sustraer el conocimiento del juez o tribunal, si realmente era el competente para conocer del mismo.

No debemos desconocer que la competencia objetiva de los tribunales penales se fija en razón de la clase de infracción enjuiciada, de la pena que ésta conlleve o de la persona a la que se atribuya. Es evidente que, en unos casos, los hechos y el sujeto (o sujetos) que integran el objeto del proceso penal pueden aparecer claros desde el inicio de las actuaciones. Pero, en otros casos, por el contrario, pueden ser necesarias múltiples diligencias de investigación para su determinación. En concreto, un aforado puede aparecer imputado en la propia denuncia o querella contra él o, por el contrario, su presunta

participación en los hechos delictivos puede ser descubierta en un momento muy posterior. Incluso, puede conocerse la condición de implicado y su aforamiento bien avanzada la fase de instrucción. ¿Eso significa que queda perpetuada la competencia del juez de instrucción que ha comenzado a investigar el caso? En modo alguno.

Solo queda perpetuada la competencia del órgano que realmente es competente para conocer del asunto. Y esto genera un peregrinaje. Veamos cómo. En caso de que haya estado conociendo un Juzgado de instrucción, tan pronto como se desprenda de las investigaciones la posible responsabilidad de un aforado, las actuaciones deben ser remitidas, a la mayor brevedad posible, al Tribunal Supremo o al Tribunal Superior de Justicia, según corresponda, tal y como exige el artículo 303, V LECrim y el aún vigente artículo 2 de la Ley de 9 de febrero de 1912, sobre competencia de los tribunales que han de enjuiciar a Diputados y Senadores. La «*translatio*» que se produce de un juzgado de instrucción al Tribunal Supremo o al Tribunal Superior de Justicia, cuando aparece implicado algún aforado, de ninguna manera supone una quiebra del principio de la «*perpetuatio iurisdictionis*», sino que este cambio de tribunal se produce en virtud de una falta originaria de competencia objetiva del citado Juzgado de instrucción que había comenzado la investigación.

A su vez, la «*perpetuatio iurisdictionis*» impone que el fuero existente para quien cometió el delito cuando era Diputado, Senador o Diputado autonómico, seguirá existiendo hasta la resolución del proceso, con independencia de que el aforado ya no ocupe ese cargo o de que haya renunciado a él durante el proceso. Pero, para mantener esta postura, hay que dar respuesta sólida al problema del «*dies a quo*» de la predeterminación.

3. EL MOMENTO DETERMINANTE («*DIES A QUO*») DE LA PREDETERMINACIÓN LEGAL DEL

TRIBUNAL EN EL PROCESO PENAL

No basta con que el juez esté fijado por la ley, sino que ha de estar *prefijado*, es decir, determinado «antes del caso». Pero, ¿qué significa que la predeterminación sea «anterior al caso»? Hasta hace poco tiempo se entendía que solo podía significar una de estas dos cosas: que la determinación previa debe ser «anterior a la comisión del delito» o «anterior al inicio del proceso». Sin embargo, en los últimos años ha surgido una nueva interpretación, creada por el Tribunal Supremo, que entiende que la predeterminación se refiere al «inicio del juicio oral».

Comenzando por la última de las tres posturas, que está siendo aplicada por el Alto Tribunal, desde que fue asumida por decisión unánime del Pleno de la Sala Segunda, a través del Acuerdo no jurisdiccional de 2 de diciembre de 2014, debe entenderse que «*en las causas con 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 aunque con posterioridad a dicha fecha se haya perdido la condición de aforado*». Esta interpretación fue aplicada por la Sala Segunda a través de la sentencia de la *Secc. 1ª, nº 869/2014, de 10 de diciembre*, con la aspiración de que pasara a ser la nueva doctrina jurisprudencial sobre esta importante cuestión. Como realmente ha sucedido.

Sin embargo, no parece acertada la postura del TS. Diferir la perpetuación de la jurisdicción y la competencia de un tribunal a un momento tan tardío del proceso penal, como es el de apertura del juicio oral, provoca grandes disfunciones competenciales y choca frontalmente contra los más elementales postulados de la seguridad jurídica. La predeterminación debería estar referida al momento de la comisión del hecho —o a la secuencia sucesiva de hechos, en los casos de delitos continuados—, o ha de ser tan solo anterior al inicio del proceso. Cada

una de estas dos soluciones tiene ventajas e inconvenientes, argumentos a favor y en contra. Examinémoslas.

En favor de situar el “dies a quo” en el momento de la iniciación del proceso penal militan importantes argumentos. Por una parte, esta interpretación lograría la equivalencia o simetría entre el proceso penal y el civil, puesto que, en el ámbito civil, la «perpetuatio iurisdictionis» opera como uno de los efectos jurídico-procesales de la litispendencia, y ésta se produce con el acto de parte que inicia el proceso, llámese demanda, recurso, cuestión, papeleta, etc. De esta manera, dejando aparte la tradicional discusión acerca de la naturaleza jurisdiccional o administrativa de la actividad instructora, a los efectos de la predeterminación legal del juez, el «dies a quo» coincidiría con el momento de la llegada de la «notitia criminis» al órgano jurisdiccional, normalmente a través de una denuncia o una querella. Por otra parte, si la regla de la predeterminación del juez legal tiene como *ratio* impedir que se pueda intervenir con posterioridad para designar un juez «ad hoc» (sospechoso de parcialidad), la garantía se respeta siempre que la intervención se imposibilite desde el mismo momento en el que el Juez de instrucción inicia su tarea, una vez que llega a él la «notitia criminis».

Esta solución, muy estética, absolutamente inobjetable en cuanto a su aplicación a los procesos no penales, sin embargo, cuenta con la dificultad insalvable de la aplicación estricta del principio de legalidad penal propio del proceso penal y el carácter necesario de éste. En efecto, el *principio de legalidad* procesal quiere decir que el proceso ha de iniciarse, desarrollarse y concluir conforme a la ley formal (artículo 117.3 CE). A toda conducta punible penalmente debería corresponderle siempre, sea quien sea el presunto responsable, la actuación del *ius puniendi* del Estado, a través de la intervención del tribunal penal competente en el momento de cometerse el delito. De ahí que resulte muy atractiva la interpretación que entiende que la garantía constitucional de la predeterminación legal del

juez se refiere al momento de la comisión del hecho objeto de enjuiciamiento (hecho punible). Solución, por lo demás, que permite conectar el principio de irretroactividad de la norma sustantiva sancionadora, que se refiere siempre al «*dies commissi delicti»,* con la predeterminación competencial, que vendría a ser un correlato procesal.

Es cierto que esta propuesta sólo es aplicable al ámbito procesal penal y que, *prima facie*, pudiera parecer más razonable que un tema tan importante, como es el momento de la predeterminación judicial, debiera de tener un tratamiento homogéneo en todas las jurisdicciones. Sin embargo, el enjuiciamiento por un órgano jurisdiccional fijado en virtud de unos hechos acaecidos con posterioridad al hecho punible, como pudiera ser la pérdida o adquisición de la condición de aforado, sería un enjuiciamiento realizado por un tribunal simplemente «determinado» por la ley, cuando lo que realmente exige el artículo 24.2 CE es un juez «*predeterminado*» por la ley. Este argumento permite que esta interpretación que proponemos constituya una excepción razonable respecto de los procesos no penales.

Además, en otro orden de consideraciones, cabe resaltar que nuestro Derecho histórico, desde el texto constitucional de 1837 hasta la actualidad, ha mantenido la constante de entender que la *predeterminación* debe estar referida al momento de comisión del hecho delictivo, no al inicio del proceso. La redacción del art. 9 de la Constitución de 1837 (que más tarde pasaría, intacto y manteniendo la misma numeración, a la Constitución de 1845) es muy claro: «ningún español puede ser procesado ni sentenciado por juez o tribunal competente, *sino en virtud de leyes anteriores al delito* y en la forma que éstas prescriban». Avanzando en el tiempo, la Constitución de 1869 sigue, en lo fundamental, la pauta de los textos de 1837 y 1845, aunque introduce una mención a los «Tribunales extraordinarios», por contraposición al «Juez ordinario». La Constitución de 1876, por su parte, suprime el apartado segundo del art. 11 de la CE de 1869, y vuelve, en esencia, al texto de 1837 y 1845. Y la Constitución republicana de 1931, aunque con un texto más oscuro en su

redacción, vuelve a incidir en la idea de antelación al delito: «Solo se castigarán los hechos declarados punibles por *Ley anterior a su perpetración*. Nadie será juzgado sino por juez competente y conforme a los trámites legales».

Por otra parte, en apoyo de esta posición, no resulta ocioso recurrir al principio de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Sobre todo, en lo tocante a que sean irrelevantes los cambios fácticos acaecidos con posterioridad a la comisión del hecho, fruto de la voluntad del aforado de mantener o no su *status*, frente a la voluntad expresada en la ley sobre competencia.

Finalmente, el *principio de igualdad* también debe participar en el sustento de la interpretación aquí propuesta. Solo si se entiende que la predeterminación legal del juez y la consiguiente perpetuación de la jurisdicción (y de la competencia) se produce, en el ámbito penal, en el momento de la comisión del delito, se garantiza plenamente la igualdad en la aplicación de la ley entre los aforados y el resto de los justiciables no aforados. Porque en el caso de que los aforados puedan «maniobrar» con actos individuales tendentes a «elegir» el tribunal que debiera conocer de su asunto, se produciría una clara discriminación respecto de los «no aforados». Estos, en modo alguno, pueden disponer de las normas de competencia objetiva de los tribunales penales, al ser normas de Derecho imperativo. El foro competencial viene determinado para el ciudadano común principalmente por el lugar y el tiempo de la comisión del delito, según reglas indisponibles que recogen los artículos 14 a 18 de la ley procesal penal.

4. El CASO DEL PROCÈS CATALÁN.

Un ejemplo ilustrativo de esta última opción se extrae de la instrucción del «Procés». Los ex-

miembros del Gobierno catalán (ahora indultados) eran aforados *en el momento de cometer los hechos* que se les imputaron, pero dejaron de disfrutar de su *status privilegiado* cuando fueron cesados de sus cargos, en ejecución del art. 155 CE, previa autorización del Senado, a través del Decreto 944/2017, de 27 de octubre.

Por lo demás, son sobradamente conocidas las implicaciones políticas de un caso como éste, en el que diversos agentes políticos detentan interés, a veces nada disimulado, en que sea uno u otros órganos jurisdiccionales los que conozcan de la causa. Se entenderá mejor la gravedad de la situación si reparamos en que esos mismos agentes gozan de la oportunidad de influir e incluso en cierta medida "teledirigir" no solo cuál haya de ser el tribunal competente, sino su composición, como sucede con el Tribunal Supremo, a través del sistema de nombramientos discrecionales de magistrados del Tribunal Supremo, hechos por un órgano íntegramente elegido por el Parlamento.

Como se apuntaba, uno de los instrumentos de manipulación sería el cese en la titularidad de los cargos determinantes del aforamiento, ya sea por renuncia de los afectados, ya por el ejercicio de las medidas extraordinarias del artículo 155 de la Constitución; es más, cabe incluso vislumbrar la intención sobrevenida de la condición de aforados. Sea como fuere, y al margen del concreto escenario que se plantee, se trata de elementos espurios que contaminan el normal devenir del proceso y, por tanto, el derecho a la tutela judicial efectiva. Por eso urge una modificación del actual estado de cosas, altamente insatisfactorio, no solo desde la buena técnica procesal, sino desde el respeto a los derechos fundamentales.

5. CONCLUSIÓN: LA DEFENSA DEL ESTADO DE DERECHO.

Sería bueno que el Tribunal Supremo abandonara la caracterización «meramente funcional» de los aforamientos, por cuanto su doctrina está desactivado las exigencias constitucionales de la *predeterminación* legal del juez.

En algún momento debe detener esa especie de "huida hacia adelante", consistente en ir generando una doctrina ahormada a los intereses exclusivos de los aforados o de los intereses en juego. Verdaderamente caben otras interpretaciones más respetuosas con la letra y el espíritu de la predeterminación legal del juez, del principio de igualdad y de la seguridad jurídica.

El camino va a ser arduo y difícil. La naturaleza humana y el control político del CGPJ, que ejerce un control directo de la composición de la Sala Segunda, dificulta la rectificación de los magistrados del TS (y del TC). Con todo, la mejor solución sería que, de una vez por todas, se abordase una reforma legislativa, sin esperar a la entrada en vigor de una nueva LECRIM. Una reforma que aclarara cuál es el momento de la «perpetuación de la jurisdicción penal», con arreglo al espíritu (y a la letra) del artículo 24.2 CE.

De no cambiar el rumbo jurisprudencial en esta materia, seguiremos asistiendo a acontecimientos judiciales incomprensibles, al menos desde postulados jurídico-procesales, de aforamientos y desaforamientos sobrevenidos, que darán lugar a nuevos cambios de tribunal enjuiciador durante un proceso, en asuntos tan sensibles, por ejemplo, como el de la sedición en Cataluña.

Sin olvidar, por supuesto, que estos vaivenes competenciales están siendo analizados por observadores internacionales. Y, lo que es más grave, en su día serán resueltos por los magistrados del Tribunal Europeo de Derecho Humanos. Los recursos que se han ido interponiendo por encausados del «*Procés*» catalán, invocando la vulneración del derecho al

juez predeterminado por la ley por parte del Tribunal Supremo, pondrán en tela de juicio la interpretación del Tribunal Supremo y la fortaleza del Estado de Derecho.

Es la calidad democrática del Estado de Derecho en el Reino de España la que está en juego. Por este motivo, no hemos de ahorrar esfuerzos en buscar fórmulas que homologuen nuestras instituciones a las elevadas exigencias del orden jurídico internacional.

[1] CHOZAS ALONSO, José Manuel, *La quimera de la predeterminación legal del juez cuando se trata de aforados (una reflexión sobre los aforamientos de Diputados y Senadores,* Madrid, Dykinson, 2022.

[2] *STC (1ª) 47/1983, de 31 de mayo, Fto. Jdco. 2º, in fine; STC (2ª) 101/1984, de 8 de noviembre, Fto. Jdco. 4º:«* "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 caso" (…) y que "la anterioridad de tales criterios respecto al planteamiento procesal del litigio garantiza que una vez determinado en concreto el Juez de un caso en virtud de la aplicación de los criterios competenciales contenidos en las Leyes, el Juez del caso no podrá ser desposeído de su conocimiento en virtud de decisiones tomadas por órganos gubernativos".*»*