



CONSEJO DE ESTADO

**PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL E
INFORME SOBRE EL PROCEDIMIENTO QUE DEBE
SEGUIRSE PARA SU TRAMITACIÓN**

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized 'Q' followed by a vertical stroke and a small hook at the bottom.



CONSEJO DE ESTADO

SUMARIO

- I. OBJETO Y LÍMITES DE LA ENCOMIENDA**
- II. CONSIDERACIONES GENERALES Y MARCO NORMATIVO DE LOS AFORAMIENTOS**
- III. LA NUEVA REDACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 71 Y 102 DE LA CONSTITUCIÓN**
- IV. LA PROYECCIÓN DE LA LIMITACIÓN FUNCIONAL PROPUESTA SOBRE LOS AFORAMIENTOS AUTONÓMICOS**
- V. LAS MEDIDAS COMPLEMENTARIAS**
- VI. EL PROCEDIMIENTO PARA LA TRAMITACIÓN DE LA REFORMA**
- VII. TEXTO DE LA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL**
- VIII. APÉNDICE**



CONSEJO DE ESTADO

Nº: E 1/2018

SEÑORES:

Fernández de la Vega Sanz, Presidenta
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Herrero y Rodríguez de Miñón
Ledesma Bartret
Aza Arias
Manzanares Samaniego
Camps Cervera
Alonso García
Velarde Fuertes
Segarra Crespo
Alejandre Martínez
Pau Pedrón
Gómez Sánchez
Valcárcel Bernaldo de Quirós
Laborda Martín
Ortega y Díaz Ambrona
Rodríguez Ibarra
Michavila Núñez
Guillot i Miravet
Casas Baamonde
Pérez Vera
Sáenz de Santamaría Antón
Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos,
Secretaria General

El Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 15 de noviembre de 2018, con asistencia de los señores que al margen se expresan, aprobó, por mayoría, la propuesta de reforma constitucional e informe sobre el procedimiento que debe seguirse para su tramitación.

I. OBJETO Y LÍMITES DE LA ENCOMIENDA

1. La solicitud del Gobierno

Por Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 21 de septiembre de 2018 el Gobierno ha acordado lo siguiente:



CONSEJO DE ESTADO

“Primero. Encomendar al Consejo de Estado que elabore una propuesta de reforma constitucional en los términos que se contienen en el documento que se acompaña al presente Acuerdo, atendiendo a los objetivos y criterios reflejados en el referido documento.

Segundo. Solicitar del Consejo de Estado que informe sobre el procedimiento que debe seguirse para la tramitación de la reforma constitucional”.

El documento que acompaña al Acuerdo del Consejo de Ministros es del siguiente tenor literal:

“/

FUNDAMENTO Y JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA

Las prerrogativas constitucionales otorgadas a autoridades y altos cargos responden a la voluntad de «proteger de forma cualificada la libertad, autonomía e independencia de los órganos constitucionales, interés superior del ordenamiento de todo Estado Democrático de Derecho e instrumento imprescindible para garantizar la efectiva separación entre los distintos poderes del Estado» (STC 22/1997, FJ 5).

En este contexto, la prerrogativa del aforamiento especial tiene por finalidad «proteger la propia independencia y sosiego (tanto del órgano legislativo o gubernamental 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». Respecto de los parlamentarios, el Tribunal Constitucional ha reiterado que la prerrogativa de aforamiento «actúa, de este modo, como instrumento para la salvaguarda de la independencia institucional tanto de las 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» (SSTC 22/1997, FJ 6; 65/2001, FJ 4).



CONSEJO DE ESTADO

Así pues, esta protección jurídica cualificada se articula constitucionalmente «no en atención a un interés privado de sus titulares, sino a causa de un interés general, cual es el de asegurar su libertad e independencia en tanto que reflejo de la que se garantiza al órgano constitucional al que pertenecen» (SSTC 90/1985, FJ 6; 206/1992, FJ 3; 22/1997, FJ 5).

Desde un punto de vista técnico, el aforamiento consiste en una prerrogativa dirigida a determinar el órgano judicial competente para el conocimiento de las causas seguidas contra sujetos específicos (STC 123/2001, FJ 8). Se trata de una excepcionalidad procesal, en la medida en que implica alterar de manera singular las reglas de competencia judicial aplicables a la generalidad de los ciudadanos. A través de ella se dota a sus titulares de un plus o protección máxima, en beneficio de su función (STC 166/1993, FJ 3).

Concretamente, la Constitución prevé esta prerrogativa de aforamiento como parte del estatuto constitucional de Diputados y Senadores (art. 71 CE) y del Presidente y demás miembros del Gobierno (art. 102 CE).

Y es que el aforamiento de parlamentarios y de miembros del Gobierno no es algo desconocido en nuestro entorno comparado, aunque se encuentra mucho menos generalizado y, desde luego, su alcance material es más restringido que el previsto en nuestra Constitución.

Por lo que respecta a los parlamentarios, la regla general en los Estados europeos es su no aforamiento: (i) carecen de foro especial en Alemania, Francia, Italia, Portugal, Austria, Bélgica, Dinamarca, Noruega, Finlandia, y Suecia; (ii) existe aforamiento muy limitado en Portugal; y (iii) existen fueros especiales para los parlamentarios, además de en España, en los Países Bajos (aunque limitado a los delitos cometido en el ejercicio de su cargo), Grecia y Rumanía.

Por lo que respecta a los miembros del Gobierno, su aforamiento es en cambio la regla general: (i) carecen de fuero especial en Alemania ; (ii) existe aforamiento muy limitado en Portugal (solamente el Primer Ministro y restringido a los actos cometidos en ejercicio de sus funciones); y (iii) existe aforamiento para los miembros del Gobierno, aunque limitado a delitos



CONSEJO DE ESTADO

cometidos en ejercicio de sus funciones, en Francia, Italia, Países Bajos, Austria, Dinamarca, Noruega, Polonia, Rumanía, Finlandia, Grecia y Suecia.

En definitiva, existe diversidad en cuanto al círculo de personas cubiertas por la prerrogativa del fuero especial en el Derecho comparado. No obstante, lo que resulta evidente es la tendencia generalizada a que el aforamiento de parlamentarios y/o miembros del Gobierno tenga carácter funcional, esto es, que se contemple solo en relación con los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones propias.

A mayor abundamiento, la voluntad de limitar los aforamientos es también la de la gran mayoría de los Grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados, aunque existen diferencias notables en cuanto al calado o la extensión de la reducción de los aforamientos: en tanto que algunos Grupos proclaman que la reforma debe hacerse de manera sosegada, otros defienden la supresión total.

A estos efectos, en la línea de situar a la Constitución Española en esta clara tendencia comparada y manifestada en sede parlamentaria, y de acuerdo con el fundamento constitucional del fuero especial, se propone la reforma constitucional de los aforamientos para limitarlos al ejercicio de las funciones que los cargos públicos afectados desempeñen.

Finalmente, cabe reseñar que conviene que la propia Constitución sea la que oriente este proceso de limitación de los aforamientos, restringiendo expresamente la prerrogativa del aforamiento de los sujetos previstos en los artículos 71 y 102 CE al ámbito estricto del ejercicio de sus funciones. Esta vocación racionalizadora pretende orientar la ulterior labor legislativa de configuración del resto de aforamientos previstos en nuestro ordenamiento, de manera que su alcance se reduzca al ejercicio de las funciones de la autoridad respecto de quienes se reconozcan.



II
RÉGIMEN VIGENTE

La Constitución Española prevé los aforamientos en dos preceptos distintos. Por un lado, en el artículo 71 en relación con los miembros de ambas Cámaras (Título III). Por otro lado, en el artículo 102 en relación con el Presidente y demás miembros del Gobierno (Título IV). En síntesis, estas previsiones recogen el aforamiento de los sujetos recién mencionados ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, y lo hacen estableciendo un aforamiento que puede ser ampliado por la ley.

Ello significa que, actualmente, la Constitución deja total libertad al legislador para ampliar el aforamiento de estos cargos. Precisamente en uso de este margen, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, otorga fuero especial ante el Tribunal Supremo al Presidente del Gobierno, demás miembros del Gobierno, Diputados y Senadores en sus artículos 56 y 57. Y lo hace añadiendo un aforamiento civil en los casos de demandas de responsabilidad civil derivadas del ejercicio de sus funciones. Debe puntualizarse que este aforamiento previsto legalmente es distinto y adicional a la responsabilidad civil derivada de la comisión de delitos, que se sustancia en el orden penal salvo que la víctima opte por lo contrario y, por tanto, se sustancia en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en caso de aforamiento.

III
IDEAS DIRECTRICES DE LA REFORMA

Si la reforma del sistema constitucional relativo al aforamiento de Presidente, Gobierno, Diputados y Senadores quiere reducir el ámbito del fuero penal actualmente previsto, debe tenerse presente que, desde la propia Constitución, deberá limitarse la capacidad de la LOPJ para ampliar el fuero especial. Es decir, debe cambiarse la estructura constitucional actual de establecer un fuero mínimo ampliable por la Ley Orgánica, asegurando que el nuevo texto de la Constitución no deja lugar a dudas sobre la limitación que produce en relación con esta Ley.



CONSEJO DE ESTADO

En este sentido, se plantea la conveniencia de encomendar al Consejo de Estado la elaboración de una propuesta de reforma constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.3 de su Ley Orgánica, en atención a los siguientes criterios, objetivos y límites:

1.- Tratar de limitar la reforma a los dos preceptos antes reproducidos, concretamente los artículos 71 y 102 de la Constitución, salvo que sea necesario reformar algún otro precepto constitucional conectado.

2.- Que la reforma constitucional limite el alcance del aforamiento de los sujetos previstos en ambos artículos, sin referirse a los aforamientos no previstos en la Constitución. Es decir, se considera oportuno mantener el ámbito subjetivo de los aforamientos constitucionales y, por tanto, circunscribir la reforma a los cargos aforados ya previstos.

3.- Operar una reforma en el ámbito objetivo del aforamiento en la siguiente dirección:

- Por un lado, limitarlo objetivamente siguiendo la tendencia del Derecho comparado, esto es, vinculando el aforamiento penal al ejercicio de las funciones del cargo. El objetivo es que, tras la reforma, quede patente que el legislador no puede ampliar ni restringir el aforamiento penal constitucionalmente previsto.

- Por otro lado, mantener la referencia única al aforamiento penal, sin afectar a los aforamientos ante la jurisdicción civil, preservando, por tanto, el margen del legislador para regular los aforamientos en materia no penal.

4.- Desde el punto de vista de la interacción entre la Constitución y el resto de normas de nuestro ordenamiento, determinar los aspectos temporales que hayan de tenerse en cuenta para la entrada en vigor de la reforma, así como los mecanismos para adaptar el ordenamiento en su conjunto al nuevo régimen de aforamientos constitucionales. Dado que la Constitución requiere de un desarrollo normativo posterior para su adecuada aplicación, se considera preciso establecer un período de vacatio legis, así



CONSEJO DE ESTADO

como una remisión en el texto constitucional a una ley posterior que concrete los aspectos procesales pertinentes.

5.- Ha de determinarse el tratamiento jurídico aplicable a las situaciones transitorias que puedan surgir con la entrada en vigor de la reforma constitucional. A estos efectos, ha de recalcarse que tal entrada en vigor se producirá en un momento en que, eventualmente, algunos de los cargos afectados se hallen incurso en causas penales, cuyo estado de tramitación procesal puede ser muy diverso. Esta circunstancia hace conveniente que la reforma constitucional incluya una previsión que acote y aclare qué régimen de aforamiento penal es el aplicable, para evitar interpretaciones discordantes entre órganos judiciales respecto de los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la nueva redacción de los artículos constitucionales.

IV

PROCEDIMIENTO

La Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, dispone en su artículo 2.3 que el Consejo de Estado «realizará por sí o bajo su dirección los estudios, informes o memorias que el Gobierno le solicite y elaborará las propuestas legislativas o de reforma constitucional que el Gobierno le encomiende. Podrá llevar a cabo igualmente los estudios, informes o memorias que juzgue oportuno para el mejor desempeño de sus funciones. En la elaboración de las propuestas legislativas o de reforma constitucional atenderá los objetivos, criterios y límites de la reforma constitucional señalados por el Gobierno, y podrá hacer también las observaciones que estime pertinentes acerca de ellos». Por su parte, el artículo 23.2 de la citada Ley Orgánica establece que «la Comisión de Estudios elaborará las propuestas legislativas o de reforma constitucional que el Gobierno encomiende al Consejo de Estado y los someterá al Pleno, que se pronunciará sobre ellos por mayoría simple. Los miembros discrepantes podrán formular, dentro del plazo que reglamentariamente se determine, votos particulares, que se remitirán al Gobierno junto con el texto aprobado».

9

Con apoyo en estos preceptos legales, el Gobierno solicita del Consejo de Estado que formule una propuesta de reforma constitucional



CONSEJO DE ESTADO

atendiendo a los criterios, objetivos y límites expuestos en los apartados anteriores de este documento.

Asimismo, en virtud de los citados artículos 2.3 y 23.2, y toda vez que la propia Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, impide en su artículo 2.2 la remisión a informe de ningún otro cuerpo u órgano de la Administración del Estado los asuntos en que hubiera dictaminado el Consejo de Estado, se solicita del Consejo de Estado que informe sobre cuáles son los trámites preceptivos que han de preceder a la aprobación del proyecto de reforma constitucional.

Todo ello sin perjuicio de que el Consejo de Estado aborde el estudio de otros aspectos que considere conveniente tener en cuenta para completar o mejorar la calidad técnica tanto de la reforma constitucional como del informe solicitado”.

2. Naturaleza y alcance de la intervención del Consejo de Estado. La vinculación a la consulta

Cualquier consideración acerca de la naturaleza y alcance de la intervención del Consejo de Estado en relación con la propuesta de reforma constitucional cuya formulación le encomienda el Gobierno ha de partir necesariamente de su configuración constitucional como “*supremo órgano consultivo del Gobierno*” (artículo 107 de la Constitución). El Consejo de Estado no es un órgano de representación política ni se integra en la Administración activa; no ejerce una labor de control en sentido estricto, sino que da respuesta a las cuestiones que le plantea la autoridad consultante desde una posición de objetividad e independencia. Conforme al artículo 2.1 de su Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, “*en el ejercicio de sus funciones, el Consejo de Estado velará por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico*” y “*valorará los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exijan la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines*”.

9



CONSEJO DE ESTADO

En este contexto, el artículo 2.3 de la mencionada Ley Orgánica, y más concretamente el primer inciso de su párrafo primero, establece que *“el Consejo de Estado realizará por sí o bajo su dirección los estudios, informes o memorias que el Gobierno le solicite y elaborará las propuestas legislativas o de reforma constitucional que el Gobierno le encomiende”*. Son dos, pues, las vías de que dispone el Gobierno para actuar: la de solicitar al Consejo de Estado *“estudios, informes o memorias”* y la de encomendarle la elaboración de *“propuestas legislativas o de reforma constitucional”*. En el primer caso, la aprobación corresponde a la Comisión de Estudios; en el segundo caso, la propuesta ha de someterse al Pleno (artículo 23 de la mencionada Ley Orgánica).

En este caso, la solicitud formulada por el Gobierno encomienda al Consejo de Estado ambas tareas: por un lado, le encarga la formulación de una concreta propuesta de reforma constitucional, atendiendo a los objetivos y criterios reflejados en el documento que acompaña la solicitud; por otro lado, le solicita que informe sobre el procedimiento que debe seguirse para la tramitación de la reforma constitucional.

Los dos cometidos se encuentran en estrecha conexión, aunque la segunda se sitúa en relación de subordinación respecto a la primera, que constituye el objeto principal de la consulta formulada. En ella se centrarán las consideraciones que a continuación se realizan y que han de iniciarse destacando que es la primera ocasión en que el Gobierno encomienda al Consejo de Estado la elaboración de una propuesta de esta naturaleza.

Al abordar esta tarea ha de comenzarse por precisar que no se trata tanto de realizar un análisis crítico de las posibles formulaciones que cabe plantear para abordar la reforma de los artículos 71 y 102 de la Constitución, como de proponer la redacción de textos concretos que den forma jurídica a los criterios, objetivos y límites fijados por la consulta del Gobierno. Todo ello sin perjuicio de que el Consejo de Estado pueda hacer las observaciones que estime pertinentes acerca de dichos criterios, objetivos y límites (segundo párrafo del artículo 2.3 de la Ley Orgánica 3/1980) y que se recogen en este Informe.

9



CONSEJO DE ESTADO

Pero, sobre todo, ha de subrayarse que esta opción –la elaboración de una concreta propuesta de reforma constitucional- condiciona de manera evidente la tarea encomendada, de modo que el Consejo de Estado ha de limitarse a atender la petición del Gobierno, con arreglo a los términos de la consulta y dentro de los precisos límites de la función que tiene encomendada. No corresponde, pues, a este Consejo pronunciarse acerca de si cabe tomar en consideración otras vías para abordar la reforma de los aforamientos distintas a la escogida por el Gobierno o cuál haya de ser la extensión de dicha reforma, máxime cuando la consulta excluye expresamente de su objeto algunos aspectos. Los términos de la propuesta de reforma constitucional vienen predeterminados en la consulta y a ellos ha de atenerse el Consejo de Estado.

Supuesto lo anterior, estas reflexiones no pueden finalizar sin destacar la extraordinaria importancia que tiene lograr que la reforma constitucional propuesta se aborde con el máximo consenso y prudencia posibles, objetivo común al que deben tender tanto la Propuesta que formule este Consejo como la propia iniciativa del Gobierno. Ese imprescindible consenso habrá de permitir, sin duda, afrontar la tramitación parlamentaria de la reforma con las garantías necesarias y hacer viable tanto la reforma propuesta como sus perfiles, alcance y consecuencias procedimentales.

En este punto, debe tenerse especialmente en cuenta el posible ejercicio de la facultad prevista en el artículo 167.3 de la Constitución, según el cual *“aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras”*.

Ese consenso debería referirse, como se expone en el cuerpo de este Informe, no sólo al aspecto estrictamente constitucional del aforamiento, sino también al relativo a su extensión a las autoridades autonómicas y a aquellas otras estatales recogidas en el artículo 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en otras Leyes Orgánicas reguladoras de órganos constitucionales o de relevancia constitucional, de modo que se aborde una reforma global y coherente del aforamiento en nuestro ordenamiento jurídico.



CONSEJO DE ESTADO

3. Contenido y estructura

Los términos de la solicitud formulada por el Gobierno determinan el marco al que ha de ajustarse el contenido de los documentos a elaborar y la forma de estructurarlos.

i) La Propuesta de reforma constitucional ha de situarse obligadamente, como se acaba de subrayar, dentro de los límites fijados por la solicitud del Gobierno y respetar los objetivos y criterios por éste señalados, sin excederlos.

Por tanto, su objeto principal consiste en formular una redacción de los artículos 71 y 102 de la Constitución (y más concretamente de sus apartados 3 y 1, respectivamente, como luego se verá) con la única finalidad de incorporar una limitación funcional al fuero penal especial aplicable a Diputados y Senadores y al Presidente y demás miembros del Gobierno, vinculándolo al ejercicio de las funciones propias del cargo.

Se preserva *“el margen del legislador para regular los aforamientos en materia no penal”*. Y no se contempla la revisión del *“ámbito subjetivo de los aforamientos constitucionales”* -se circunscribe *“a los cargos aforados ya previstos”*-, ni la de otras prerrogativas constitucionales como pueden ser la inviolabilidad y la inmunidad, que en modo alguno pueden entenderse afectadas en su configuración constitucional por la reforma propuesta.

Junto a este contenido que pudiera calificarse como necesario, cabe la posibilidad, al hilo de la *“vocación racionalizadora”* de la reforma, de tomar en consideración otras cuestiones vinculadas a su finalidad, entre las que destaca la relativa a la proyección de la limitación funcional del fuero penal especial sobre los aforamientos establecidos en el ámbito de las Comunidades Autónomas.

La Propuesta ha de ir acompañada, en fin, de previsiones que garanticen su correcta articulación y su plena efectividad. Por ello, es preciso establecer las disposiciones necesarias que regulen los aspectos temporales



CONSEJO DE ESTADO

que hayan de tenerse en cuenta para la entrada en vigor de la reforma (*vacatio legis* y situaciones transitorias); y también hay que examinar si resulta procedente prever expresamente una remisión al ulterior desarrollo normativo y, de ser así, en qué términos habría de formularse. Al abordar estas cuestiones también habrá que decidir cuál es su mejor ubicación, si en el propio texto de la Constitución o bien en el instrumento normativo de reforma.

Por último, también se han de concretar "*los trámites preceptivos que han de preceder a la aprobación del proyecto de reforma constitucional*".

ii) La Propuesta de reforma constitucional que se formula está integrada por el texto normativo completo que le corresponde, en el que se incluyen los diferentes preceptos que se modifican o insertan en la Constitución y al que se acompañan las disposiciones complementarias pertinentes. No se ha incorporado la exposición de motivos habida cuenta de la incuestionable significación política que subyace en toda explicación de una modificación normativa y, especialmente, en las que afectan al texto constitucional.

A dicha Propuesta preceden las observaciones que el Consejo de Estado ha estimado pertinentes conforme a "*los objetivos, criterios y límites de la reforma constitucional señalados por el Gobierno*".

II. CONSIDERACIONES GENERALES Y MARCO NORMATIVO DE LOS AFORAMIENTOS

En los Estados constitucionales, las diversas autoridades y cargos públicos gozan de un estatuto jurídico peculiar caracterizado por una serie de prerrogativas -inviolabilidad, inmunidad y aforamiento- que, una vez superados los planteamientos que dieron lugar a su origen y reconocida la única legitimidad democrática del poder, se justifican en razones de interés general vinculadas a la necesidad de garantizar la libertad y autonomía de actuación de aquéllos y de las instituciones a las que representan.

El Tribunal Constitucional ha subrayado que la inviolabilidad, la inmunidad y el aforamiento no constituyen privilegios contrarios a los principios de justicia e igualdad (STC 90/1985, de 22 de julio, FJ 6; 90/1995, de 9 de junio,



CONSEJO DE ESTADO

FJ 6; y 123 y 124/2001, de 4 de julio, FJ 4), sino garantías jurídicamente vinculadas a la satisfacción de un interés institucional y permanente del ordenamiento consistente en preservar la independencia de la institución concernida en cada caso (STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 5).

Aun cuando están dirigidas a esa finalidad común, las prerrogativas de inviolabilidad, inmunidad y aforamiento son conceptualmente distintas y deben por ello distinguirse. La inviolabilidad supone la exención de responsabilidad de determinadas personas por todas las conductas desarrolladas durante el ejercicio de cargo -inviolabilidad absoluta- o sólo por algunos de ellos -inviolabilidad relativa-, de forma que no podrán ser condenados por tal concepto ni aun después de cesar en el mismo: se trata, por tanto, de una prerrogativa sustantiva y permanente. La inmunidad implica que el sujeto concernido no puede ser objeto de acciones encaminadas a exigirle responsabilidad -inmunidad absoluta- o que únicamente puede serlo previo cumplimiento de ciertos requisitos de procedibilidad -inmunidad relativa-: constituye pues una prerrogativa procesal cuyo alcance puede ser temporal, durante su mandato, cuando la inmunidad se reconoce frente a actos no revestidos de inviolabilidad, o permanente, cuando la inmunidad es un efecto reflejo de la inviolabilidad. Por último, el aforamiento 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 a tales sujetos durante su mandato por cualquier ilícito penal -fuero especial puro- o por algunos en concreto -fuero especial parcial o relativo-: constituye, por tanto, una prerrogativa procesal y, en principio, temporal.

En el ordenamiento constitucional español, la inviolabilidad, la inmunidad y el aforamiento no concurren simultáneamente ni con el mismo alcance en todas las magistraturas. La presencia y amplitud de todas o alguna de estas notas está en función de la posición institucional que ocupa el cargo en cuestión.

El Rey o la Reina, en su condición de titulares de la Jefatura del Estado, gozan de la más absoluta inviolabilidad de acuerdo con el artículo 56.3 de la Constitución, es decir, no están sujetos a responsabilidad de ningún tipo por los actos cometidos durante su reinado. Esta inviolabilidad trae consigo la

9



CONSEJO DE ESTADO

correspondiente inmunidad del Rey o la Reina frente a los mismos actos, de ahí que el texto constitucional no prevea aforamiento alguno al respecto, que sí contempla para los actos realizados después de su abdicación -actos para los que no existe inviolabilidad ni inmunidad- el artículo 55 bis de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), introducido por la Ley Orgánica 4/2014, de 11 de julio.

Los Diputados y Senadores, por su parte, se encuentran revestidos de las prerrogativas de inviolabilidad, inmunidad y aforamiento, en los términos previstos en el artículo 71 de la Constitución. La inviolabilidad parlamentaria excluye con carácter permanente su responsabilidad criminal por *“las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”* (art. 71.1). La inmunidad parlamentaria determina, por su parte, que, *“durante el periodo de su mandato”, “sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito”* y *“no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva”* -el denominado suplicatorio- (art. 71.2). Por último, el aforamiento ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo por cualesquiera ilícitos penales, hayan sido o no cometidos en el ejercicio de sus funciones (art. 71.3), constituye un fuero procesal especial, vigente durante su mandato, que actúa como *“complemento y cierre”* de las prerrogativas de inviolabilidad e inmunidad (STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 6; y 68 y 69/2001, de 17 de marzo, FJ 5).

El Presidente y demás miembros del Gobierno de la Nación no gozan, en cuanto tales, de inviolabilidad ni de inmunidad, pero se encuentran aforados, en lo que a su responsabilidad criminal concierne, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo por todos los actos cometidos durante su mandato, guarden o no relación con las competencias propias de su cargo, de acuerdo con el artículo 102.1 de la Constitución.

Tras la aprobación de la Constitución, algunas de las prerrogativas mencionadas, y en particular la del aforamiento, se han extendido a otras autoridades y cargos públicos, distintos de los Diputados y Senadores y del Presidente y demás miembros del Gobierno de la Nación, a través de la legislación orgánica reguladora de diversas instituciones.

9



CONSEJO DE ESTADO

La extensión del aforamiento a sujetos no contemplados en la Constitución, en parte motivada por la existencia de una acción popular en el sistema procesal español (art. 125 de la Constitución) que no se contempla en otros ordenamientos europeos, no siempre responde al mismo fundamento que en su día justificó su atribución a los Diputados y Senadores y al Presidente y demás miembros del Gobierno de la Nación a que se refieren los artículos 71.3 y 102.1 de la Constitución.

En la mayor parte de las ocasiones se ha tratado de proteger, con la misma ratio subyacente en los indicados preceptos constitucionales, la independencia de determinadas autoridades y miembros de órganos constitucionales y de relevancia constitucional, de ahí que también se les haya otorgado -como a los Diputados y Senadores y al Presidente y demás miembros del Gobierno de la Nación- un fuero procesal de extensión máxima, en el que se incluyen todos los actos realizados durante su mandato, aun los que son ajenos al ejercicio de sus funciones. Con tal alcance se encuentran aforados la Reina consorte o el consorte de la Reina, la Princesa o Príncipe de Asturias y su consorte, y el Rey o Reina que hubiere abdicado y su consorte, el Presidente y los Magistrados del Tribunal Constitucional, el Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, el Presidente y Consejeros del Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo y sus adjuntos, el Presidente y los Vocales del Consejo General del Poder Judicial y los miembros de la Carrera Judicial y Fiscal (arts. 55 bis, 57.1.2º y 3º y 73.3.a) y b) de la LOPJ, en relación con diversos preceptos de la legislación orgánica reguladora de algunas de las instituciones mencionadas). Por la misma razón, los Estatutos de Autonomía prevén el aforamiento penal del Presidente y los Consejeros del Gobierno y de los miembros de las Asambleas Legislativas de cada Comunidad, que se extiende a las instituciones autonómicas análogas al Defensor del Pueblo (art. 1.1 de la Ley 36/1985, de 6 de noviembre).

Otras veces, el motivo del aforamiento no ha sido tanto -o al menos no sólo- la necesidad de proteger la independencia de una determinada institución, como la propia naturaleza de las funciones desarrolladas por tales sujetos. Es el caso de los miembros de la Carrera Judicial y Fiscal, que se encuentran únicamente aforados por los delitos cometidos "*en el ejercicio de su cargo*" (art. 73.3.b LOPJ), y también, aunque no constituya un aforamiento en



CONSEJO DE ESTADO

sentido técnico, el de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, para quienes se establece una regla especial de competencia que opera únicamente en relación con delitos cometidos *“en el ejercicio de sus funciones”* (art. 8.1, párr. 2º, de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, según la interpretación dada a este precepto por la STC 55/1990, de 28 de marzo, FJ 4).

Dado que el fundamento es el mismo para todos los aforamientos, no cabe duda de que, en razón del bien que se quiere proteger especialmente en cada caso, su régimen jurídico presenta diferentes modulaciones. Ello ha tenido consecuencias relevantes no sólo en la delimitación objetiva de los actos sometidos a ese fuero especial, como acaba de verse, sino también en la proyección temporal de esta garantía; y así, mientras el aforamiento, en su concepción clásica, es una prerrogativa de carácter temporal, entre la adquisición y pérdida del cargo, existen supuestos en los que el fuero se conserva después del cese en el ejercicio del cargo.

En tal sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el fuero procesal especial de los Jueces, Magistrados y Fiscales, que se mantiene después de la renuncia o cese de éstos debido a que su razón de ser *“no es -como ha recalcado la jurisprudencia- proteger la independencia en el desempeño de sus funciones del individuo afectado”*, sino *“la circunstancia de que los hechos se hayan realizado en el ejercicio del cargo, por la gran trascendencia que una conducta delinciente en el desempeño de funciones judiciales tiene para la sociedad”* (STS nº 380/2001, de 4 de abril de 2001, y 1245/2000, de 5 de noviembre de 2001, con cita de otras anteriores).

Del mismo modo, por razones fundadas -como dice el preámbulo de la Ley Orgánica 4/2014, de 11 de julio- en *“la dignidad de la figura de quien ha sido el Rey de España”*, está contemplado el aforamiento ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo *“del Rey o Reina que hubiere abdicado y de su consorte”* (art. 55 bis de la LOPJ).

De cuanto se lleva expuesto resulta, como conclusión relevante para la propuesta de reforma constitucional planteada por el Gobierno, dirigida a limitar el aforamiento de los artículos 71.3 y 102.1 de la Constitución a los



CONSEJO DE ESTADO

delitos cometidos en el ejercicio de las funciones, que la determinación del ámbito objetivo y temporal de cualquier fuero procesal especial no puede resolverse desde presupuestos dogmáticos, sino en función de las particulares circunstancias que rodean a la persona aforada.

III. LA NUEVA REDACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 71 Y 102 DE LA CONSTITUCIÓN

1. Consideraciones previas

Con la finalidad de delimitar claramente el alcance y extensión de la tarea encomendada, resulta oportuno recordar, siquiera brevemente, los límites fijados por la consulta y realizar algunas consideraciones previas.

i) La primera de ellas pasa por reiterar que el Consejo de Estado ha de ceñirse a la petición del Gobierno, respetando los términos de la consulta. No procede, por tanto, pronunciarse acerca de si cabe tomar en consideración otras vías para abordar la reforma de los aforamientos distintas a la escogida por el Gobierno o cuál haya de ser la extensión de dicha reforma.

ii) Por lo que se refiere a los artículos de la Constitución que necesariamente han de incluirse en la Propuesta de reforma constitucional, la consulta pretende *“limitar la reforma a los dos preceptos antes reproducidos, concretamente los artículos 71 y 102 de la Constitución, salvo que sea necesario reformar algún otro precepto constitucional conectado”*.

No se precisan, sin embargo, los concretos apartados de los artículos 71 y 102 de la Constitución que han de verse afectados. Es claro que, por su objeto, la reforma ha de centrarse en el apartado 3 (*“En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”*) del artículo 71 y en el apartado 1 (*“La responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”*) del artículo 102. En este punto, no cabe sino recordar que quedan fuera del objeto de la consulta las prerrogativas constitucionales de la inviolabilidad y la inmunidad contempladas en dichos preceptos, al igual que la inviolabilidad del Rey consagrada en el artículo 56.3



CONSEJO DE ESTADO

de la Constitución, cuya revisión está sometida al procedimiento previsto en el artículo 168 del texto constitucional.

En consecuencia, el contenido necesario de la Propuesta de reforma constitucional ha de ser precisamente la modificación del apartado 3 del artículo 71 y del apartado 1 del artículo 102 de la Constitución.

Vinculadas a la Propuesta de reforma, pero no integradas formalmente en el texto constitucional, se situarán aquellas otras previsiones que resultan necesarias o convenientes para la aplicación y plena efectividad de la modificación proyectada, como son las relativas a su entrada en vigor, al régimen transitorio o al desarrollo normativo.

iii) En segundo lugar, se aborda la propuesta de modificación de dichos preceptos con la única finalidad de limitar el ámbito objetivo del fuero penal especial en ellos previsto, quedando excluidos de la reforma constitucional proyectada los aforamientos civiles.

Además, tampoco se contempla la redefinición del ámbito subjetivo de los aforamientos, opción respecto de la cual resulta oportuna alguna reflexión.

Con frecuencia se afirma que el número de aforados en nuestro país es elevado; sin embargo, estas afirmaciones no toman en consideración algunas circunstancias relevantes que acotan y definen el alcance de los aforamientos y reconducen la cuestión a términos más objetivos y precisos.

Por un lado, hay que subrayar la circunstancia de que la práctica totalidad de las personas así consideradas se corresponde con los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, respecto de los cuales no puede hablarse propiamente de un aforamiento en sentido técnico, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 55/1990, de 28 de marzo. Por otro lado, no suele precisarse que tanto en estos supuestos como en el caso de los aforamientos de los miembros de las carreras judicial y fiscal ya se encuentra en vigor una limitación objetiva del fuero penal especial (artículo octavo de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, y artículo 73.3 de la Ley



CONSEJO DE ESTADO

Orgánica 6/1985, de 1 de julio), debiendo enfatizarse este carácter funcional de los aforamientos, tal y como ha destacado el Consejo General del Poder Judicial en su informe de fecha 27 de junio de 2014.

Si a estos argumentos se añade la circunstancia de que en nuestro país el Ministerio Fiscal no ostenta el monopolio de la acción penal, no cabe sino afirmar la razonabilidad del planteamiento de la consulta.

iv) Para alcanzar la finalidad de limitar el ámbito objetivo de los aforamientos contemplados en los artículos 71.3 y 102.1 de la Constitución, no parece necesario, a juicio del Consejo de Estado, modificar otros preceptos de la Constitución.

Cuestión distinta es que, sin apartarse de los objetivos, criterios y límites que fija la consulta, se estime oportuno apuntar algunas cuestiones relevantes, directamente vinculadas con la reforma constitucional proyectada y respecto de las cuales se enuncian las posibilidades que se ofrecen para que puedan ser adecuadamente ponderadas por el Gobierno.

En este punto, se sitúan las consideraciones acerca de la proyección de la limitación funcional propuesta a los aforamientos establecidos en el ámbito de las Comunidades Autónomas.

2. Valoración de la reforma

No cabe duda de que el encargo realizado por el Gobierno responde a la demanda de un sector de la sociedad, reflejada en el plano político en acuerdos de diversa índole y en no pocos programas electorales.

Ante todo, han de tomarse en consideración los propios términos de la consulta formulada y la opción misma de reformar la Constitución. Pues el Gobierno no ha optado por plantear una revisión de la legislación aplicable, sino por modificar la norma fundamental, para constitucionalizar, con todos los efectos que ello implica, la restricción del ámbito objetivo de los aforamientos de parlamentarios y miembros del Gobierno.



CONSEJO DE ESTADO

Supuesto lo anterior, la consulta incorpora una opción que pudiera calificarse como intermedia –la limitación del ámbito objetivo del aforamiento– frente a la otra opción de reforma posible, la supresión completa del aforamiento de Diputados, Senadores, Presidente y miembros del Gobierno.

Esta opción intermedia es, a juicio de este Consejo de Estado, claramente preferible a la opción de la supresión total de los aforamientos previstos en los artículos 71.3 y 102.1 de la Constitución. No sólo porque se alinea con la mayoría de las formulaciones ofrecidas por el Derecho comparado de nuestro entorno, sino también, y sobre todo, porque son muchas las razones de índole objetiva que justifican la existencia de un fuero penal especial para Diputados, Senadores, Presidente y miembros del Gobierno, en tanto que mecanismo cuya finalidad última es, ante todo, la preservación del recto ejercicio de las funciones públicas encomendadas en cada caso.

Por tal razón, aforamiento no significa impunidad, pues no excluye el pleno sometimiento a los tribunales, ni se trata de un privilegio (aunque así se viene percibiendo en la sociedad, en línea con una “*concepción cuasiprotocolaria*” del aforamiento, usando la terminología de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de suerte que su vigencia se asocia a una mal entendida preeminencia de uno u otro cargo público), sino de una garantía esencial para ese correcto desempeño.

Adicionalmente, para comprender las razones que explican los aforamientos, no puede dejar de tomarse en consideración la existencia en nuestro ordenamiento de una acción popular (artículo 125 de la Constitución). No cabe duda de que el reconocimiento de esta acción a los ciudadanos es una clara manifestación del principio democrático, en tanto persigue, por una parte, potenciar su participación en la administración de la justicia, a fin de garantizar una mejor tutela de los intereses públicos y el orden social, y, por otra, complementar la actuación que en su caso pueda desarrollar el Ministerio Fiscal. Sin embargo, no cabe ignorar que el ejercicio de esta acción puede generar unas prácticas procesales que no se dan en aquellos países, la mayoría de nuestro entorno, en los que el Ministerio Fiscal ostenta el monopolio de la acción penal, y que pueden distorsionar el normal desenvolvimiento de las actividades legislativa y ejecutiva si se elimina una prerrogativa como la



CONSEJO DE ESTADO

mencionada. Así pues, los aforamientos cumplen también una función de contrapeso frente al ejercicio de dicha acción.

Sin perjuicio de esta consideración positiva de los términos en que la modificación constitucional ha sido concebida por el Gobierno, cabe plantearse si la reforma de la Constitución en sí misma considerada es o no una medida proporcionada en cuanto al resultado práctico que permitirá obtener. Pues no hay que ignorar que en la práctica tal limitación podría no suponer realmente una restricción significativa de los supuestos de aforamiento de los sujetos previstos en los preceptos constitucionales aludidos, ya que en la mayoría de los casos se tratará de delitos cometidos en el ejercicio del cargo o por razón del cargo. Baste pensar que muchos de los delitos que pueden cometer autoridades y funcionarios se tipifican por referencia, precisamente, al ejercicio de las funciones propias del puesto que desempeñan.

La mayor o menor virtualidad práctica de la reforma proyectada puede plantear, en última instancia, una cuestión de naturaleza interpretativa que no puede, ni debe, quedar completamente cerrada en la Constitución, sino que se irá perfilando al hilo de los sucesivos pronunciamientos judiciales que, en su caso, se dicten.

Conviene recordar en este punto que los supuestos de aforamiento ya vigentes en los que opera una restricción funcional similar a la que se pretende introducir en la Constitución no han suscitado mayores problemas en la práctica y que las reglas interpretativas fijadas por la doctrina constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo impiden una aplicación extensiva de los aforamientos. Así, la regla de interpretación y aplicación restrictiva de los aforamientos consagrada por el Tribunal Constitucional (Sentencias 55/1990, de 28 de marzo, y 68/2001 y 69/2001, ambas de 17 de marzo); la afirmación del criterio de excepcionalidad que ha de presidir la aplicación de las normas sobre aforamientos, en tanto que disposiciones prevalentes sobre las que establecen los criterios generales de competencia (sentencias citadas del Tribunal Constitucional; y Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 277/2015, de 3 de junio); o la resolución de los problemas interpretativos que suscite la aplicación del aforamiento atendiendo primordialmente a la finalidad a la que sirve la prerrogativa, pues no hay que



CONSEJO DE ESTADO

olvidar que el fundamento del aforamiento se encuentra en razones institucionales vinculadas al cargo ejercido, que hacen del mismo una garantía de su desempeño público y del funcionamiento de la institución.

3. Criterios sobre los que se fundamenta la redacción propuesta

Cualquiera de las formulaciones empleadas para limitar el ámbito objetivo del aforamiento implica, como se acaba de ver, el recurso a un concepto jurídico indeterminado, en el que han de tomarse en consideración un elemento temporal y un elemento funcional: por un lado, el fuero penal especial es un mecanismo que, con carácter general, ha de operar por los hechos delictivos cometidos mientras dure el cargo, quedando fuera los cometidos con anterioridad y con posterioridad a la adquisición de la condición de aforado; por otro lado, el fuero penal especial es un mecanismo cuya operatividad puede anudarse a los delitos vinculados al ejercicio del cargo o, más precisamente, al ejercicio de las funciones propias del cargo, quedando fuera los actos de naturaleza exclusivamente privada.

La mayor o menor relevancia de uno y otro elemento a la hora de configurar los supuestos de aforamiento responde al concreto bien que se pretende proteger en cada caso. Cabe recordar en este punto las consideraciones efectuadas sobre las diferencias que puede tener el régimen jurídico de los aforamientos, según se ponga el acento en la protección de la independencia del sujeto aforado o en la salvaguarda de las funciones por él desarrolladas. La introducción de una limitación objetiva como la proyectada conduce a subrayar la dimensión funcional del fuero penal especial, como mecanismo de tutela de las funciones que ejerce la persona aforada, y de ahí que eventualmente su aplicación haya dado lugar a una proyección del mismo más allá del espacio temporal durante el que se ejerce el cargo (Sentencias, ya citadas, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 1245/2000, de 5 de noviembre de 2001, y 380/2001, de 4 abril).

Hechas las anteriores precisiones, son varios los criterios a tomar en consideración y las opciones que pueden perfilarse a la hora de abordar la redacción de los preceptos afectados:

9



CONSEJO DE ESTADO

a) La extensión del fuero penal especial prevista en los artículos 71.3 y 102.1 de la Constitución ha de ser análoga, sin que existan razones objetivas que justifiquen la determinación de un distinto ámbito del aforamiento en uno y otro caso.

b) Se propone una enunciación genérica a la hora de definir el elemento funcional u objetivo del fuero penal especial, sin concretar los delitos respecto de los cuales se considera que cabe aforamiento.

Y ello porque el recurso a una exposición abierta permite mayor flexibilidad que el establecimiento de un listado exhaustivo; y porque, siendo la Constitución una norma rígida, no tiene sentido incorporar a su contenido un listado de delitos que puede dejar de corresponderse con el que en cada momento resulte de las normas penales vigentes.

A lo sumo, cabría pensar en una cláusula de delimitación negativa, por virtud de la cual se excluyeran del aforamiento determinados delitos. Sin embargo, esta opción plantea análogos problemas por razón de la rigidez de la norma constitucional, por lo que se considera preferible su no introducción.

c) Son varias las redacciones y términos que pueden emplearse para perfilar la configuración del elemento funcional del aforamiento por referencia a un concepto jurídico indeterminado (configuración que, como ya se ha dicho, está vigente en distintos supuestos y no ha suscitado especiales dificultades en su aplicación práctica).

Así, puede hacerse referencia a los delitos cometidos *“en el ejercicio de las funciones propias del cargo”* o *“inherentes al cargo”*, *“en el ejercicio del cargo”* o *“en el ejercicio de sus funciones”* o *“en su condición de Diputado o Senador”* en el caso del artículo 71.3 de la Constitución.

En opinión de este Consejo, la formulación preferible es la que hace referencia al ejercicio de las funciones propias del cargo, ya que es la que habitualmente se emplea en el ordenamiento español (baste mencionar los



CONSEJO DE ESTADO

numerosos ejemplos que ofrecen el Código Penal o la Ley Orgánica del Poder Judicial) y sobre la que versa la jurisprudencia existente.

d) Determinada, según lo expuesto, la formulación de la limitación funcional que ha de introducirse en los artículos 71.3 y 102.1 de la Constitución, cabe plantearse si la misma ha de ir acompañada de algún adverbio (“*únicamente*”, “*solo*” o alguna expresión similar) con la finalidad de precisar el ámbito de dicha limitación y de garantizar su intangibilidad frente al legislador. A juicio de este Consejo, no resulta necesario introducir dicha cautela.

No hay que olvidar que, con la modificación proyectada, la Constitución no establece un fuero penal especial “*mínimo*” susceptible de ser ampliado por el legislador, sino que introduce una auténtica restricción en el ámbito de aplicación de las reglas de aforamiento vigentes para Diputados, Senadores, Presidente y miembros del Gobierno.

De este modo, las nuevas previsiones constitucionales sobre aforamiento, en cuanto normas excepcionales de competencia, quedarán definidas constitucionalmente por referencia a un supuesto de hecho determinado, vinculando desde su entrada en vigor al legislador, el cual no podrá ampliar el fuero penal especial cerrado en la Constitución, teniendo en cuenta que las normas de esta naturaleza en ningún caso pueden ser objeto de extensión a supuestos no contemplados en ellas. Esta misma idea se subraya tanto en la doctrina constitucional como la jurisprudencia, en el sentido de que se trata de normas de “*rectificación*” de las reglas generales de competencia cuya aplicación ha de ajustarse a un criterio de excepcionalidad; y respecto de las cuales se destaca “*la importancia de huir de criterios interpretativos que fomenten el incremento exponencial de los aforamientos ya vigentes, en cuanto reglas derogatorias de las normas ordinarias de competencia objetiva*” (Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 277/2015, de 3 de junio; y Auto de la misma Sala de 30 de julio de 2015 (recurso 20518/2015)).

A estos argumentos de carácter sustantivo hay añadir otros referidos a la sistemática de los preceptos afectados que aconsejan igualmente no introducir el adverbio indicado. Especialmente en el caso del artículo 71, su introducción en el apartado 3 podría plantear disfunciones en la interpretación



CONSEJO DE ESTADO

de sus otros apartados en los que, al establecer la inviolabilidad y la inmunidad de Diputados y Senadores, no se incluye un término equivalente.

e) Tampoco se considera necesario incluir una precisión específica (por ejemplo, “*durante el cargo*”) que refleje el elemento temporal del aforamiento, ya que la referencia al ejercicio de las funciones propias del cargo lleva implícita esa dimensión temporal.

Cabría plantearse si con una finalidad meramente aclaratoria convendría introducir esa precisión (tal y como establecen, por ejemplo, los artículos 23, 24 y 36 de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España).

A juicio de este Consejo, tal precisión no es necesaria pues, como ya se ha dicho la formulación empleada incluye el elemento temporal. Además, en su configuración actual el fuero penal especial previsto en los artículos 71.3 y 102.1 de la Constitución tampoco se extiende más allá de la duración del mandato respectivo y así viene aplicándose, sin que haya razón para entender que, tras la reforma constitucional, ese ámbito temporal haya de verse alterado.

f) Por último, no se considera necesario señalar expresamente que ha de tratarse de hechos calificados como delitos en el momento en que fueron cometidos. Esta previsión puede tener sentido cuando se introduce en un precepto que tiene por objeto determinar la responsabilidad penal de los sujetos afectados por el aforamiento (como sucede en el caso del artículo 68-1 de la Constitución francesa respecto de los miembros del Gobierno), pero no parece que añada ninguna precisión útil para delimitar los supuestos en que cabe el aforamiento.

4. Propuesta de redacción de los artículos 71.3 y 102.1

A la vista de las anteriores consideraciones y con el objeto de introducir en el texto constitucional únicamente los ajustes precisos para



CONSEJO DE ESTADO

alcanzar la finalidad perseguida, la redacción que se propone para los preceptos constitucionales cuya reforma se pretende es la siguiente:

- Apartado 3 del artículo 71: 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.

- Apartado 1 del artículo 102: 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.

**IV. LA PROYECCIÓN DE LA LIMITACIÓN FUNCIONAL
PROPUESTA SOBRE LOS AFORAMIENTOS AUTONÓMICOS**

La interacción entre la reforma constitucional propuesta y el resto del ordenamiento jurídico puesta de manifiesto en la consulta formulada por el Gobierno conduce a plantearse si el criterio de limitación objetiva de los aforamientos de los Diputados y Senadores y del Presidente y los demás miembros del Gobierno de la Nación al ámbito estricto del «*ejercicio de sus funciones*» debería proyectarse a los aforamientos de las autoridades y cargos públicos autonómicos y, en su caso, cuáles serían las vías adecuadas a tal fin. A estos efectos, no se formula ninguna propuesta de cambio normativo.

En el análisis de esta cuestión debe partirse de que, desde la aprobación de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía entre 1979 y 1983, y más aún en las posteriores reformas estatutarias, ha sido una constante el mimetismo entre las instituciones de las Comunidades Autónomas y el Estado, de manera que aquéllas repiten, a escala, la organización de éste.

Con ligeras variantes, los diferentes Estatutos de Autonomía contemplaron el aforamiento de los miembros de las Asambleas Legislativas y, por derivación, del Presidente del gobierno autonómico, dada su condición de parlamentario (art. 152.1 de la Constitución), y, en su caso, de los consejeros. Dicha regulación se ubicó en aquellos títulos de cada Estatuto dedicados a regular sus instituciones de autogobierno, del mismo modo que los artículos



CONSEJO DE ESTADO

71.3 y 102.1 de la Constitución se incardinan dentro de los títulos III y IV relativos a las Cortes Generales y al Gobierno. El aforamiento se concibió, por tanto, un elemento definitorio del estatuto personal de los miembros del gobierno y el parlamento autonómicos.

Pues bien, si las previsiones estatutarias relativas al aforamiento de los presidentes, consejeros y parlamentarios autonómicos se introdujeron siguiendo el modelo de sus homónimos estatales, la vocación racionalizadora que subyace en la propuesta de reforma constitucional de los artículos 71.3 y 102.1 de la Constitución, en orden a circunscribir el aforamiento del Presidente y demás miembros del Gobierno de la Nación y de los Diputados y Senadores a los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones, parece aconsejar que el estatuto personal de los presidentes, consejeros y parlamentarios autonómicos debiera operar en el mismo sentido. Se trataría de repetir el mimetismo observado, aunque con consecuencias inversas, proyectando sobre éstos las mismas restricciones que la reforma de la Constitución impondría a aquéllos.

La coherencia interna que debe presidir el «*bloque de constitucionalidad*», del que forman parte la Constitución y los Estatutos de Autonomía, conduce a la conclusión apuntada. Esta categoría, de origen francés, ha sido recibida por el Tribunal Constitucional como parámetro de constitucionalidad de las leyes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28.1 de la LOTC. A la cabeza de dicho bloque se encuentra la Constitución, a la que el resto de normas del ordenamiento jurídico, también los Estatutos de Autonomía, se encuentran jerárquicamente subordinados.



En las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la función del bloque de constitucionalidad no es meramente la de deslindar las competencias entre aquél y éstas. La Constitución contiene decisiones sobre el modo y forma de la comunidad política que, por su carácter fundamental, forman parte de ese bloque. Una de tales decisiones es la consideración de la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico en el artículo 1.1 de la Constitución, luego desarrollado en el artículo 14 y asimismo mencionado en el artículo 149.1.1ª del mismo texto.



CONSEJO DE ESTADO

Las exigencias de este principio, subyacente en la reforma constitucional propuesta por el Gobierno, se proyectan asimismo en la esfera territorial y, en particular, en la interpretación y aplicación del orden constitucional de competencias aplicable a los aforamientos. En la regulación de esta cuestión se encuentran concernidas, por una parte, la competencia autonómica sobre la *“organización de las instituciones de autogobierno”* (artículo 148.1.1ª de la Constitución) y, por otra, las competencias estatales sobre la *“Administración de Justicia”* y la *“legislación penal y procesal”* (art. 149.1.5ª y 6ª de la Constitución). La articulación y ejercicio de estas competencias debe orientarse a una regulación constitucional y estatutaria congruente, a la luz del indicado principio, de todas aquellas situaciones en las que exista una identidad de razón. La lealtad constitucional que obliga a todos, Estado y Comunidades Autónomas, exige dicha congruencia, así como el establecimiento de unos límites comunes en el régimen de los aforamientos estatales y autonómicos.

En el análisis de las vías idóneas para alcanzar este objetivo no se puede desconocer la circunstancia de que la regulación de los aforamientos autonómicos se encuentra contenida en los respectivos Estatutos, ni la de que éstos, *“en cuanto norma institucional básica de la Comunidad Autónoma -art. 147.1 de la Constitución-”*, constituyen -según el Tribunal Constitucional- *“el lugar adecuado para regular el status de los parlamentarios en cuanto a la inviolabilidad e inmunidad de los mismos se refiere”* (STC 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 4; en el mismo sentido, STC 36/2014, de 27 de febrero, FJ 6), lo que resulta también de aplicación a su aforamiento.

Estas consideraciones llevan a entender que la coherencia del régimen estatal y autonómico de aforamientos sólo podría alcanzarse a través de procedimientos que sean constitucionalmente aptos para incidir en la regulación estatutaria. Por ello, debe descartarse, en aras de la consecución del objetivo indicado, la aprobación de una ley de armonización del artículo 150.3 de la Constitución o de una reforma normativa al amparo de la reserva estatal sobre la organización y competencia jurisdiccional contemplada en el artículo 122 del propio texto constitucional. Son razones de índole estrictamente jurídica -sustantivas en el primer caso y competenciales en el segundo- y también de oportunidad las que excluyen una y otra.

9



CONSEJO DE ESTADO

Las leyes de armonización están previstas -como dice el precepto constitucional mencionado- para "*armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general*". Las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas a que se refiere esta previsión constitucional son las que se dicten en desarrollo de las previsiones estatutarias. La regulación de los aforamientos se ubica, sin embargo, en el nivel estatutario, por lo que en ningún caso podría verse afectada por una eventual ley de armonización. Se trata, por lo demás, de una vía políticamente preñada de conflictos y técnicamente devaluada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto, relativa a la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico.

Tampoco la reforma de la LOPJ resulta -como ya se ha adelantado- una alternativa válida. La jurisprudencia constitucional ha señalado que la relación entre los Estatutos de Autonomía y otras leyes orgánicas del Estado se rige por el principio de competencia, entendiendo que aquéllos pueden contener, además del contenido mínimo y necesario referido en el artículo 147.2 de la Constitución (denominación, territorio, organización institucional y competencias), todas aquellas previsiones que constituyan un complemento adecuado para el cumplimiento de la función que la Constitución otorga a los Estatutos, en cuanto norma institucional básica que ha de llevar a cabo la regulación funcional, institucional y competencial de cada Comunidad Autónoma (STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 12; y 31/2010, de 28 de junio, FJ 4). El propio Tribunal ha sostenido que la regulación de las prerrogativas del estatuto personal de los parlamentarios autonómicos y, por ende, de los demás cargos públicos autonómicos, forma parte del contenido propio de los Estatutos de Autonomía (STC 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 4; en el mismo sentido, STC 36/2014, de 27 de febrero, FJ 6, ya mencionadas). Los artículos 57.1.2º y 73.3.a de la LOPJ reconocen esa competencia estatutaria, por lo demás, al señalar que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores serán competentes para conocer de las causas que, en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía. En consecuencia, el régimen estatutario del aforamiento no puede modificarse a través de una reforma de la LOPJ.



CONSEJO DE ESTADO

La adecuación de dicho régimen a la vocación racionalizadora de la reforma constitucional planteada por el Gobierno exige operar sobre los propios Estatutos de Autonomía, para lo cual existen dos posibilidades constitucionalmente admisibles:

1. La primera vía sería acometer una reforma de los Estatutos de Autonomía a la luz del principio de coherencia del bloque de constitucionalidad y de la lealtad constitucional que debe instrumentarlo.

Sin embargo, la reforma de los Estatutos de Autonomía exige la voluntad conforme del Estado y de cada una de las Comunidades Autónomas afectadas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 147.3 y 152.3 de la Constitución. Las instituciones autonómicas tienen competencias no exclusivas pero sí insoslayables para dicha reforma, que no puede acometerse sin su parecer favorable.

En fecha reciente se ha aprobado la reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias (Ley Orgánica 1/2018, de 15 de noviembre), que elimina el aforamiento del presidente del gobierno, consejeros y parlamentarios de esta Comunidad, también para aquellos actos cometidos en el ejercicio de sus funciones, remitiendo a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de las causas penales que se incoen contra ellos (Diario de Sesiones de Senado, Pleno, núm. 86, 24 de octubre de 2018). En el mismo sentido se están tramitando en las Cortes Generales las propuestas de reforma de los Estatutos de Autonomía de Cantabria y Murcia, que se encuentran en la fase de informe de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados (BOCG, Congreso de los Diputados, serie B, núm. 191-1, de 23 de marzo de 2018, y núm. 125-3, de 22 de septiembre de 2017).

La necesidad de contar con la voluntad de las Comunidades Autónomas y la conveniencia de impulsar y encauzar el proceso en marcha, en orden a que la reforma del régimen de aforamientos se proyecte de manera homogénea a todos los Estatutos de Autonomía, indicaría la conveniencia –y facilitaría- la revisión de éstos con el soporte de un pacto entre los agentes políticos -partidos y grupos parlamentarios- que incluyera el compromiso de



CONSEJO DE ESTADO

modificar el régimen estatutario de aforamientos de los cargos públicos autonómicos en un sentido coherente con la reforma constitucional propuesta, de modo similar a lo que hizo en los Acuerdos Autonómicos firmados por el Gobierno de la Nación y el Partido Socialista Obrero Español el 31 de julio de 1981, cuyo apartado 4.1 previó la extensión a éstos de las prerrogativas de inmunidad, inviolabilidad y aforamiento establecidas en los artículos 71 y 102 de la Constitución: *“Los miembros de las Asambleas de las Comunidades Autónomas -decía el apartado en cuestión- gozarán, aún después de haber cesado en su mandato, de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en actos parlamentarios y por los votos emitidos en el ejercicio de su cargo. Durante su mandato, no podrán ser detenidos ni retenidos por los actos delictivos cometidos en el territorio de su Comunidad Autónoma, sino en caso de flagrante delito, correspondiendo 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”.*

Con ocasión de los debates parlamentarios relativos a la reforma de uno de estos estatutos, se ha destacado la oportunidad de que la modificación del régimen de aforamientos se haga *“de una forma unitaria”*, es decir, de que sea *“un gran pacto nacional el que determine el futuro del sistema de aforamientos en nuestro país”* (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 108, 13 de marzo de 2018, págs. 16 y 17).

Las ventajas que reportaría un acuerdo de esta naturaleza, en cuanto expresión del propósito de llegar a un entendimiento en la materia, son de suyo evidentes. En cualquier caso, se trata -como se ha dicho al inicio- de una vía que corresponde sea explorada por la autoridad consultante.

2. Una alternativa, diferente a la reforma de los Estatutos de Autonomía, podría ser la inclusión de una previsión constitucional que disponga que el aforamiento de las autoridades y cargos públicos autonómicos quede constreñido al ejercicio de las funciones propias de su respectivo cargo. Una norma de esta naturaleza no obligaría a la reforma de los Estatutos, sino tan sólo a una interpretación de los mismos conforme a la Constitución.



CONSEJO DE ESTADO

Desde sus primeros pronunciamientos, el Tribunal Constitucional ha sostenido que *“el principio de supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, del que los Estatutos de Autonomía forman parte como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma que el Estado reconoce y ampara como parte integrante de su ordenamiento jurídico (art. 147.1 de la Constitución)”*, supone, entre otras posibles consecuencias, que *“el Estatuto de Autonomía, al igual que el resto del ordenamiento jurídico, debe ser interpretado siempre de conformidad con la Constitución”* (STC 18/1982, de 4 de mayo, FJ 1).

La interpretación de los Estatutos de Autonomía de conformidad con la Constitución es una consecuencia necesaria de su posición jerárquica en el ordenamiento: *“Los Estatutos de Autonomía -ha dicho el Tribunal Constitucional- son normas subordinadas a la Constitución, como corresponde a disposiciones normativas que no son expresión de un poder soberano, sino de una autonomía fundamentada en la Constitución, y por ella garantizada, para el ejercicio de la potestad legislativa en el marco de la Constitución misma. Como norma suprema del Ordenamiento, la Constitución no admite igual ni superior, sino sólo normas que le están jerárquicamente sometidas en todos los órdenes”* (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 3).

Un precepto constitucional que extendiera el criterio de restricción de los aforamientos introducido en los artículos 71.3 y 102.1 de la Constitución a los cargos públicos autonómicos induciría una interpretación de las previsiones estatutarias en la materia de conformidad con dicho criterio. Así, el aforamiento de los cargos públicos previsto en los Estatutos de Autonomía quedaría circunscrito, sin necesidad de una modificación expresa de las normas estatutarias, a los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

En tanto no se produzca el deseado acuerdo entre los agentes políticos a que se acaba de hacer referencia y con el fin de alcanzar, de la manera más inmediata, la mayor coherencia posible entre el ordenamiento constitucional y estatutario, el Gobierno podría ponderar la posibilidad de incorporar una previsión al efecto en la Reforma. Todo ello sin perjuicio de preservar la competencia de autoorganización de las Comunidades Autónomas, prevista en los artículos 147.3 y 152.2 de la Constitución, las cuales siempre





CONSEJO DE ESTADO

podrán optar por reformar el régimen estatutario de los aforamientos, incluso suprimiéndolos.

V. LAS MEDIDAS COMPLEMENTARIAS

1. Consideraciones generales

Según advierte la consulta del Gobierno, la nueva redacción de los artículos 71.3 y 102.1 de la Constitución habrá de ir acompañada de las disposiciones que resulten pertinentes sobre su entrada en vigor, régimen transitorio y desarrollo normativo.

Se trata de determinar si la regulación de esos aspectos ha de incorporarse formal y necesariamente a la Constitución o si, por el contrario, pueden articularse como un contenido específico del instrumento de aprobación de la Reforma.

La realidad evidencia que la reforma puede incorporar otros contenidos complementarios o relacionados con la modificación proyectada. Así sucedió con la última reforma constitucional, que afectó al artículo 135 de la Constitución, en cuyo instrumento normativo se ubicaron las previsiones relativas a la ley orgánica prevista en dicho precepto: fecha de aprobación, contenido (inclusión en dicha ley de los mecanismos que permitan el cumplimiento del límite de deuda), entrada en vigor de los límites de déficit estructural, entrada en vigor de la reforma y publicación.

Por tanto, no cabe duda de que puede haber determinadas previsiones que encuentren su sede natural en las disposiciones complementarias del instrumento de aprobación y no en la Constitución misma, puesto que su alcance ha de limitarse a lo previsto en la Reforma de la Constitución y no proyectarse sobre el conjunto del texto constitucional.

Ahora bien, han de establecerse algunas puntualizaciones:

- Es clara la necesidad de una relación de complementariedad con el propio y específico contenido de la reforma, en tanto que su única finalidad es



CONSEJO DE ESTADO

servir a la operatividad de la modificación proyectada. Por tal razón, se trata de disposiciones que pudieran calificarse de instrumentales y que, en atención a su objeto, han de ceñirse a regular cuestiones vinculadas a la eficacia de la reforma constitucional a la que acompañan, como son las ya apuntadas sobre la entrada en vigor de la Reforma, el establecimiento de unas normas de Derecho transitorio o la anticipación de algunas pautas respecto al ulterior desarrollo normativo.

- Esta interpretación estricta, o incluso restrictiva, de las previsiones que pueden incorporarse al instrumento de aprobación responde a razones de seguridad jurídica y técnica normativa; factores que aconsejan, todos ellos, no incluir otros contenidos sustantivos distintos de los de la propia reforma constitucional.

En conclusión, la ubicación de las disposiciones relativas a los aspectos temporales (entrada en vigor, régimen transitorio) y de desarrollo normativo de la modificación constitucional propuesta, en tanto se trata de cuestiones que se hallan en relación de complementariedad necesaria con el objeto de la reforma, ha de verificarse en las disposiciones complementarias del instrumento de aprobación.

Únicamente, pues, han de introducirse aquellas previsiones que resulten necesarias para la correcta aplicación y plena efectividad de la reforma constitucional a la que complementan, evitando, de un lado, disposiciones meramente programáticas y, del otro, regulaciones sustantivas fuera de la reforma constitucional propiamente dicha.

2. Los desarrollos normativos necesarios

Entre las ideas directrices marcadas por el Gobierno en la consulta, se hace referencia a *“los mecanismos para adaptar el ordenamiento en su conjunto al nuevo régimen de aforamientos constitucionales”*, con mención expresa de *“una ley posterior que concrete los aspectos procesales pertinentes”*. Se hace referencia a continuación a cada una de estas cuestiones.

9



CONSEJO DE ESTADO

2.1. Adaptación del ordenamiento al nuevo régimen de aforamientos constitucionales

En relación con esta primera cuestión, cabe advertir que los aforamientos contemplados en los artículos 71 y 102 de la Constitución tienen su reflejo o su desarrollo normativo en algunas disposiciones (como la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley de 9 de febrero de 1912 o los Reglamentos del Congreso y del Senado). Ciertamente, los preceptos que en estas normas se refieren al aforamiento de los sujetos contemplados en los citados artículos 71 y 102 están redactados sin referencia alguna a una restricción del aforamiento en relación con el ejercicio de las funciones propias del cargo. Sin embargo, una vez que haya entrado en vigor la Reforma, habrán de interpretarse dichas normas conforme a la Constitución –en su nueva redacción-, de forma que no es necesaria su modificación para la vigencia y aplicación del nuevo régimen de aforamientos (sin perjuicio de que puedan introducirse en ellas los oportunos ajustes para un mejor reflejo de la limitación objetiva del ámbito del aforamiento introducida en la Constitución).

Ahora bien, merece una consideración especial el artículo 57.1.2º, que atribuye a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el conocimiento de *“la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado y Defensor del Pueblo, así como de las causas que, en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía”*.

Como puede advertirse, se recogen en un mismo párrafo el aforamiento de las autoridades a que se refieren los artículos 71 y 102 de la Constitución y el correspondiente a otro amplio conjunto de autoridades distintas de las allí contempladas. En lo que se refiere a las primeras, nada obsta a una interpretación del precepto conforme a la Constitución, de forma



CONSEJO DE ESTADO

que, cuando haya entrado en vigor, el aforamiento de Diputados, Senadores y miembros del Gobierno quedará limitado al ámbito de los delitos cometidos en el ejercicio de las funciones propias de su cargo.

Sin embargo, suscitaría dudas el alcance del aforamiento de las demás autoridades mencionadas en dicho apartado de la LOPJ, puesto que, si bien los artículos 71 y 102 de la Constitución –punto de referencia de aquella interpretación conforme- no se refieren a esas otras autoridades, tanto unas como otras están recogidas de forma conjunta en el mismo apartado de la LOPJ. Ello determinaría que un mismo precepto (art. 57.1.2º de la LOPJ) hubiera de interpretarse con un alcance en relación con unas autoridades (para una interpretación conforme a los artículos 71 y 102 de la Constitución) y con otro alcance en relación con otras (puesto que ninguna referencia a estos otros aforamientos contiene la Constitución).

A ello cabe añadir el dato de que los aforamientos recogidos en el repetido artículo 57.1.2º en relación con otras autoridades responden al mismo fundamento que los contemplados en los artículos 71 y 102 de la Constitución en relación con Diputados, Senadores y miembros del Gobierno. Dicho en otros términos, no parece coherente con el sentido de la Reforma que el aforamiento de esas otras autoridades, que se regula conjuntamente con el de aquellas, en un mismo precepto y con un mismo fundamento, tenga un ámbito objetivo mayor que el de las autoridades a que se refieren los artículos 71 y 102 de la Constitución.

En suma, la modificación del alcance de esos otros aforamientos previstos en el artículo 57.1.2º parece una consecuencia necesaria de la Reforma de los artículos 71 y 102 de la Constitución. Razones evidentes de coherencia interna del ordenamiento conducen a ello.

Puesto que se trata de modificar el alcance de los aforamientos previstos en el artículo 57.1.2º de la LOPJ, parece que lo más razonable sería modificar este precepto de la LOPJ.

A tal efecto, se propone tramitar, simultáneamente a la Reforma de la Constitución, una modificación de la LOPJ que introduzca en su artículo



CONSEJO DE ESTADO

57.1.2º una limitación objetiva de los aforamientos en él contemplados análoga a la que se proyecta introducir en los artículos 71.3 y 102.1 de la Constitución.

En relación con esa modificación del artículo 57.1.2º de la LOPJ, quieren hacerse tres precisiones. En primer término, y por razones de coherencia interna del artículo 57.1, se sugiere que la limitación objetiva se establezca expresamente también en relación con las autoridades a que se refiere el artículo 57.1.3º (aun cuando esa limitación objetiva podría afirmarse con naturalidad por vía interpretativa). En segundo lugar, y por las razones que han quedado expuestas más arriba, deberían quedar al margen de esa modificación –y de la limitación objetiva correspondiente– los aforamientos a que se refiere el inciso final del artículo 57.1.2º (referido a *“las causas que, en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía”*). Una forma de combinar estos dos objetivos sería incorporar las autoridades del 57.1.3º al 57.1.2º, y dejar en el 57.1.3º la referencia a las causas que, en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía.

Por último, esa misma iniciativa legislativa debería incluir la modificación de otras leyes orgánicas en las que también se recogen los aforamientos de las autoridades del repetido artículo 57.1.2º, como son la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.

La propuesta que se hace se considera preferible a otras opciones que se ha considerado conveniente descartar, como incluir un mandato al legislador para que modifique el citado artículo de la LOPJ (por el desfase temporal que se produciría entre la entrada en vigor de la Reforma de la Constitución y la de la modificación de la LOPJ), o la introducción en el instrumento normativo de aprobación de la Reforma de una disposición adicional que impusiera la aplicación de aquella limitación objetiva a los aforamientos de las demás autoridades contempladas en el artículo 57.1.2º de la LOPJ (por las incertidumbres que ello podría suscitar, con una afectación de la LOPJ a través de un instrumento normativo de Reforma de la Constitución).

9



CONSEJO DE ESTADO

2.2. El desarrollo legislativo de los aspectos procesales pertinentes

La consulta del Gobierno contempla también la posibilidad de incluir en la propuesta de reforma “*una remisión en el texto constitucional a una ley posterior que concrete los aspectos procesales pertinentes*”. Esta mención está claramente acotada al ámbito procesal, si bien no parece necesario –ni aun conveniente- que el texto constitucional incluya una remisión expresa a esa Ley.

En primer término, cabe reiterar que el texto constitucional resultante de la reforma podría ser aplicado en el marco de las leyes procesales vigentes, sin que sea necesaria para su entrada en vigor la aprobación de nuevas previsiones legales. Sentado lo anterior, sí resulta conveniente una regulación más completa de los procedimientos que incluyan un factor de aforamiento, teniendo en cuenta en particular razones de seguridad jurídica, puesto que muchos de los problemas y dudas suscitados a lo largo del tiempo se han ido solucionando por la jurisprudencia, ante la insuficiencia de las previsiones legales (algunas de ellas ciertamente desfasadas, como muchas de las de la Ley de 9 de febrero de 1912, que podría quedar así expresamente derogada); insuficiencias que se incrementarían con ocasión de la entrada en vigor de la Reforma.

Esa nueva regulación procesal podría abordar –sin ánimo exhaustivo- aspectos tales como los siguientes: a) reglas para los casos en que concurren en un mismo procedimiento sujetos aforados y no aforados (unidad o escisión de procedimientos y determinación de la competencia cuando el procedimiento sea inescindible); b) reglas para los casos en que se investiguen o se enjuicien en un mismo procedimiento actos realizados en el ejercicio de las funciones propias del cargo y otros que sean ajenos a dichas funciones (unidad o escisión de procedimientos y determinación de la competencia cuando el procedimiento sea inescindible); c) reglas de determinación de la competencia cuando en el curso de procedimiento el aforado pierda la condición determinante del aforamiento (y especialidades aplicables cuando, a la inversa, la adquiriera); d) previsión de una segunda instancia en atención a lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Convenio



CONSEJO DE ESTADO

Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH).

En relación con la última cuestión mencionada, cabe recordar que el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 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”*, lo que ha dado lugar a que el Comité de Derechos Humanos de la ONU haya apreciado en distintas ocasiones la vulneración del citado artículo en relación con situaciones de aforamiento (casos Terrón c. España, Capellades c. España, o Estevill c. España).

Ciertamente, en el ámbito europeo, el artículo 2 del Protocolo nº 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, referido al derecho a la doble instancia en materia penal, señala –en su apartado 2- que este derecho *“podrá ser objeto de excepciones (...) cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal...”* (Protocolo que entró en vigor en España en virtud de Instrumento de Ratificación publicado en el BOE de 15 de octubre de 2009). Sin embargo, la virtualidad de esa excepción no impide la solución más garantista de reconocimiento del derecho también en esos casos.

Por tanto, se propone introducir en el instrumento de aprobación de la reforma un mandato para que, en el plazo de un año, se regulen los aspectos procesales relativos al aforamiento; dado que los aforamientos contemplados en los artículos 71 y 102 no son los únicos contemplados en el ordenamiento, es preferible no referir esa regulación específicamente a este ámbito.

En cuanto a su ubicación, no parece necesario –ni aconsejable- que ese mandato se incluya en el texto constitucional, sino que basta su incorporación a una disposición adicional.



CONSEJO DE ESTADO

El contenido de esa disposición adicional es del siguiente tenor:

“En el plazo máximo de un año deberán aprobarse las disposiciones legales necesarias para regular el régimen procesal de los aforamientos”.

3. Entrada en vigor y normas transitorias

La reforma de la Constitución tiene una dimensión temporal que exige analizar dos aspectos para perfilar los términos mismos de esa reforma. Por una parte, debe determinarse cuándo ha de entrar en vigor, a partir de la alternativa básica –solo básica- de una entrada en vigor inmediata y una entrada en vigor diferida. Por otra parte, ha de examinarse el régimen transitorio aplicable a los procedimientos –o, en general, a las situaciones jurídicas- preexistentes al momento de entrada en vigor de la reforma.

3.1. Entrada en vigor

La aprobación de cualquier norma exige la determinación precisa del momento de su entrada en vigor, por razones evidentes de seguridad jurídica. Esa precisión se suele incluir en una disposición final –habitualmente, la última de las disposiciones finales-, si bien para el caso de que no se establezca previsión alguna al respecto, el Código Civil establece la regla supletoria de que *“entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado»”*.

En España, se han producido hasta la fecha dos reformas constitucionales en relación con la vigente Constitución de 1978; en ambas se ha incluido una previsión sobre su entrada en vigor, y en ninguna de ellas se ha establecido un periodo de *vacatio legis* (como tampoco, conviene avanzarlo, disposición transitoria alguna).

Así, la Reforma del artículo 13.2 de la Constitución, de 27 de agosto de 1992, incorporó una disposición final única (en el instrumento de aprobación de la Reforma, no en la Constitución misma), que establecía su

9



CONSEJO DE ESTADO

entrada en vigor “*el mismo día de la publicación de su texto oficial en el «Boletín Oficial del Estado»*”. Tampoco la Reforma del artículo 135 de la Constitución, de 27 de septiembre de 2011, estableció un periodo de *vacatio legis*, puesto que la disposición final única del instrumento de aprobación dispuso su entrada en vigor “*el mismo día de la publicación de su texto oficial en el «Boletín Oficial del Estado»*”, aun cuando en ella se preveía un desarrollo normativo que había de aprobarse antes de la fecha concreta que allí se fijaba.

A partir de la experiencia en España y en Derecho comparado, la alternativa básica a estos efectos permitiría optar entre entrada en vigor simultánea a su publicación y previsión de un periodo de *vacatio legis*. Asimismo, en caso de optarse por el establecimiento de una *vacatio legis*, cabría establecerla bien a través de la fijación de un plazo –normalmente computado desde la publicación de la Reforma- o bien mediante el señalamiento de un término (i.e., una fecha concreta). No parece necesario, a partir de los concretos términos de la propuesta, acudir a un sistema mixto, a la distinción entre entrada en vigor y aplicabilidad o a otras fórmulas distintas.

Para decidir acerca del régimen aconsejable en relación con la entrada en vigor de la reforma, es necesario tener en cuenta el fundamento del establecimiento de un periodo de *vacatio legis*, vinculado a la función que habitualmente cumple. Ese periodo puede orientarse a facilitar el conocimiento de la norma que se aprueba, en particular cuando se trata de normas extensas, complejas o novedosas que requieren un periodo de asimilación por sus destinatarios; función que puede asociarse a la seguridad jurídica en su vertiente subjetiva, vinculada a la idea de previsibilidad de los efectos de su aplicación. En otras ocasiones, se trata de permitir que el ordenamiento jurídico se adapte a las novedades introducidas por la norma de que se trate, o bien de habilitar un periodo para la preparación del desarrollo normativo exigido por la nueva norma, lo que está vinculado también con la seguridad jurídica, en su vertiente objetiva, como certeza del Derecho (dada la incertidumbre que esa falta de adaptación generaría).

En el presente caso, la propuesta se limita a modular el alcance del aforamiento existente en los artículos 71 y 102 de la Constitución, y no es imprescindible adaptación o modificación alguna del ordenamiento jurídico para





CONSEJO DE ESTADO

que la Reforma entre en vigor de forma inmediata. Ciertamente, pueden ser recomendables algunas adaptaciones o modificaciones del ordenamiento jurídico, atendiendo al principio de seguridad jurídica; pero, mientras no se hayan producido esas adaptaciones o modificaciones, no suscita especiales problemas una interpretación de las normas preexistentes conforme a la nueva redacción de los artículos 71 y 102 de la Constitución. Por ello, se propone una entrada en vigor inmediata tras su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Por lo demás, en la disposición final relativa a la entrada en vigor, se considera oportuno disponer –al igual que se hizo en las dos reformas precedentes–, la publicación de la Reforma de la Constitución en las demás lenguas de España. Por tanto, una posible redacción, en línea con las dos reformas anteriores, podría ser la siguiente:

“La presente Reforma de los artículos 71 y 102 de la Constitución Española entrará en vigor el mismo día de la publicación de su texto oficial en el «Boletín Oficial del Estado». Se publicará también en las demás lenguas de España”.

3.2. Régimen transitorio

Una segunda dimensión temporal de la Reforma que debe ser objeto de análisis es la que se refiere al régimen transitorio aplicable a las situaciones jurídicas preexistentes al momento de su entrada en vigor. En particular, debe quedar claro cuál es el régimen aplicable, de un lado, a los procesos que ya estuvieran en tramitación en la fecha de su entrada en vigor; y, de otro, a los procesos que se inicien con posterioridad a esa entrada en vigor, pero por hechos acaecidos con anterioridad.

A ello cabe añadir otras cuestiones que el instrumento de aprobación de la Reforma podría abordar con mayor o menor alcance, pero que también podrían quedar remitidas a las normas procesales sobre la materia; p.ej., para la aplicación del mismo régimen transitorio, habrá de fijarse el momento concreto en que se considera que se inicia el proceso (para determinar si un caso concreto ha de considerarse como un proceso en tramitación o, por el contrario, como aún no iniciado), o la fijación de la fecha de

9



CONSEJO DE ESTADO

comisión de los hechos, en supuestos particulares (delito continuado, conexidad de delitos, etc.). En este punto, parece que lo más prudente es no introducir novedad alguna en relación con el régimen preexistente, lo que facilitará la aplicación de la jurisprudencia recaída en supuestos análogos.

Para determinar el régimen transitorio, ha de atenderse, en primer término, a los principios constitucionales que pueden verse afectados por la entrada en vigor, más o menos sorpresiva, de nuevas normas y, en definitiva, por las reglas de transitoriedad previstas en aquellas; y, en este punto, juega un papel de especial relevancia el artículo 9.3 de la Constitución que, entre otros principios, menciona la seguridad jurídica y la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Una síntesis reciente de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en este ámbito puede encontrarse en la STC 51/2018, en la que se recogen los elementos clave para enjuiciar un cambio normativo. La jurisprudencia constitucional sostiene que la eventual lesión de la seguridad jurídica solo puede resolverse caso por caso, considerando el grado de retroactividad de la norma cuestionada, así como las circunstancias específicas que concurran en cada caso. Como primer criterio del enjuiciamiento destaca, por tanto, la distinción entre las disposiciones legales que pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley (la llamada retroactividad auténtica) y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas (retroactividad impropia).

Cuando se trata de retroactividad auténtica, la prohibición de la retroactividad opera plenamente y *«sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio»*. En cambio, fuera del ámbito de la retroactividad auténtica, el punto de partida es el inverso, y resulta necesaria una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso: el legislador del pasado no puede vincular al legislador del futuro y, por tanto, no existe un genérico derecho al mantenimiento de la Ley y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas nacidas a su amparo.



CONSEJO DE ESTADO

Pues bien, en el caso concreto de la reforma constitucional de que aquí se trata, y para la ponderación de los distintos elementos en presencia, no puede ignorarse que está en juego un derecho fundamental del artículo 24.2 de la Constitución, como es el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. En efecto, el aforamiento recogido en la Constitución supone la predeterminación normativa –en los artículos 71 y 102- del tribunal competente en los casos allí contemplados. En consecuencia, si la reforma constitucional afectara a los procesos ya iniciados, podría existir una vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley establecido en el citado artículo 24.2; un precepto que –no se olvide- tiene su parangón en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 6: toda persona tiene derecho a que su causa sea oída “*por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley*”), y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 47: toda persona tiene derecho a que su causa sea oída “*por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley*”).

La exigencia constitucional de que se trate de un juez predeterminado (y no “*postdeterminado*”) impone que la determinación sea previa, lo que parece excluir cualquier posibilidad de retroactividad en este punto, de forma que la determinación del órgano competente esté fijada antes de que comience el proceso. Ciertamente, cabría plantearse el *dies a quo* que hubiera de tomarse en consideración a estos efectos; esto es, si el juez ha de estar determinado en el momento en que se inicia el proceso o en el momento en que suceden los hechos que dan lugar al proceso (lo primero apunta a que el derecho a la predeterminación del juez en el caso concreto nace cuando se inician las actuaciones judiciales, mientras que lo segundo supondría que tal derecho nace con la comisión del delito).

La segunda de las posibilidades señaladas podría ser preferida desde la perspectiva de la garantía del derecho fundamental del artículo 24.2 mencionado, pero podría generar efectos no queridos asociados a una excesiva ultraactividad de la norma derogada; también cabe ponderar, a estos efectos, la mayor certeza que puede suponer la primera de las opciones apuntadas o la existencia de antecedentes legislativos en este sentido. Por ello, una ponderación de los bienes constitucionales en juego permite decantarse por la

9



CONSEJO DE ESTADO

necesidad de que el juez o tribunal esté determinado en el momento en que se inicie el proceso.

Por tanto, al modificarse el régimen de aforamiento establecido en los artículos 71 y 102 de la Constitución, debería mantenerse la aplicación del régimen anterior en relación con los procesos que ya se hubieran iniciado antes de la entrada en vigor de la Reforma. En cambio, el nuevo régimen de aforamiento se aplicaría a aquellos procesos que se iniciaran con posterioridad a esa entrada en vigor (con independencia de la fecha de comisión de los hechos).

Sentado lo anterior, habría de concretarse el momento preciso en que se considera iniciado un proceso, lo cual podría hacerse por referencia al momento de la *notitia criminis*, esto es, a la fecha en que se comunica la existencia de hechos que pudieran ser constitutivos de delito al órgano judicial que debe proceder a su investigación (denuncia, querrela, atestado, etc.). En todo caso, no parece necesario -ni conveniente- introducir previsión alguna en este punto, lo que permitirá aplicar las reglas habituales en estos casos (como también aprovechar la jurisprudencia ya existente en relación con casos que pudieran suscitar alguna duda).

A partir de todo lo anterior, es aconsejable incluir alguna disposición transitoria en el instrumento normativo de reforma del texto constitucional. Parece claro que la ubicación ha de ser precisamente en el instrumento normativo de reforma, y no en la Constitución misma, puesto que su alcance ha de limitarse a lo previsto en la Reforma de la Constitución, y no en el texto constitucional.

Por tanto, se propone introducir en el instrumento normativo de Reforma de la Constitución una disposición transitoria del siguiente tenor:

“El régimen de aforamientos establecido en la presente Reforma de la Constitución se aplicará a los procesos iniciados con posterioridad a su entrada en vigor”.



CONSEJO DE ESTADO

VI. PROCEDIMIENTO PARA LA TRAMITACIÓN DE LA REFORMA

Junto a la propuesta de reforma constitucional, la consulta solicita *“se emita informe sobre el procedimiento que debe seguirse para la tramitación de la reforma constitucional”*.

Este encargo se concreta en el penúltimo párrafo de la consulta en los siguientes términos:

“Asimismo, en virtud de los citados artículos 2.3 y 23.2, y toda vez que la propia Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, impide en su artículo 2.2 la remisión a informe de ningún otro cuerpo u órgano de la Administración del Estado los asuntos en que hubiera dictaminado el Consejo de Estado, se solicita del Consejo de Estado que informe sobre cuáles son los trámites preceptivos que han de preceder a la aprobación del proyecto de reforma constitucional”.

Aunque formalmente se trata de un documento diferente, se ha optado, como ya se avanzó al principio y por las razones expuestas, por incorporar su contenido a este apartado del Informe adjunto a la Propuesta de reforma constitucional.

1. El alcance de la intervención del Consejo de Estado

Como ya se ha destacado anteriormente, es la primera ocasión en que el Gobierno encomienda al Consejo de Estado la elaboración de una propuesta de reforma constitucional; y ello ha llevado a plantear en la consulta cuál es el carácter, final o no final, de esta intervención.

Para resolver la cuestión planteada, es preciso tomar como punto de partida la distinción entre la tarea de formular una concreta propuesta de reforma constitucional, cuya elaboración corresponde a la Comisión de Estudios y que deberá ser sometida al Pleno (artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980), y la emisión de dictamen acerca de un concreto anteproyecto de reforma constitucional que someta el Gobierno, supuesto que contempla expresamente



CONSEJO DE ESTADO

el artículo 21.1 de la mencionada Ley Orgánica, al establecer que el Consejo de Estado en Pleno deberá ser consultado en relación con los *“anteproyectos de reforma constitucional, cuando la propuesta no haya sido elaborada por el propio Consejo de Estado”*.

Es claro que en este último supuesto el dictamen del Pleno del Consejo de Estado tiene carácter final, sin que el anteproyecto pueda remitirse a informe de ningún otro cuerpo u órgano de la Administración del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2, párrafo tercero, de la mencionada Ley Orgánica.

La conclusión no puede ser la misma, sin embargo, cuando se trata de una propuesta de reforma constitucional cuya elaboración encomienda el Gobierno al Consejo de Estado y tras la cual no hay duda de que cabe la intervención de los organismos e instituciones que puedan resultar preceptivos o se estimen pertinentes.

Finalizada dicha tramitación, el Gobierno elaborará el correspondiente anteproyecto de reforma constitucional, el cual podrá apartarse de la propuesta formulada, modificarla o hacerla suya.

Ante los diferentes supuestos que pueden darse, es preciso determinar en cuáles de ellos el Consejo de Estado habría de intervenir nuevamente, a través del dictamen del Pleno previsto en el artículo 21.1 de su Ley Orgánica, que, como ya se ha visto, tiene carácter preceptivo *“cuando la propuesta no haya sido elaborada por el propio Consejo de Estado”*.

Pues bien, ello dependerá de los concretos términos del anteproyecto de reforma constitucional elaborado por el Gobierno. Si éste hace suya en dicho anteproyecto la propuesta formulada por el Consejo de Estado, no cabe duda de que no será preceptivo el dictamen del Pleno. En cambio, si el anteproyecto de reforma constitucional del Gobierno no sigue la propuesta o lo hace en términos que supongan una modificación sustancial de la misma, dicho anteproyecto habrá de someterse necesariamente a dictamen del Pleno.





CONSEJO DE ESTADO

2. La tramitación a seguir

Una vez aprobada la propuesta de reforma constitucional por el Pleno del Consejo de Estado y remitida al Gobierno, éste puede obtener, como ya se ha dicho, todos los informes que resulten preceptivos o que estime pertinentes por razón de la materia afectada.

Las disposiciones vigentes no contienen, sin embargo, reglas específicas sobre los trámites que han de preceder a la aprobación por el Gobierno del anteproyecto de reforma constitucional (más allá de la recogida en el artículo 21.1 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, antes mencionado). Y no parece, en atención a la singular y cualificada naturaleza de tal anteproyecto, que puedan considerarse trasladables sin más algunas de las previsiones establecidas con carácter general para la elaboración de los anteproyectos de ley (como son, por ejemplo, las que se pueden contener en el artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, o en los artículos 127 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Ahora bien, cuestión distinta es que, por razón de la materia afectada y aun no existiendo una previsión específica referida a la tramitación de anteproyectos de reforma constitucional, sí pueda considerarse oportuna, incluso obligada, la intervención de determinadas instituciones.

Así sucede, en este caso, con la intervención del Consejo General del Poder Judicial, a cuyo informe somete el artículo 561 de la Ley Orgánica 6/1985 los anteproyectos de Ley y disposiciones generales que versen, entre otras materias, sobre *“normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales”* (regla 6ª), así como sobre *“cualquier otra cuestión que el Gobierno, las Cortes Generales o, en su caso, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas estimen oportuna”* (regla 9ª).

Por último, los trámites a seguir para la aprobación del proyecto de reforma constitucional propiamente dicho se establecen en el artículo 167 de la



CONSEJO DE ESTADO

Constitución, complementado con las previsiones contenidas en el artículo 146 del Reglamento del Congreso de los Diputados y en los artículos 154 a 157 del Reglamento del Senado.

Baste señalar que este procedimiento sigue de cerca el esquema del procedimiento legislativo ordinario con las siguientes especialidades: 1) la exclusión de la iniciativa popular, como se deduce *a sensu contrario* del artículo 166 de la Constitución; 2) un *quorum* reforzado (tres quintos en cada Cámara); 3) unas reglas específicas para el supuesto de que no se haya alcanzado en ambas Cámaras el *quorum* reforzado; y 4) el sometimiento de la reforma a referéndum si así lo solicita una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

VII. TEXTO DE LA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Por todo lo expuesto, el Pleno del Consejo de Estado, en correspondencia a la encomienda realizada por el Gobierno y dentro del marco en ella determinado, eleva la siguiente propuesta de reforma constitucional:

Artículo único

Uno. El apartado 3 del artículo 71 de la Constitución Española queda redactado en los siguientes términos:

«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 queda redactado en los siguientes términos:

«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».





CONSEJO DE ESTADO

Disposición transitoria

El régimen de aforamientos establecido en la presente Reforma de la Constitución Española se aplicará a los procesos iniciados con posterioridad a su entrada en vigor.

Disposición adicional

En el plazo máximo de un año deberán aprobarse las disposiciones legales necesarias para regular el régimen procesal de los aforamientos.

Disposición final

La presente Reforma de los artículos 71.3 y 102.2 de la Constitución Española entrará en vigor el mismo día de la publicación de su texto oficial en el «Boletín Oficial del Estado». Se publicará también en las demás lenguas de España.

VIII. APÉNDICE

A) Evolución histórica de los aforamientos en el constitucionalismo español

1. Origen histórico de los aforamientos

En su origen, el aforamiento aparece vinculado a la inmunidad y la inviolabilidad. Todas estas prerrogativas se enmarcan en la dialéctica de legitimidades antagónicas –Rey y Parlamento– que está en la base del Estado constitucional y de la moderna doctrina de la separación de poderes.

En efecto, la inviolabilidad y la inmunidad aparecen en la Inglaterra medieval como «privilegios» (*privileges*) reconocidos a los miembros del Parlamento para impedir las interferencias del Rey en las tareas de las Cámaras. La inviolabilidad garantizaba la libertad de expresión (*freedom of speech*) y la inmunidad prohibía detenciones arbitrarias que impidieran a los



CONSEJO DE ESTADO

representantes asistir a las reuniones del Parlamento (*freedom from arrest and molestation*).

El antecedente inmediato de la inmunidad se encuentra, sin embargo, en la Francia revolucionaria. En el constitucionalismo inglés la libertad de movimiento protegía frente a arrestos por ejercicio de acciones civiles (habitualmente, prisión por deudas). Después de la Revolución Francesa, la inmunidad se extiende al ámbito penal al quedar prohibida la detención de los parlamentarios –salvo flagrante delito– o su procesamiento sin la previa autorización de la Asamblea.

Además de estas garantías, algunos parlamentarios gozaban del privilegio de ser juzgados exclusivamente por la Asamblea a la que pertenecían (en Inglaterra los Lores solo podían ser juzgados por sus pares). Asentado el Estado constitucional, la desconfianza del legislador hacia los poderes tradicionales (especialmente el monarca pero también la judicatura) hará que muchas Constituciones establezcan un fuero especial para enjuiciar criminalmente a los miembros del Gobierno, bien ante la Cámara alta –como en el *impeachment* inglés–, bien ante un tribunal específico –como el Supremo Tribunal de Justicia de la Constitución española de 1812, para el enjuiciamiento de los atentados contra la Constitución–.

Estas tres prerrogativas históricas han pasado, con diferente denominación y alcance, a buena parte de las Constituciones actuales¹.

2. Evolución de los aforamientos en España

En España, el aforamiento, en el sentido moderno del término, surgió en los albores del constitucionalismo como mecanismo de protección del nuevo orden frente a los atentados que pudieran cometerse contra el mismo.

¹ En España los textos constitucionales han llamado tradicionalmente «inviolabilidad» a lo que en Francia se conoce como «*irresponsabilité*», mientras que se conoce como «inmunidad» a la prerrogativa que en Francia se denomina «*inviolabilité*». El origen de la confusión se remonta a la Constitución francesa de 1791, cuyo artículo 7 declaraba a los representantes de la Nación *inviolables* por lo que hubieran dicho, escrito o hecho en ejercicio de sus funciones («*Les représentants de la Nation sont inviolables: ils ne pourront être recherchés, accusés ni jugés en aucun temps pour ce qu'ils auront dit, écrit ou fait dans l'exercice de leurs fonctions de représentants*»). De ahí tomarían la expresión los constituyentes gaditanos y se transmitiría a todas las Constituciones decimonónicas.





CONSEJO DE ESTADO

En el Antiguo Régimen, la organización de la Justicia se caracterizaba por la coexistencia de una jurisdicción común u ordinaria que era administrada, en nombre del Rey, por órganos que ejercían simultáneamente funciones de tipo gubernativo y contencioso, y una pluralidad de jurisdicciones especiales que sustraían de esa jurisdicción ordinaria el enjuiciamiento de determinados sujetos y materias. Este modelo se oponía a los postulados racionalistas del Estado constitucional en cuanto que, en el plano teórico, vulneraba los principios revolucionarios de separación de poderes y de igualdad ante la Ley y, en el plano práctico, se aquejaba de una falta de eficacia que hacía peligrar la seguridad jurídica a la que aspiraba la burguesía decimonónica. Por ello, la Constitución de 1812 sancionó el principio de unidad jurisdiccional y el correlativo derecho al juez predeterminado por la ley² y, más adelante, el Decreto de 6 de diciembre de 1868 ordenó la refundición de los fueros especiales en la jurisdicción ordinaria. En este nuevo marco jurídico-político, el aforamiento, hasta entonces concebido como privilegio, adquirió un nuevo sentido y alcance, se convirtió en prerrogativa.

En efecto, la necesidad de garantizar la libre formación de la voluntad de las Cortes, que, en tanto que representantes de la soberanía nacional, debían proyectar las profundas transformaciones políticas, jurídicas, sociales y económicas que precisaba la modernización de la nación, y la desconfianza que los miembros de la Cámara Legislativa sentían hacia los otros poderes del Estado, donde estaban congregados numerosos partidarios del Antiguo Régimen, determinaron que la Constitución de 1812 reconociera a los Diputados, junto a las prerrogativas parlamentarias de inviolabilidad e inmunidad existentes en Derecho comparado, la garantía adicional de fuero especial ante el Tribunal de Cortes en las causas criminales que contra ellos se intentaren³ y que, paralelamente, encomendase al Supremo Tribunal de Justicia el enjuiciamiento de los Secretarios de Despacho cuando las Cortes decretasen haber lugar a la formación de la causa⁴.

² Artículos 247 a 249 del texto constitucional de 1812.

³ Artículo 128 de la Constitución de Cádiz, desarrollado, en este aspecto, por los artículos LII a LVIII del Reglamento para el gobierno interior de las Cortes de 4 de septiembre 1813.

⁴ Artículos 226 a 229 y 261.2 de la Constitución de Cádiz.



CONSEJO DE ESTADO

Complementariamente, la Constitución de 1812 consagró el principio de la inviolabilidad del Rey⁵ y atribuyó al Supremo Tribunal de Justicia competencia para conocer las causas criminales que se siguiesen contra los Consejeros de Estado, los magistrados de las Audiencias y los miembros del Tribunal Supremo⁶ y la residencia de todo empleado público que estuviese sujeto a ella por disposición de las leyes⁷.

Nuestras Constituciones y leyes históricas posteriores mantuvieron los aforamientos, concebidos en un sentido amplio, si bien dotándolos de un alcance diverso que osciló en los regímenes políticos que se fueron sucediendo⁸.

a) Así, en lo que respecta al **Jefe de Estado**, los artículos 44 de la Constitución de 1837, 42 de la Constitución de 1845, 67 de la Constitución de 1869 y 48 de la Constitución de 1876 proclamaron que la persona del Rey era sagrada e inviolable⁹. Los artículos 85 y 121 de la Constitución de 1931 encomendaron al Tribunal de Garantías Constitucionales el enjuiciamiento, previa acusación del Congreso, del Presidente de la República por la infracción delictiva de sus obligaciones constitucionales. Y el artículo 8 de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 declaró nuevamente la inviolabilidad de la persona del Jefe de Estado.

⁵ Artículo 168 de la Constitución de Cádiz.

⁶ Todas nuestras Constituciones históricas, salvo el Estatuto Real de 1834, que no hacía referencia al Poder Judicial, sancionaron los principios de inamovilidad y de responsabilidad de jueces y magistrados: en virtud del primero, los miembros del Poder Judicial no pueden ser removidos ni suspendidos del cargo sino por causas razonables previamente tasadas y con las garantías contempladas en la ley; y a tenor del segundo los jueces han de responder de las infracciones que cometan en el ejercicio de la función jurisdiccional. Es en este ámbito en el que se incardina el fuero especial que tradicionalmente se les ha reconocido.

⁷ Artículo 261, apartados cuarto a sexto, de la Constitución de 1812. La residencia era el procedimiento por el que se revisaba la actuación de algunos oficiales reales tras su cese y se determinaba y exigía la responsabilidad en que eventualmente hubiesen incurrido por los actos realizados en el ejercicio de sus cargos.

⁸ Paralelamente, como elemento de contexto cabe señalar que, tras caer en desuso en los inicios del régimen liberal, la acción popular viene siendo reconocida en el sistema constitucional español desde su consagración en el artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872.

⁹ Las causas criminales abiertas contra los Príncipes de la Familia Real, por su parte, únicamente podían ser conocidas por el Pleno de Tribunal Supremo, de acuerdo con la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, que, pese a su supuesta provisionalidad, estuvo vigente durante más de cien años.

9



CONSEJO DE ESTADO

b) En lo que respecta a los **parlamentarios**, los artículos 119 del Reglamento para el régimen y gobierno del Estamento de Próceres y 139 del Reglamento para el régimen y gobierno del Estamento de Procuradores a Cortes, aprobados mediante Real Decreto de julio de 1834, reconocieron la facultad de las Cámaras para juzgar a sus miembros por los delitos comunes y las faltas y abusos cometidos en el desempeño de sus cargos. Sin embargo, los textos constitucionales posteriores (artículos 42 de la Constitución de 1837, 41 de la Constitución de 1845 y 56 de la Constitución de 1869) suprimieron este «sistema legislativo de aforamiento», por lo que, desde entonces, Diputados y Senadores estuvieron sujetos a la jurisdicción ordinaria con la única peculiaridad de que, salvo en caso de flagrante delito, no podían ser detenidos ni procesados sin la previa autorización del Congreso o del Senado por el juego de la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria¹⁰.

En este contexto, el artículo 47 de la Constitución de 1876 introdujo una regla especial de competencia judicial con arreglo a la cual correspondía al Tribunal Supremo el conocimiento de las causas criminales que se siguiesen contra los parlamentarios, en los casos y en la forma que la ley determinase; tales casos eran, en virtud del artículo 1 de la Ley de 9 de febrero de 1912 declarando los Tribunales que han de entender en el conocimiento de las causas contra Senadores y Diputados, todos los supuestos en los que los parlamentarios habían cometido una infracción penal, aun al margen del desarrollo de sus funciones. Aunque esta regla especial de competencia judicial no fue reproducida en la Constitución de 1931¹¹, los Reglamentos de las Cortes Españolas de 26 de diciembre de 1957 y de 15 de noviembre de 1971 señalaron que la Ley de 9 de febrero de 1912 era aplicable a las causas seguidas contra los Procuradores de Cortes en lo que no se opusiese a la Ley Constitutiva de las Cortes de 17 de julio de 1942 y a los citados Reglamentos.

c) En lo que respecta a los **miembros del Gobierno**, los artículos 119 del Reglamento para el régimen y gobierno del Estamento de Próceres y 139

¹⁰ Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 estableció un fuero especial ante el Pleno del Tribunal Supremo a favor de los Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado.

¹¹ Nótese, en este sentido, que la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales de 14 de junio de 1933 atribuyó a este órgano constitucional competencia para enjuiciar al Presidente de las Cortes.

9



CONSEJO DE ESTADO

del Reglamento para el régimen y gobierno del Estamento de Procuradores a Cortes de 1934 habilitaron a ambas Cámaras para enjuiciar a los Secretarios de Despacho a través de un procedimiento en el que la Cámara Baja promovía la acusación por ciertos delitos y la Cámara Alta enjuiciaba la responsabilidad que pudiera derivar de su comisión. Este «sistema legislativo de aforamiento» fue mantenido por todos los textos constitucionales del siglo XIX (artículos 40 de la Constitución de 1837, 19 de la Constitución de 1845¹², 89 de la Constitución de 1869¹³ y 45 de la Constitución de 1876), si bien, simultáneamente, tanto el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la Real jurisdicción ordinaria de 26 de septiembre de 1835 como la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 encomendaron al Tribunal Supremo el conocimiento de las causas criminales abiertas contra los Ministros por los delitos comunes cometidos en servicio activo.

Con posterioridad, los artículos 92 y 121 de la Constitución de 1931 atribuyeron al Tribunal de Garantías Constitucionales el enjuiciamiento de la responsabilidad criminal del Presidente del Consejo y sus Ministros, previa acusación del Congreso¹⁴. Y los artículos 45 y 46 del texto refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957 y 20 de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 establecieron la competencia del Tribunal Supremo en Pleno para conocer las causas civiles y criminales que se siguiesen contra los miembros del Gobierno¹⁵.

9

¹² Desarrollado, en este aspecto, por la Ley de 11 de mayo de 1849 estableciendo la jurisdicción del Senado, su organización, forma de constituirse y modo de proceder como Tribunal.

¹³ Este precepto precisaba, como novedad, que el fuero de los Ministros ante las Cortes estaba funcionalmente limitado a los delitos cometidos en el ejercicio de su cargo.

¹⁴ Además, la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales de 14 de junio de 1933 extendió este fuero especial a los Consejeros o miembros del Gobierno de las regiones autónomas.

¹⁵ En concreto, el texto refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado hizo referencia a la responsabilidad civil de los Ministros y a su responsabilidad criminal por los delitos cometidos en el ejercicio de su cargo; mientras que la Ley Orgánica del Estado aludió a la responsabilidad penal del Presidente y de los demás miembros del Gobierno y a la responsabilidad civil por actos relacionados con el ejercicio de sus funciones.



CONSEJO DE ESTADO

d) En lo que respecta a **otras magistraturas del Estado**, cabe destacar que la normativa infraconstitucional¹⁶ sancionó reglas especiales de competencia judicial para la exigencia de responsabilidad civil y criminal a los jueces y magistrados integrados en el Poder Judicial^{17 18} y de responsabilidad criminal a determinados altos cargos –Consejeros de Estado, Gobernadores Civiles, Diputados provinciales, Concejales de Ayuntamiento y Embajadores, entre otros–.

En definitiva, a modo de conclusión, puede afirmarse que el aforamiento ha sido una figura constante en nuestro constitucionalismo histórico, en el que se han alternado, y en ocasiones han convivido, dos sistemas cuyos ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación han sido igualmente oscilantes, a saber, un fuero especial ante los órganos superiores del Poder Judicial y un fuero especial ante otros órganos constitucionales –bien las Cortes, bien el Tribunal de Garantías Constitucionales–.

B) Los aforamientos en Derecho comparado

Un examen comparado de los sistemas constitucionales europeos conduce a la conclusión de que la técnica de los aforamientos está bastante extendida, si bien con un ámbito subjetivo y objetivo más limitado que en España.

Con notables excepciones, como las de Finlandia y Alemania, donde no existen aforamientos propiamente dichos, la mayor parte de los

¹⁶ Fundamentalmente, el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la Real jurisdicción ordinaria de 26 de septiembre de 1835 y la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870.

¹⁷ Todas nuestras Constituciones históricas, salvo el Estatuto Real de 1834, que no hacía referencia al Poder Judicial, sancionaron los principios de inamovilidad y de responsabilidad de jueces y magistrados: en virtud del primero, los miembros del Poder Judicial no pueden ser removidos ni suspendidos del cargo sino por causas razonables previamente tasadas y con las garantías contempladas en la ley; y a tenor del segundo los jueces han de responder de las infracciones que cometan en el ejercicio de la función jurisdiccional. Es en este ámbito en el que se incardina el fuero especial que tradicionalmente se les ha reconocido.

¹⁸ Durante la Segunda República, el artículo 99 de la Constitución de 1931 distinguió entre el enjuiciamiento de la responsabilidad criminal en que incurriesen el Presidente y los Magistrados del Tribunal Supremo y el Fiscal de la República, que le correspondía al Tribunal de Garantías Constitucionales, y el enjuiciamiento de la responsabilidad civil y criminal en que incurriesen los demás Jueces, Magistrados y Fiscales en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, que le correspondía al Tribunal Supremo con intervención de un Jurado especial.





CONSEJO DE ESTADO

países europeos de nuestro entorno confiere un fuero judicial especial a uno o varios titulares de los poderes públicos: principalmente a miembros de los Gobiernos, Jefes de Estado, y miembros de las Cámaras legislativas, pero también, en ocasiones a otros titulares de poderes del Estado, como los magistrados miembros de los más altos tribunales¹⁹.

El conocimiento de los procedimientos penales de los que las citadas autoridades pueden ser objeto se atribuye, según los casos, a distintos tipos de órganos:

1) A los órganos superiores de la jurisdicción ordinaria, como ocurre en los Países Bajos, donde el Tribunal Supremo juzga a los miembros de los Estados Generales, a los Ministros y a los Secretarios de Estado²⁰: en Bélgica, donde la Cour d'appel juzga a los Ministros y a los miembros de los Gobiernos de las comunidades o regiones²¹; en Portugal, donde se prevé el aforamiento del Presidente de la República, el Presidente de la Asamblea de la República, el Primer Ministro, los magistrados del Tribunal Constitucional y los jueces y fiscales del Supremo Tribunal de Justiça ante este tribunal²²; en Grecia, cuyos diputados están aforados ante la Corte de apelación²³; o en Suecia, donde el Tribunal Supremo juzga a los miembros de ese mismo tribunal y del Tribunal Supremo Administrativo²⁴.

2) A tribunales ad hoc de origen exclusivamente judicial, como en Grecia, donde los miembros del Gobierno griego y los Secretarios de Estado están aforados ante un Tribunal especial compuesto, para cada asunto, por seis miembros del Consejo de Estado y seis de la Corte de Casación²⁵; o en Luxemburgo, cuya Cour supérieure de justice conoce de las acusaciones

¹⁹ Existen, además, algunos casos especiales dignos de mención, como el de la Constitución noruega, que prevé un aforamiento general de todos los Príncipes y Princesas reales (artículo 37 de la Constitución noruega) o la "cláusula de cierre" de la Constitución danesa, que permite juzgar ante la llamada *Corte de Impeachment*, además de a los parlamentarios, a "otras personas", por crímenes que el Gobierno y el *Folketing* puedan reputar "particularmente peligrosos para el Estado" (Sección 60, subsección 2, de la Constitución danesa)

²⁰ Artículo 119 de la Constitución de los Países Bajos.

²¹ Artículos 103 y 125 de la Constitución belga.

²² Respectivamente, artículo 130 de la Constitución portuguesa; artículos 11.3.a) y 11.4.a) del Código del Proceso Penal (aprobado por Decreto-ley nº 78/87); y artículo 26 de la Ley reguladora del Tribunal Constitucional (Ley nº 28 de 1982, modificada por la Ley 13-A/1998).

²³ Artículo 61.2 de la Constitución griega.

²⁴ Artículo 8, Capítulo 11 del Instrumento de Gobierno de la Constitución sueca.

²⁵ Artículo 86.4 de la Constitución griega.





CONSEJO DE ESTADO

formuladas contra los miembros del Gobierno y está formada por un presidente y dos consejeros de la Cour de cassation, ocho presidentes de Sala, once primeros consejeros y once consejeros de la Cour d'appel, un Fiscal general y un Fiscal general adjunto, dos primeros abogados generales, cuatro abogados generales y un sustituto encargado del servicio de documentación²⁶.

3) A tribunales especiales caracterizados por una composición parcialmente judicial y parcialmente política, como ocurre en Noruega, donde la llamada Corte de Impeachment, formada por seis miembros elegidos por el Parlamento por un periodo de seis años y por los cinco magistrados más antiguos del Tribunal Supremo, juzga a los miembros del Consejo de Estado (poder ejecutivo), del Storting (poder legislativo) y del Tribunal Supremo²⁷; en Dinamarca, donde la llamada Corte de Impeachment juzga a los miembros del Gobierno y está formada por hasta quince de los miembros más antiguos del Tribunal Supremo y el mismo número de miembros elegidos por un periodo de seis años por el Folketing (poder legislativo), de acuerdo con un criterio de representación proporcional²⁸; y en Francia, cuya Cour de Justice de la République juzga a los miembros del Gobierno francés por los crímenes o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones: está formada por quince miembros: doce parlamentarios elegidos, a partes iguales, por la Asamblea General y el Senado, y tres magistrados de la Cour de Cassation, asumiendo uno de ellos la presidencia del tribunal²⁹.

²⁶ Artículos 33 y 40.2 de la Ley de 7 de marzo de 1980, sobre la organización judicial.

²⁷ Artículo 86 de la Constitución noruega.

²⁸ Sección 59, Subsección 1, de la Constitución danesa. La denominación de Corte de "impeachment" que frecuentemente se emplea en las traducciones de estas dos constituciones nórdicas no debe sembrar dudas sobre la naturaleza propiamente judicial de estos procedimientos.

²⁹ Artículos 68-1 y 68-2 de la Constitución francesa, modificados por la Ley constitucional n° 93-952 de 27 de julio 1993. Con anterioridad a esta reforma, los ministros franceses eran juzgados, en caso de delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, por la *Haute Cour de Justice*, órgano de composición estrictamente política (miembros del Parlamento). El proyecto de reforma constitucional actualmente en discusión en el Parlamento francés pretende, sin embargo, la supresión de la *Cour de Justice de la République*, sin eliminar el "filtro" de la *Commission des requêtes* para las acusaciones formuladas por los ministros en relación con delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, pero sometiéndolos a la jurisdicción de la *Cour d'appel de Paris*. Se persigue, en definitiva, mantener el aforamiento, pero atribuyendo la competencia (en primera y única instancia) a un órgano de la estructura judicial ordinaria, con el doble objetivo de poner fin a la ambigüedad existente sobre la naturaleza de la responsabilidad de los miembros del Gobierno y de evitar la disociación de los procesos penales de los miembros del Gobierno y de sus eventuales coautores o cómplices (*Projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace* (n° 911)).



CONSEJO DE ESTADO

4) A la jurisdicción constitucional, como ocurre en Austria, cuya Constitución prevé el aforamiento de un elevado número de autoridades públicas ante el Tribunal Constitucional, en particular el Presidente federal, miembros del Gobierno federal, miembros de los ejecutivos de los Land y, en estos dos últimos casos, “las autoridades situadas, a efectos de responsabilidad, en pie de igualdad con ellos”, las autoridades de Viena, capital federal, o el presidente o presidente ejecutivo de un consejo escolar de un Land³⁰. Mención aparte merece el aforamiento previsto para el Presidente de la República italiana, que es juzgado por la Corte Constitucional, aunque ésta tiene una composición especial en estos casos, al añadirse a los magistrados constitucionales ordinarios 16 miembros elegidos por sorteo de entre una lista de ciudadanos cualificados para ser elegidos miembros del Senado³¹.

En todos estos casos existen, pues, aforamientos en sentido estricto, al modificarse las reglas ordinarias de atribución de la competencia judicial, en atención a la cualidad de los sujetos encausados, para la exigencia de responsabilidad penal de estos. Esta caracterización permite distinguir tales supuestos de los mecanismos de exigencia de responsabilidad estrictamente política -y no penal- previstos, en la línea del *impeachment* norteamericano, para el Presidente de la República francesa y el Presidente federal alemán³². En ambos casos, los textos constitucionales prevén procedimientos acusatorios del Presidente (ante el Parlamento “constituido en *Haute Cour*”, en el caso francés, y ante el *Bundesverfassungsgericht* -Tribunal Constitucional federal-, en el caso alemán) que presentan ciertas semejanzas en su desarrollo con un proceso penal, pero que no pueden asimilarse completamente a éste, en primer lugar porque los actos que en ellos se enjuician no son necesariamente conductas penalmente tipificadas, y en segundo lugar porque la única sanción prevista es la destitución del Jefe del Estado, sin perjuicio de que ésta abra la puerta a su sometimiento a la jurisdicción ordinaria. Sí, son, por el contrario, verdaderos aforamientos los procedimientos de enjuiciamiento de los Presidentes de la República Italiana y de la República Portuguesa.

9

³⁰ Artículos 142 y 143 de la Constitución austriaca.

³¹ Artículos 134 y 135 de la Constitución italiana. La Ley de reforma constitucional nº 1 de 1989 suprimió la aplicación de este mismo aforamiento a los Ministros.

³² Artículo 61 de la Ley Fundamental de Bonn y artículo 68 de la Constitución de la Vª República francesa (reformado por la Ley constitucional nº 2997-238, de 23 de febrero).



CONSEJO DE ESTADO

De cuanto precede cabe concluir que, como regla general, los aforamientos en Europa, aunque amplios, se limitan mayoritariamente, desde un punto de vista subjetivo, a los principales representantes de los poderes ejecutivo y legislativo, concibiéndose como una técnica excepcional dirigida a preservar la independencia de las más altas esferas del poder político; y, por esa razón, también en una abrumadora mayoría de casos se someten de forma expresa a una limitación de carácter objetivo o funcional.

Suele así vincularse el aforamiento al ejercicio de las funciones propias del cargo, concepto jurídico indeterminado que se presenta con distintas formulaciones. Los miembros del Gobierno danés, por ejemplo, están aforados respecto a actos de "*mala administración de su cargo*"³³; los aforados austriacos lo están por actos derivados de su "*actividad oficial*"³⁴; y los aforados portugueses lo están exclusivamente para las infracciones penales cometidas "*en el ejercicio de sus funciones*"³⁵, al igual que los ministros franceses³⁶, los miembros del Gobierno griego³⁷, los distintos aforados suecos³⁸ y los miembros del Gobierno luxemburgués³⁹.

En otros casos, el constituyente (o el legislador) delimita el aforamiento con referencia a actos ilícitos más o menos concretos, pero igualmente vinculados al ejercicio del cargo. Así, la Constitución italiana precisa que el Presidente de la República puede ser juzgado por el Tribunal Constitucional únicamente por "*alta traición o violación de la Constitución*"⁴⁰. La

³³ Sección 16 de la Constitución danesa.

³⁴ Artículo 142 de la Constitución austriaca

³⁵ Artículo 130 de la Constitución portuguesa; y artículo 11 del Código del Proceso Penal portugués, arriba citado.

³⁶ Artículo 68-1 de la Constitución francesa: "*Actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis*". Esta fórmula no siempre ha sido interpretada como criterio estrictamente objetivo: hasta 1995, la jurisprudencia lo interpretó también como un criterio temporal (actos cometidos *en o durante* el ejercicio de las funciones: *Cass. crim.*, 14 mars 1963, n° 62-92.785, *Frey*; *Cass. crim.*, 9 juillet 1984, *Ralite*), cuando la *Cour de Cassation* pasó a juzgar, de forma más estricta, que "*les actes commis par un ministre dans l'exercice de ses fonctions sont ceux qui ont un rapport direct avec la conduite des affaires de l'État relevant de ses attributions, à l'exclusion des comportements concernant la vie privée ou les mandats électifs locaux*" (*Cass. crim.*, 26 juin 1995, n° 95-82.333, *Carignon*).

³⁷ Artículo 86 de la Constitución griega.

³⁸ Artículo 7 del Capítulo 5 del Acta del *Rikdag*; y artículo 8 del Capítulo 11 del Instrumento de Gobierno, ambos de la Constitución sueca.

³⁹ Artículo 40 de la Ley de 7 de marzo de 1980, sobre organización judicial.

⁴⁰ Artículo 90 de la Constitución italiana. Esta delimitación objetiva del aforamiento resulta algo compleja, pues el Código Penal italiano no contempla un delito tipificado como de "alta traición" (aunque podrían incluirse bajo esta rúbrica los que el Título I de su Libro Segundo llama "*delitti*





CONSEJO DE ESTADO

Constitución griega, por su parte, limita el aforamiento de los diputados a los delitos de “difamación calumniosa”⁴¹. Por otra parte, hay supuestos en los que se emplea una fórmula más amplia para la delimitación de los actos, como en el caso de los aforados noruegos, que lo están respecto a “*conductas criminales o de otro tipo en casos en que hayan incumplido sus obligaciones constitucionales*”⁴².

Sólo excepcionalmente se emplea un criterio de delimitación temporal, que da lugar a aforamientos más amplios. Es el caso de los Países Bajos, donde el aforamiento de los diputados, Ministros y Secretarios de Estado está sometido a una acotación únicamente temporal: la de las infracciones cometidas *durante* su mandato⁴³. En Bélgica, en fin, los Ministros disponen de aforamiento para las infracciones cometidas “*en el ejercicio de sus funciones*”, pero también para las cometidas fuera del ejercicio de sus funciones, cuando sean juzgados por las mismas durante dicho ejercicio⁴⁴.

A la vista de cuanto precede, hay que concluir que un ámbito personal tan vasto de aforamientos como en el caso español no existe en el entorno europeo, donde tampoco se prevé un aforamiento absoluto, para los ámbitos penal y civil, aplicable tanto para juzgar actuaciones relacionadas con el cargo que el sujeto aforado ostenta como conductas del ámbito estrictamente personal. La Comisión Europea para la Democracia y por el Derecho (Comisión de Venecia del Consejo de Europa) recomienda así expresamente la reserva de estos privilegios jurisdiccionales a los actos cometidos en el ejercicio de las funciones públicas de que se trate⁴⁵.

Ahora bien, las anteriores conclusiones deben valorarse necesariamente en relación con otro elemento característico de los sistemas constitucionales objeto de comparación, y que no es otro sino la generalizada ausencia en los mismos de la acción popular. Frente al sistema acusatorio

contro la personalità dello Stato”), e igualmente amplio e indeterminado es el concepto de violación de la Constitución a que el artículo hace referencia a continuación.

⁴¹ Artículo 61 de la Constitución griega.

⁴² Artículo 86 de la Constitución noruega.

⁴³ Artículos 42.2 y 119 de la Constitución de los Países Bajos.

⁴⁴ Artículo 103 de la Constitución belga.

⁴⁵ *Rapport sur la relation entre responsabilité politique et responsabilité pénale des ministres adopté par la Commission de Venise lors de sa 94^e session plénière (Venise, 8-9 mars 2013)*.

9



CONSEJO DE ESTADO

mixto que rige en España, los ordenamientos procesales europeos atribuyen casi en exclusiva el ejercicio de la acción penal al Ministerio Público y. cuando se permite la intervención de particulares –afectados o no por el hecho delictivo-, aparecen como meros asistentes de aquél (en Portugal, por ejemplo) o se limita su intervención como parte civil (en Francia, en el caso de asociaciones para la defensa de intereses colectivos). Incluso en un sistema, como el británico, tradicionalmente basado en el principio de la acción *quivis ex populo*, en la actualidad ésta es sujeta a tal número de limitaciones que en la práctica ha caído prácticamente en desuso (previa autorización del *Crown Prosecution Service* en muchos casos, posibilidad del Ministerio Público de poner fin a la instrucción mediante el llamado *nolle persecui*, etc).

Madrid, 15 de noviembre de 2018

LA SECRETARIA GENERAL,

LA PRESIDENTA,

**EXCMA. SRA. VICEPRESIDENTA DEL GOBIERNO Y MINISTRA DE LA
PRESIDENCIA, RELACIONES CON LAS CORTES E IGUALDAD**