



CERTIFICACIÓN DE ACUERDO RELATIVO A INFORME

Acto que se certifica: Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 20 de diciembre de 2018, por el que se ha aprobado el siguiente:

INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LOS ARTÍCULOS 71, APARTADO 3 Y 102, APARTADO 1, DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

I. ANTECEDENTES

1.- Con fecha 30 de noviembre de 2018, procedente del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, tuvo entrada en el Consejo General del Poder Judicial a efectos de evacuación del correspondiente informe conforme a lo dispuesto en el artículo 561.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el Anteproyecto de reforma de los artículos 71, apartado 3, y 102, apartado 1, de la Constitución Española.

2.- Previamente, el Consejo de Ministros, en su reunión del día 21 de septiembre de 2018, había acordado encomendar al Consejo de Estado la elaboración de una propuesta de reforma constitucional, atendiendo a los objetivos y criterios reflejados en el documento que acompañaba a aquel Acuerdo, y un informe sobre el procedimiento que debía seguirse para la tramitación de dicha reforma constitucional.

3.- El Consejo de Estado en Pleno, en su sesión de 15 de noviembre de 2018, ha elaborado una Propuesta de reforma de los artículos 71, apartado 3, y 102, apartado 1, de la Constitución Española, y un informe sobre el procedimiento que debe seguirse para su tramitación.

4.- El Consejo de Ministros, a propuesta de la Vicepresidenta del Gobierno y Ministra de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, en su reunión del día 30 de noviembre de 2018, ha acordado tomar conocimiento de la Propuesta de reforma y del informe elaborado por el Consejo de Estado, así como del Anteproyecto de reforma constitucional elaborado de conformidad con la Propuesta del alto órgano consultivo, solicitando informe, con carácter urgente, al Consejo General del Poder Judicial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 561.1, regla 9ª, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.



5.- Una vez fue recibida la solicitud de informe, la Comisión Permanente del Consejo, en su reunión de 5 de diciembre de 2018, designó Ponentes de este informe a los Vocales don Álvaro Cuesta Martínez y don Enrique Lucas Murillo de la Cueva.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL OBJETO DE INFORME

I

6.- El Anteproyecto de reforma de los artículos 71, apartado 3, y 102, apartado 1, de la Constitución Española, que se ha sometido a informe de este órgano constitucional, trae causa de la encomienda que el Gobierno de España dirigió al Consejo de Estado con objeto de que elaborara una propuesta de reforma constitucional en los términos que se contenían el documento que acompañaba a la encomienda.

7.- En dicho documento, después de exponer el fundamento y la justificación de la reforma constitucional cuya propuesta se encomendaba, así como el régimen jurídico vigente de los aforamientos constitucionales, contenido en el artículo 71, apartado 3, de la Constitución Española, en relación con los miembros de ambas Cámaras, y en el artículo 102, apartado 1, de la misma Norma Fundamental, con respecto al Presidente y a los demás miembros del Gobierno, se recogían las ideas directrices de la reforma constitucional pretendida, que en esencia tiene por objeto reducir el ámbito del fuero penal actualmente previsto respecto de Diputados, Senadores, Presidente y demás miembros del Gobierno, limitándose desde la propia Carta Magna la competencia del legislador para ampliar el fuero especial.

8.- En atención al objeto expuesto, los criterios, objetivos y límites de la propuesta de reforma constitucional cuya elaboración se encomendaba al Consejo de Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, eran los siguientes:

«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 de 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 las 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 periodo de *vacatio legis*, así 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».



9.- Conforme a las directrices expuestas, la Propuesta de reforma constitucional elaborada por el Consejo de Estado se sitúa dentro de los límites fijados por la solicitud del Gobierno. En consecuencia, la Propuesta se ciñe a formular una nueva redacción de los artículos 71, apartado 3, y 102, apartado 1, de la Constitución, 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, por tanto, 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, circunscribiéndolos a los cargos aforados ya previstos, sin alterar las demás garantías o prerrogativas constitucionales –inviolabilidad e inmunidad-, como tampoco se exploran otras vías para abordar la reforma de los aforamientos distintas a la escogida por el Gobierno ni se cuestiona cuál haya de ser la extensión de la reforma proyectada.

10.- En ese marco, el Consejo de Estado ha formulado una Propuesta de los señalados artículos 71, apartado 3, y 102, apartado 1, de la Constitución, con arreglo a la cual se ha elaborado el Anteproyecto de reforma de dichos preceptos constitucionales que se ha sometido a consulta de este órgano constitucional, en los términos que se analizarán en las consideraciones particulares del presente informe. Junto con la propuesta de redacción de los indicados artículos –en los que, según el parecer del alto órgano consultivo, se ha de agotar la reforma constitucional proyectada, sin que sea necesario modificar otros preceptos de la Constitución-, y vinculadas a la misma, el Consejo de Estado incide en aquellas otras previsiones que ha estimado necesarias o convenientes para su aplicación y plena efectividad, como las relativas a su entrada en vigor, al régimen transitorio o al ulterior o coetáneo desarrollo normativo, que habrá de comportar, en su opinión, como también se verá, las pertinentes modificaciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de las leyes procesales, de las leyes orgánicas reguladoras de los demás órganos constitucionales y de los Reglamentos de las Cámaras, así como la derogación de la Ley de 9 de febrero de 1912, que establece los Tribunales que han de entender en el conocimiento de las causas contra Diputados y Senadores. Y, en fin, incluye consideraciones acerca de la proyección de la limitación funcional de los aforamientos que constituye el objeto de la Propuesta de reforma sobre los aforamientos autonómicos.

11.- También en cumplimiento del encargo realizado, el dictamen del Consejo de Estado incorpora un informe acerca del procedimiento para la tramitación de la reforma proyectada, respecto del cual destaca la ausencia



de 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 21.2 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado; sin que, dada la singular y cualificada naturaleza de tal Anteproyecto, puedan trasladarse sin más algunas de las previsiones establecidas con carácter general para la elaboración de los anteproyectos de ley, como las contenidas 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. No obstante lo cual, el alto órgano consultivo considera que, por razón de la materia afectada, y aun no existiendo una previsión específica referida a la tramitación de anteproyectos de reforma constitucional, puede resultar oportuna, incluso obligada, la intervención de determinadas instituciones, entre las cuales señala de manera expresa a este órgano de gobierno del Poder Judicial, respecto de cuya función consultiva recuerda la competencia que se deriva de la regla 6ª del artículo 561.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para informar sobre los anteproyectos de ley y disposiciones generales que versen sobre "normas procesales o que afecten a los aspectos jurídicos constitucionales de la tutela ante los tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales", y la que extiende esa potestad a "cualquier otra cuestión que el Gobierno, las Cortes Generales o, en su caso, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas estimen oportunas".

II

12.- El fundamento de la función consultiva del Consejo General del Poder Judicial, en trance de informar sobre la reforma constitucional proyectada, se encuentra, por tanto, y en primer término, en la directa relación de la institución del aforamiento, dentro de la tradicional tríada de garantías o prerrogativas constitucionales, con el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho al debido proceso legal y el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, a la que se suma la independencia judicial misma. Unos y otra se ven concernidos tanto más en la medida en que en el proceso penal intervenga no solo el aforado sino también quien ejerce la acusación particular o la acción popular, y que en el caso del derecho al juez natural, supone elevar la predeterminación legal de la competencia a una de rango constitucional, con todas las consecuencias que ello conlleva.

13.- Pero es que, además, el ejercicio de la función consultiva de este órgano de gobierno del Poder Judicial se encuentra aquí anudada a la



competencia establecida por virtud del artículo 561.1-9ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, como se acaba de indicar, la extiende a cualquier cuestión que el Gobierno estime oportuno someter a su consideración. Esta atribución se concibe, por tanto, en términos amplios y, en principio, goza de mayor amplitud por razón del objeto y del contenido del proyecto normativo objeto de informe. Y si bien el Gobierno ha acotado al Consejo de Estado en los términos ya expuestos el alcance del encargo que este ha cumplimentado, el Consejo General del Poder Judicial no se encuentra constreñido al expresar su opinión sobre el texto que se le ha remitido en cuanto estime que pueda mejorar su contenido y forma por exigencia del principio de colaboración institucional, tanto más necesaria cuanto se desarrolla entre órganos constitucionales y su finalidad es lograr su más armoniosa incorporación al ordenamiento jurídico con arreglo, también, a criterios de obligada prudencia. Y si ello es muy preciso cuando se dictaminan anteproyectos de leyes y proyectos de disposiciones reglamentarias, todavía lo es más cuando, como aquí ocurre, la consulta versa sobre una reforma constitucional.

14- Por lo demás, la Propuesta y el informe del Consejo de Estado que sirven de base al Anteproyecto de reforma constitucional son suficientemente ilustrativos de los antecedentes, del origen y de la evolución histórica del sistema de aforamientos en España, así como la regulación de los aforamientos en el Derecho comparado y del marco normativo, el fundamento y la finalidad de los aforamientos, constitucionales y legales, en nuestro ordenamiento, tal y como han sido configurados por la doctrina y la jurisprudencia constitucional. Por ello, no cabe sino situar las consideraciones generales sobre la reforma proyectada que ahora se formulan en línea con las que se contienen en la Propuesta e informe de aquel alto órgano consultivo que sirve de base al Anteproyecto de reforma constitucional remitido por el Gobierno.

III

15.- Sin perjuicio de lo anterior, a juicio de este órgano constitucional resulta oportuno hacer algunas observaciones que pueden servir de complemento a las consideraciones generales recogidas en el dictamen del Consejo de Estado.

16.- La primera de estas consideraciones viene referida al fundamento y justificación de la limitación funcional de los aforamientos con arreglo a la



cual se articula la reforma, en tanto que constituye la finalidad objeto de la misma. Una consideración que debe tomar como punto de partida la necesaria diferenciación entre los miembros de las Cortes Generales y los del Gobierno, pues, aunque en ambos casos, el fuero especial es un elemento configurador de su respectivo estatuto personal, cada uno de estos es distinto y no debe confundirse ni mezclarse. Por eso, este informe los trata separadamente por más que la solución técnica aplicada sea la misma para ambos y que, tanto para unos como para otros, el aforamiento entre en directa e intensa relación con el principio constitucional de la independencia judicial que también protege ese instituto procesal de rango constitucional, tal y como luego se verá.

17.- Tanto la Propuesta de reforma del Consejo de Estado como, en coherencia con ella, la Exposición de Motivos del Anteproyecto, parecen encontrar la justificación de la reforma del sistema de aforamiento constitucional en la necesidad de acomodarlo a la tendencia generalizada de las Constituciones de los países de nuestro entorno, que abogan por un aforamiento de carácter funcional, contemplado únicamente en relación con los actos cometidos por los aforados en el ejercicio de sus funciones.

18.- Sin embargo, siendo útil el ejemplo de otros sistemas no solo es posible sino, también, obligado atender a la razón de ser del aforamiento de Diputados y Senadores, por un lado, y de miembros del Gobierno, por otro, en la propia norma fundamental que se proyecta modificar ya que no se trata de introducir una regulación nueva de su estatuto personal sino de modificar el concreto aspecto de su fuero especial.

19.- Pues bien, en el marco constitucional el aforamiento completa el régimen de garantías de la función representativa que cumplen los miembros de las Cortes Generales (artículo 66 CE) mediante la que se hace efectiva la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos con arreglo al artículo 23.1 y 2 CE. De ahí que el Tribunal Constitucional haya puntualizado el aforamiento, estrechamente vinculado en su origen a la inmunidad, «[n]o se confunde con el privilegio [...], ni tampoco puede considerarse como expresión de un pretendido *ius singulare*, pues en ella no encontramos las notas de la desigualdad y la excepcionalidad» (STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 5º; en similares términos, SSTC 123 y 124/2001, de 4 de julio, FJ 4º), sino que ofrece un tratamiento jurídico diferenciado a situaciones subjetivas cualitativa y funcionalmente diferenciadas por la propia Constitución.



20.- Conforme ha destacado la jurisprudencia constitucional –y recuerda tanto la Propuesta de reforma como la Exposición de Motivos del Anteproyecto en el que se materializa- las prerrogativas constitucionalmente establecidas, una vez recocida la legitimación democrática del poder, se justifican en razones de interés general vinculadas a la necesidad de garantizar la libertad y autonomía de las autoridades y cargos aforados y de las instituciones a las que representan. De este modo, las prerrogativas de los miembros de las Cortes Generales, a las que con razón la doctrina también denomina, garantías, se explican por la necesidad de proteger de forma cualificada la libertad, autonomía e independencia de los órganos constitucionales, interés superior del ordenamiento de todo Estado democrático de Derecho (art. 1.1 CE) e instrumento imprescindible para garantizar la efectiva separación entre los distintos poderes del Estado. «[E]sta protección jurídica cualificada se articula constitucionalmente [...] mediante el tratamiento de situaciones subjetivas no parangonables con las ordinarias, puesto que se atribuyen a los miembros de las Cortes Generales 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» (STC 22/997, cit.).

21.- De este modo, la jurisprudencia constitucional, en línea con la fijada por jurisdicciones europeas análogas, lejos de concebir las garantías constitucionalmente previstas en el artículo 71 CE como un derecho personal, las entiende e interpreta con un carácter netamente funcional, en tanto que se encuentran estrechamente conectadas al ejercicio de una función constitucional, es decir, como un derecho reflejo del que goza la autoridad o cargo aforado en su condición de integrante del órgano constitucional al que pertenece. De ahí que se hayan vinculado al artículo 23.2 CE, en la medida en que, como derecho de configuración legal, una vez conferido pasa a formar parte del status propio del cargo, formando parte, por tanto, del *ius in officium* (SSTC 22/1997, cit. FJ 2º, y 123/2001, de 4 de junio, FJ 3º).

22.- Esta caracterización funcional de las garantías es coherente, por otra parte, con su interpretación estricta. Según el Tribunal Constitucional, «las prerrogativas parlamentarias han de ser interpretadas estrictamente para no devenir privilegios que puedan lesionar derechos fundamentales de terceros» (STC 51/1985, de 10 de abril, FJ 6º), lo que impide acudir a la vía analógica como criterio interpretativo en relación con las mismas, del mismo modo que no es constitucionalmente legítima una extensión



legislativa de las prerrogativas previstas en la Constitución (STC 9/1990, de 18 de enero, FJ 4º y 5º).

23.- La misma caracterización funcional del aforamiento, en consonancia con su interpretación estricta, se aprecia particularmente con ocasión de la delimitación del alcance temporal de esta prerrogativa, que, como ha puntualizado el Tribunal Constitucional, no puede interpretarse al margen de los efectos que se vinculan a la prerrogativa de la inmunidad y la concesión, en su caso, del oportuno suplicatorio (STC 22/1997, FJ 7º). De este modo, la delimitación temporal del aforamiento, y con ella la *perpetuatio iurisdictionis*, deben ser abordadas en contemplación de la finalidad a la que sirve, con base en una interpretación estricta en la que prima teleológicamente su dimensión funcional y objetiva respecto de la vertiente meramente personal y subjetiva, lo que se traduce en que «[c]ualquiera que sea la causa, esta pasará al Tribunal Supremo desde el momento en que la misma afecte a un diputado o senador, y mientras no pierda la condición de miembro de las Cortes Generales» (STC 22/1997, cit.); si bien se admite que, más allá de ese contenido indisponible, las leyes procesales o el propio Tribunal Supremo, en su función interpretativa de la legalidad ordinaria, pueda resolver lo conveniente acerca de la *perpetuatio iurisdictionis*.

24.- La Sala Segunda del Tribunal Supremo, en esa función hermenéutica, también se ha atendido, con carácter general, a la regla de la vinculación del fuero al cargo, y por tanto, al carácter funcional del aforamiento, si bien excepcionalmente se ha abogado por la *perpetuatio iurisdictionis* en supuestos en que, disueltas las Cámaras, se había concedido el suplicatorio y el Tribunal Supremo había decretado el procesamiento (AATS de 15 de noviembre y de 15 diciembre de 1993, ECLI:ES:TS:1993:2015^a, y ES:TS:1993:2063A) criterio este después modulado en la Sentencia de 10 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5017) para fijar la *perpetuatio iurisdictionis* en el momento de la apertura del juicio oral; excepcionalidad que, por lo demás, había sido a su vez modulada en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 22/1997 (cit.), en el sentido de que, conforme a una interpretación estricta de la prerrogativa en atención al interés que preserva, solo tendría justificación cuando los hechos a enjuiciar estuvieran directamente relacionados con el ejercicio de la función pública inherente al cargo.

25.- También cuando se trata del aforamiento de los miembros del Gobierno se aprecia la misma caracterización funcional. El sistema que establece el artículo 102 CE, que se configura en torno a dos notas



originales, a saber, el fuero especial ante el Tribunal Supremo de los miembros del Gobierno para todos los delitos y la reserva a favor del Congreso de los Diputados de la iniciativa para acusar por los delitos de traición o contra la seguridad del Estado, cometidos en el ejercicio del cargo, no se fundamenta, ciertamente, en el ejercicio de una función representativa, propiamente asignada a los diputados y senadores. Por ello su aforamiento no va unido a la inviolabilidad ni a la inmunidad, exclusivas de los diputados y senadores, y sí a las medidas de gracia y a la reserva al Congreso de la acusación por alta traición y por la comisión de delitos contra la seguridad del Estado. Se protege, así, el ejercicio de otra función constitucional, la gubernamental, en atención «a la valoración y a la consideración de la específica función que ejercen, que concierne, de modo relevante, al interés público, justificativo de normas singulares determinativas de la competencia para el conocimiento de las causas penales que a ellos afecten» (ATC 353/1988, de 16 de marzo, FJ 4º).

26.- El fundamento del aforamiento de los miembros del Gobierno reside, por tanto, en la protección del cargo y de la función constitucional que desempeñan de manera análoga a la de los diputados y senadores, sin que, sin embargo, se planteen para aquellos los problemas que pueden suscitarse para estos con respecto de la inviolabilidad y la inmunidad, salvo claro está, que sean miembros de alguna de las Cámaras que forman las Cortes Generales.

27.- Y del mismo modo que en el aforamiento de los diputados y senadores, la caracterización funcional del aforamiento se aprecia también en su ámbito temporal, una vez fijada –tras algunas dudas iniciales– la doctrina de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo con arreglo a la cual el cese en el cargo comporta automáticamente el cese del aforamiento (Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1993, después materializado en numerosas resoluciones).

28.- El segundo grupo de consideraciones, con el que se ha de cerrar este apartado viene referido al mayor alcance que presenta la reforma constitucional propuesta, más allá del que aparentemente tiene.

29.- Aunque circunscrita subjetivamente a las autoridades y cargos aforados en los artículos 71, apartado 3, y 102, apartado 1, de la Constitución, respecto de los que se introduce la limitación funcional del aforamiento, se pone de manifiesto que a partir de su aprobación se produciría una situación paradójica: mientras el aforamiento constitucional quedaría limitado funcionalmente en los términos descritos, subsistirían los



aforamientos estatutarios y legales que siguieron el modelo del texto original de la CE. El cambio en el modelo debería tener seguramente una consecuencia en cascada que llevara a ajustar esos otros aforamientos, pero ese efecto o bien se afronta como una medida complementaria de la misma reforma constitucional o debe dejarse a la decisión del legislador estatutario y orgánico.

30.- En el primer caso, si se quisiera dar un contenido unívoco y general a los aforamientos constitucionales, estatutarios y legales, de modo que la reforma tenga efectos inmediatos en todos ellos, la solución más directa y adecuada sería centrar la reforma en el artículo 24.2 CE. Para ello se podría adicionar un inciso en el mismo en el que se dijera en los términos que se consideraran más adecuados que el derecho al juez predeterminado por la ley, el derecho al juez natural, se reconoce es sin perjuicio del fuero especial que la norma constitucional, los estatutos de autonomía o las leyes orgánicas prevean para el enjuiciamiento de quienes desempeñen determinadas funciones públicas por la comisión de delitos en el ejercicio de las mismas.

31.- Obviamente, si se siguiera este camino, el procedimiento de reforma ya no sería el del artículo 167 CE sino que habría de aplicarse el artículo 168 CE con las dificultades que ello implica.

32.- Otra alternativa, aunque ciertamente más forzada, consistiría en completar la modificación prevista con la de los artículos 123.1 y 152.1 CE en los que se precisaría que la competencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia comprende, respectivamente, el enjuiciamiento de Diputados, Senadores el Presidente del Gobierno y los miembros de este, así como de quienes desempeñen otras funciones públicas en el ámbito autonómico y estatal, por los actos delictivos cometidos en el ejercicio de las mismas que señalen los estatutos de autonomía y las leyes orgánicas.

33.- Ahora bien, si, como en el anteproyecto que se somete a nuestro dictamen, se opta por la reforma limitada a los artículos 71.3 y 102.1 CE, el cambio de régimen del aforamiento ha de hacerse en fases sucesivas. Es decir, primero en la norma fundamental y, después, en los estatutos de autonomía y en las leyes orgánicas. Así, en tanto el instrumento de Reforma de la Constitución no lo establezca, quedará a la libertad de configuración del legislador estatutario y orgánico llevar a cabo esa adecuación con lo que la asimetría señalada puede mantenerse de manera, al menos parcial, durante el tiempo que requiera la tramitación de las



correspondientes normas estatutarias y legales. Ciertamente, tal desfase temporal podría reconducirse si se adoptaran, de forma acompasada con la reforma constitucional proyectada, las reformas normativas pertinentes, en los términos señalados por el Consejo de Estado en su Propuesta.

34.- La reforma propuesta comporta, cuando menos, una reserva constitucional de los aforamientos constitucionalmente previstos que se traduce en la interdicción de la actuación del legislador para modificar su alcance, pero solo tendría efectos indirectos en los demás establecidos en las leyes orgánicas y ordinarias que, como venimos diciendo, siguen el modelo establecido en la vigente norma fundamental. Se trata de los previstos para los integrantes de órganos constitucionales, miembros de la Carrera Judicial y Fiscal y, en la medida en que se admita como tal fuero especial, los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, así como, aunque en otro plano, los establecidos en los Estatutos de Autonomía respecto de las autoridades y cargos autonómicos.

35.- La Propuesta de reforma del Consejo de Estado no es ajena a este efecto extensivo, si bien no considera imprescindible su consagración constitucional por medio de la incorporación al texto de la Carta Magna de un precepto por virtud del cual se proyecte la limitación funcional a los aforamientos legales, señala las posibilidades de la interpretación conforme a la reforma constitucional propuesta que habrán de llevar a cabo los intérpretes de la legalidad ordinaria. Sobre ese particular, debe advertirse desde aquí acerca de los inconvenientes de desplazar hacia los tribunales, y particularmente hacia el Tribunal Supremo como órgano predeterminado legalmente para conocer de los aforamientos, ahora limitados funcionalmente, la concreción, por vía interpretativa, de los límites objetivos de la prerrogativa.

36.- En lo que ha de incidir este órgano de gobierno del Poder Judicial, a la vista de esa mayor dimensión y trascendencia de la reforma constitucional propuesta, es –en línea con lo aconsejado por el Consejo de Estado– en la necesidad de que la reforma proyectada concite el mayor grado de consenso posible, con el que se ha de facilitar tanto su efectividad como la de las medidas complementarias de la reforma constitucional, muy especialmente aquellas con las que llevar a cabo la adaptación del ordenamiento jurídico, leyes orgánicas, estatutos de autonomía y legislación ordinaria, al nuevo régimen de aforamientos constitucionales.



III. CONSIDERACIONES PARTICULARES SOBRE EL ANTEPROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL OBJETO DE INFORME

I

37.- El anteproyecto de reforma constitucional se integra por una exposición de motivos y un artículo único, dividido en dos apartados, que dan nueva redacción, respectivamente, al artículo 71.3 y al artículo 102.1 de la Constitución Española. El instrumento de reforma proyectado contiene, asimismo, una disposición transitoria única que determina la aplicación de la reforma constitucional a los procesos iniciados con posterioridad a su entrada en vigor; una disposición adicional única que estable un mandato a al legislador para la aprobación, en el plazo máximo de un año, de las disposiciones legales necesarias para adaptar el régimen procesal de los aforamientos; y, por último, una disposición final única que establece la entrada en vigor de la reforma el mismo día de la publicación de su texto oficial en el «Boletín Oficial del Estado» y ordena su publicación también en las demás lenguas de España.

38.- De acuerdo con la Propuesta formulada por el Consejo de Estado, el artículo único del anteproyecto de reforma de la Constitución dispone lo siguiente:

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

«2. 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.»

39.- Tal y como se ha señalado en las consideraciones generales, la finalidad de la reforma es introducir una limitación funcional en la prerrogativa del aforamiento que acote la regla constitucional de atribución de competencia a favor de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo a «los delitos cometidos en el ejercicio de las funciones propias del cargo» con el expreso propósito de ajustar la extensión del fuero especial a la estricta



finalidad constitucional que justifica la diferencia de trato procesal de los titulares de determinadas magistraturas (miembros de las Cortes Generales y del Gobierno) que no es otra, como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional, que la de «asegurar su libertad e independencia en tanto que reflejo de la que se garantiza al órgano constitucional al que pertenecen» (STC 22/1997, FJ 5) o, formulada en otros términos, «proteger la independencia del órgano y el ejercicio de las funciones del cargo constitucionalmente relevantes» (STC 22/1997, FJ 6).

40.- La limitación funcional del aforamiento comporta que tanto para el caso de Diputados y Senadores como el del Presidente y demás miembros del Gobierno el juez legal deja de ser el mismo, es decir la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como se deriva de la vigente redacción de los preceptos constitucionales, de modo que fuera de los supuestos de delitos contemplados por la norma constitucional proyectada, regirán las normas procesales generales que predeterminan el juez o tribunal competente. Esta inescindible consecuencia de la reforma propuesta merece una consideración preliminar que este órgano constitucional en tanto que órgano de garantía de la independencia judicial no puede dejar de subrayar. El carácter absoluto del aforamiento, al extenderse a «las causas» o «la responsabilidad criminal», sin cualificación o limitación algunas, podía entenderse que venía justificado, más allá de la estricta protección de las funciones de los respectivos órganos constitucionales, por una razón prudencial consistente en salvaguardar a Jueces y Tribunales de verse inquietados en su independencia como consecuencia de presiones o influencias derivadas del enjuiciamiento de causas políticamente significadas por razón del sujeto pasivo del proceso penal. Esta línea argumental fue acogida, desde sus primeras sentencias en la materia, por el Tribunal Constitucional:

«Aflora así, la finalidad cuya salvaguarda se persigue mediante la constitucionalización de la prerrogativa de aforamiento especial de Diputados y Senadores. Proteger la propia independencia y sosiego, tanto del órgano legislativo como del jurisdiccional, frente a potenciales presiones externas o las que pudiese ejercer el propio encausado por razón del cargo político e institucional que desempeña. La prerrogativa de aforamiento actúa, de este modo, como instrumento para la salvaguarda de la independencia institucional tanto de las Cortes Generales como del propio Poder Judicial; o dicho de otro modo, el aforamiento preserva un cierto equilibrio entre los poderes y, al propio tiempo, la resistencia más eficaz frente a la eventual trascendencia de la resolución judicial en la composición del Parlamento. Por ello, no es de extrañar que el constituyente atribuyese



expresamente el conocimiento de tales causas a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en tanto que órgano jurisdiccional superior de los que integran aquel poder del Estado (art. 123.1 C.E.)» (STC 22/1997, FJ 6)

41.- Subyace en la reforma constitucional propuesta la valoración de que la protección mediata de la independencia judicial, a través de la extensión del aforamiento, no resulta pertinente habida cuenta de la experiencia acumulada durante cuarenta años de firme vigencia de nuestro Estado social y democrático de Derecho, pues todo Juez o Tribunal que resulte competente de acuerdo con las reglas aplicables actúa con plena independencia en el ejercicio de la jurisdicción, resultando inasequibles a «potenciales presiones que pudiese ejercer el propio encausado por razón del cargo político e institucional que desempeña». Poner de manifiesto este aspecto de la reforma proyectada resulta de especial importancia para este Consejo.

42.- Siendo cierto lo que afirma el Consejo de Estado en el plano de los principios, es necesario advertir que la independencia e imparcialidad judicial está consagrada y asegurada *ex Constitutione* desde la misma fecha de su entrada en vigor y que, pese a ello, el constituyente apreció la necesidad de reforzarla creando el fuero especial para los miembros de las Cortes Generales y del Gobierno. Por eso, si, tras cuatro décadas de vigencia constitucional, ya no fuera preciso ese reforzamiento, la consecuencia lógica sería la simple y llana supresión de dicho fuero.

43.- Sin embargo, aunque es innegable que la independencia judicial es una realidad asentada sólida y efectivamente, el anteproyecto, en línea con los modelos comparados, mantiene el aforamiento funcional de aquellos, solución que este Consejo General del Poder Judicial comparte.

44.- El sentido y alcance del anteproyecto de reforma suscita una segunda consideración de orden preliminar, vinculada con la organización del Poder Judicial. La limitación funcional del aforamiento previsto constitucionalmente determinará una reducción de la competencia funcional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo como órgano de enjuiciamiento en primera y única instancia, que redundará en beneficio de la capacidad de esta Sala para desempeñar la función institucional que le es propia, esto es, establecer jurisprudencia unificando la interpretación de la Ley penal, en garantía de la igualdad de los ciudadanos en la aplicación del *ius puniendi* del Estado. Este es, como ha señalado el Tribunal Constitucional, «el cometido característico y propio de dicho Tribunal en tanto que órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo los dispuesto en materia



de garantías constitucionales (art. 123.1 CE). Cometido cifrado en la resolución a unidad del ejercicio de la jurisdicción por el conjunto orgánico de la pluralidad de los Juzgados y Tribunales en los que se estructura y organiza el Poder Judicial del Estado» (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 44). El fortalecimiento de la función nomofiláctica del Tribunal Supremo está presente en las última reformas procesales, y, por lo que hace a la Sala Segunda, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, ha venido a reconfigurar el recurso de casación con el fin de posibilitar que exista, según declara su exposición de motivos, doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en todas las materias, sustantivas, procesales y constitucionales.

II

45.- La regla de competencia territorial, objetiva y funcional establecida por los artículos 71.3 y 102.1 CE resulta, ciertamente, omnicomprensiva al tiempo que clara en sus distintos elementos. En cuanto al elemento subjetivo, la condición de Diputado, Senador o miembro del Gobierno determina la titularidad de la garantía o prerrogativa y la procedencia de la aplicación del aforamiento. En este punto debe notarse que el Reglamento del Congreso de los Diputados establece la distinción entre la condición de Diputado electo y la condición plena de Diputado (art. 22), que se proyecta sobre la titularidad de las garantías parlamentarias en el sentido de que los derechos y prerrogativas serán efectivos desde el momento mismo en que el Diputado sea proclamado electo, sin perjuicio de que, celebradas tres sesiones plenarias sin que el Diputado adquiera la condición de tal, por no cumplir los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 22, no tendrá derechos ni garantías hasta que dicha adquisición se produzca (art. 22.2 Reglamento del Congreso). El Tribunal Supremo ha establecido, en doctrina reiterada, que los diputados y senadores electos, en los términos que establecen los Reglamentos de las respectivas Cámaras, son titulares de la prerrogativa del aforamiento (ATS 1413/1989, de 1 de diciembre de 1989 [ECLI:ES:TS:1989:1413A]; ATS 2015/1993, de 15 de noviembre [ECLI:ES:TS:1993:2015A], donde se afirma: «El aforamiento alcanza a los Diputados y Senadores, aun cuando sólo tengan el carácter de electos, porque el Pueblo ya les ha designado como sus representantes más directos»).

46.- En cuanto al elemento objetivo de la regla de competencia, el Tribunal Supremo, con anterioridad a la reforma del Código Penal introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que suprimió las faltas, ha venido



interpretando sostenidamente que el aforamiento se extendía exclusivamente a la instrucción y enjuiciamiento de delitos, excluyéndose las faltas, porque «[e]n atención al principio constitucional básico de nuestro ordenamiento jurídico, que proclama la igualdad de todos los españoles ante la ley (art. 14 CE), la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que los aforamientos deben interpretarse restrictivamente y que, por ello, el término “causa” empleado en los textos legales citados, debe entenderse referido exclusivamente a las causas por delito y no a los juicios de faltas, cuya competencia corresponde a los Juzgados de instrucción» (ATS 8507/2001, de 25 de abril [ECLI:ES:TS:2001:8507A]). Por otro lado, para la activación del aforamiento, de conformidad con una doctrina reiterada, no basta la mera imputación personal, sino la existencia de indicios fundados de responsabilidad, dado que, al tratarse de una norma procesal de carácter excepcional, su interpretación y aplicación debe ser restrictiva (entre muchos otros, ATS 8019/2001, de 5 de diciembre [ECLI:ES:TS:2001:8019A]; ATS 3874/2006, de 31 de marzo [ECLI:ES:TS:2006:3874A]; ATS 4141/2009, de 7 de abril [ECLI:ES:TS:2009:4141A]). Criterio interpretativo restrictivo que ha sido considerado por el Tribunal Constitucional como no lesivo del derecho al juez predeterminado por la ley (STC 69/2001, de 17 de marzo, FJ 2).

47.- Finalmente, la regla constitucional establece la competencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para la instrucción y enjuiciamiento de las causas, lo que ha determinado la exclusión del Tribunal del Jurado en el ámbito del Tribunal Supremo para el enjuiciamiento de aforados ex artículos 71.3 y 102.1 CE. Así lo estableció el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 27 de noviembre de 1998.

48.- Las reglas de competencia introducidas por el anteproyecto de reforma reducen su extensión, pero son relativamente más imprecisas en su contenido normativo, debido a la introducción de la limitación objetiva del aforamiento mediante el concepto jurídico indeterminado, tal y como se denomina en la Propuesta del Consejo de Estado, de delitos cometidos «en el ejercicio de las funciones propias del cargo». Si bien el empleo de esta cláusula como técnica preferible a la incorporación de un catálogo cerrado de delitos se apoya en sólidos argumentos, expuestos en el dictamen de alto órgano consultivo, se abre la cuestión de si cabe la *interpositio legis* para especificar el ámbito objetivo del aforamiento, concretando los delitos respecto de los que el cargo público queda aforado a la Sala Segunda del Tribunal Supremo o si, por el contrario, nos encontramos ante una norma indisponible para el legislador, que no puede, desde luego, ampliar el aforamiento, pero tampoco restringirlo, y cuyos precisos



contornos, desde el punto de vista de la competencia objetiva, corresponderá establecerlos al órgano llamado a interpretar y aplicar la norma constitucional, esto es, la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo, sin perjuicio, en su caso, del planteamiento de recurso de amparo constitucional.

49.- Una eventual norma legal que especificara el concepto jurídico indeterminado de delitos cometidos en ejercicio de funciones propias del cargo no sería, ciertamente, una ley meramente interpretativa a los efectos de la doctrina establecida en la STC 76/1983, de 5 de agosto, y reiterada en resoluciones posteriores (SSTC 76/1988, de 26 de abril, FJ 7; 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 3, y 40/1998, de 19 de febrero, FJ 6). Este tipo de leyes se configuran como aquellas normas «cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido, entre los varios posibles, que deba atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución, pues, al reducir las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a una sola, completa de hecho la obra del poder constituyente y se sitúa funcionalmente en su mismo plano, cruzando al hacerlo la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos» (STC 76/1983, FJ 4). Sin embargo, esta doctrina de la interdicción de las leyes meramente interpretativas, o de la reserva de Constitución, en la acuñación formulada por un importante sector doctrinal, se circunscribe al ámbito del sistema constitucional de distribución de competencias y no resulta extensible a un espacio diverso de este (STC 170/2016, de 6 de octubre, FJ 6).

50.- Por ello, podría, en principio, el legislador establecer un catálogo cerrado de delitos respecto de los que sería aplicable el aforamiento o desarrollar normativamente el concepto constitucional con el fin de favorecer la seguridad jurídica en la determinación del juez competente. Ahora bien, debe ponerse de manifiesto que tal operación normativa resulta especialmente compleja por el riesgo que la especificación de la competencia objetiva incurra en exceso, ampliando el aforamiento a casos no cubiertos por la norma en una interpretación constitucionalmente adecuada, o en defecto, restringiendo el ámbito objetivo de la prerrogativa constitucional y, consecuentemente, limitando el ámbito constitucionalmente protegido del *ius in officium* de los miembros de las Cortes Generales (art. 23.2 CE) y, en todo caso, del derecho al juez predeterminado por la ley (constitucional) (art. 24.2 CE). Ya ha advertido el Tribunal Constitucional que «[l]a interpretación y aplicación legislativa de los conceptos constitucionales definidores de ámbitos de libertad o de inmunidad es tarea en extremo delicada, en la que no puede el legislador disminuir o relativizar el rigor de los enunciados constitucionales que



establecen garantías de los derechos ni crear márgenes de incertidumbre sobre su modo de afectación. Ello es no sólo inconciliable con la idea misma de garantía constitucional, sino contradictorio, incluso, con la única razón de ser -muy plausible en sí- de estas ordenaciones legales, que no es otra que la de procurar una mayor certeza y precisión en cuanto a los límites que enmarcan la actuación del poder público» (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 8). Dada la complejidad de la operación legislativa de concreción conceptual, cabe pues la posibilidad de que la aplicación de la limitación objetiva del aforamiento se realice por la jurisprudencia a partir del análisis caso a caso, lo que determinará una situación de relativa indeterminación del exacto alcance del aforamiento hasta alcanzar la estabilización de los correspondientes criterios jurisprudenciales.

III

51.- Más allá de las consideraciones anteriores, que tienen un mero carácter prospectivo y en nada empecen la corrección y oportunidad de la opción de reforma adoptada, merece considerarse el efecto que la nueva redacción de los preceptos constitucionales puede tener en la interpretación de otros elementos del aforamiento, distintos del objetivo, así como las conexiones sistemáticas que pueden establecerse con otras normas constitucionales.

52.- El énfasis de la limitación funcional del aforamiento en que se trate de conductas delictivas realizadas «en ejercicio de funciones propias del cargo» puede determinar que aquellos parlamentarios electos que no han adquirido la condición plena de miembro de la Cámara no resultaran aforados a la Sala Segunda del Tribunal Supremo durante el lapso temporal que medie entre la proclamación como electo y el momento en que reglamentariamente procede la suspensión de derechos y prerrogativas (art. 22.2 Reglamento del Congreso). De acuerdo con los reglamentos de las Cámaras sólo el Diputado o el Senador que adquieren la condición plena de tal pueden participar en el ejercicio de las funciones constitucionales de la Cámara respectiva (art. 12.2 Reglamento del Senado), de modo que el elemento objetivo de la regla de competencia (delitos cometidos en el ejercicio de las funciones propias del cargo) comporta un efecto restrictivo sobre el ámbito subjetivo de la prerrogativa, al circunscribirse a los miembros de las Cortes Generales que hayan adquirido la plena condición de representantes. Los Diputados y Senadores electos, y hasta en tanto no hayan perfeccionado su condición, gozarán en todo caso de inmunidad (art. 71.2 CE) y, en la medida en que pueda considerarse que tienen la capacidad de manifestar opiniones «en el ejercicio de sus funciones»,



también de la prerrogativa de la inviolabilidad (art. 71.1 CE), pero resultará difícil sostener que también serán titulares de la prerrogativa del aforamiento en los términos del proyectado artículo 71.3 de la Constitución.

53.- Vinculado con la anterior reflexión debe analizarse el efecto que la nueva redacción de los artículos 71.3 CE y 102.1 CE puede tener sobre la interpretación del inciso «en sus funciones» empleado en el primer precepto para delimitar el ámbito funcional de la inviolabilidad parlamentaria y en el segundo para la delimitación material de los delitos cometidos por los miembros del Gobierno respecto de los que se precisa la iniciativa acusatoria del Congreso de los Diputados.

54.- La unidad de la Constitución constituye un principio hermenéutico fundamental en la exégesis del texto constitucional. Como ha afirmado el Tribunal Constitucional, la Constitución «es un todo en el que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido en función del conjunto» (SSTC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3; 67/1984, de 7 de junio, FJ 2) de tal suerte que «la unidad de la Constitución [no] toleraría que una de sus disposiciones [...] se desvirtuase íntegramente por lo establecido en otra» (STC 137/1986, de 6 de noviembre, FJ 3). Los distintos elementos que la integran se hallan en una situación de mutua interacción y dependencia, debiendo el intérprete revelar la conexión o coherencia sistemática entre preceptos constitucionales. A la hora de establecer el sentido de unas disposiciones con respecto a las de otras debe partirse, obviamente, del igual rango de todas ellas y la necesidad de concordar en la mayor medida posible el contenido de unas y otras («interpretación integrada de los preceptos constitucionales positivos» en palabras de la STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7). Dicho esto, no cabe desconocer que el propio constituyente identificó algunas normas constitucionales, en virtud de su mayor densidad axiológica o de su condición de decisiones políticas fundamentales sobre las que descansa el edificio constitucional, a las que dio una protección reforzada a través de un plus de rigidez en el artículo 168 CE en relación, señaladamente, con el Título Preliminar y la sección primera del Capítulo II del Título I de la Constitución, equiparando la modificación de los preceptos que forman parte de los mismos a la revisión total de la Constitución. Por ello, en caso de reforma constitucional, resulta razonable sostener que la voluntad actual del poder de reforma incorporada al texto despliega una fuerza interpretativa sobre aquellos preceptos sistemáticamente conectados con la nueva disposición constitucional.

55.- A partir de lo anterior, cabe sostener que la nueva redacción del artículo 71.3 CE puede generar un efecto hermenéutico sobre el artículo



71.1 CE, cuya directa e intensa vinculación con al artículo 23.2 CE ya ha quedado subrayada, por cuanto protege el ejercicio de la función representativa y, por ende, el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de representantes que han de desempeñar dicha función en plenitud no solo en lo relativo a sus facultades conforme a lo que determinen los reglamentos parlamentarios (artículo 23.2 y 2 CE) sino, también, en lo que ahora interesa resaltar, a las garantías o prerrogativas que la misma Constitución les confiere. Pues bien, el señalado efecto hermenéutico se proyecta sobre el sentido de que el inciso «en sus funciones» quepa ser entendido como «en el ejercicio de las funciones propias del cargo». En una interpretación estrictamente gramatical ambas expresiones no son totalmente equivalentes, dado que la segunda, a diferencia de la primera, contiene un complemento predicativo con un elemento intensificador («propias») que remite como significado plausible al conjunto de facultades parlamentarias de las que sea titular el parlamentario de acuerdo con lo previsto en los Reglamentos.

56.- Una proyección interpretativa como la señalada tendría un efecto restrictivo del ámbito funcional de la inviolabilidad y vendría a corroborar la interpretación del alcance de esta prerrogativa que lo vincula al estricto ejercicio de actos parlamentarios (intervenciones en sesiones plenarias o en comisión, mesas, ponencias u otros órganos parlamentarios; escritos presentados ante las Cámaras; preguntas, interpelaciones, enmiendas, proposiciones, etc.). Esta interpretación cabe calificarla como dominante, y ha sido la acogida por nuestro Tribunal Constitucional:

«El nexo entre inviolabilidad y ejercicio de funciones propias a la condición de parlamentario está claramente expuesto por el propio art. 71. 1 de la Constitución. A no ser que la expresión «funciones» que recoge esta norma se entendiera en un sentido inespecífico (de corte sociológico y no jurídico), las mismas debieran identificarse en las que son propias del Diputado o Senador en tanto que sujetos portadores del órgano parlamentario, cuya autonomía, en definitiva, es la protegida a través de esta garantía individual. El Diputado o Senador ejercitaría, pues, sus funciones sólo en la medida en que participase en actos parlamentarios y en el seno de cualesquiera de las articulaciones orgánicas de las Cortes Generales. Que esto es así lo confirman los Reglamentos de las Cámaras, y específicamente el Reglamento del Senado (el del Congreso -art. 10- se limita a reiterar, por lo que aquí importa, la fórmula constitucional). Así, el art. 21 del Reglamento del Senado señala ya que la inviolabilidad garantizará sólo «las opiniones manifestadas en actos parlamentarios» y los «votos emitidos en el ejercicio de su cargo». (STC 51/1985, de 19 de abril, FJ 6)



57.- Junto a esta determinación de la zona de certeza positiva del concepto «sus funciones», el Alto Tribunal en la misma sentencia determina la zona de certeza negativa del mismo:

«El interés, a cuyo servicio se encuentra establecida la inviolabilidad es el de la protección de la libre discusión y decisión parlamentarias (en este sentido, Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 27 de marzo de 1975, núm. 81), decayendo tal protección cuando los actos hayan sido realizados por su autor en calidad de ciudadano (de «político» incluso), fuera del ejercicio de competencias y funciones que le pudieran corresponder como parlamentario. Así, las funciones relevantes para el art. 71.1 de la Constitución no son indiferenciadamente todas las realizadas por quien sea parlamentario, sino aquellas imputables a quien, siéndolo, actúa jurídicamente como tal.» (ibídem).

58.- Ahora bien, entre ambas zonas de certeza positiva y negativa del ámbito funcional de la inviolabilidad se abre un espacio (halo de incertidumbre), siquiera sea reducido, a las «necesarias matizaciones», en palabras del propio Tribunal, «reconociendo (como se ha hecho alguna vez en la experiencia parlamentaria extranjera) que la prerrogativa puede amparar, también, los actos «exteriores» a la vida de las Cámaras, que no sean sino reproducción literal de un acto parlamentario» (STC 51/1985, FJ 6). La relativa vaguedad del término «sus funciones», sin perjuicio de la interpretación estricta de la prerrogativa, permite introducir las modulaciones apropiadas en relación con aquellos casos que resulten dudosos.

59.- En este sentido, debe recordarse que el Tribunal Supremo ha sostenido una línea jurisprudencial favorable a un entendimiento relativamente más amplio de la inviolabilidad parlamentaria. Así, en el ATS 641/2003, 23 de enero (ECLI:ES:TS:2003:641A) se afirma:

«En cuanto al "ejercicio de sus funciones", no es cuestión pacífica tampoco, en la doctrina, la referente a la delimitación del marco espacial de las actividades propias de los parlamentarios amparadas por la prerrogativa de la inviolabilidad. Autores hay que reducen ese ámbito a las manifestaciones hechas en alguno de los actos propios de la vida parlamentaria a que ya hemos hecho referencia, y por tanto, en el interior de las respectivas Cámaras (STC 51/1985, de 10 de abril) [...] la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por su parte, con un criterio más amplio, ha declarado también que "la función parlamentaria es inseparable de la condición de Senador y



no queda reducida a la utilización de la palabra en la tribuna de oradores o desde el escaño que ocupa en el hemiciclo. La inviolabilidad se extiende también a las manifestaciones vertidas en los pasillos o dependencias de la Cámara Legislativa y no desaparece bruscamente por el hecho de traspasar el umbral del recinto parlamentario. La representación popular de la que está investido el parlamentario tiene carácter ambulatorio y acompaña a éstos donde quiera que se encuentren y ejerzan sus funciones representativas sin cortes ni intermitencias temporales" (v. auto de 6 de abril de 1995, en la Causa Especial nº 210/95).» (FJ 3).

60.- La STS 6607/2006, de 10 de noviembre (ECLI:TS:2006:6607), ha mantenido una línea jurisprudencial (reiterada entre otras por STS 2555/2015, de 2 de junio [ECLI:ES:TS:2015:2555]) en términos de interpretación estricta de la prerrogativa de la inviolabilidad, vinculándola a los «actos parlamentarios estrictamente considerados» y, específicamente, a los actos parlamentarios de naturaleza política, distinguiendo de estos los actos de orden interno de naturaleza más bien administrativa.

61.- En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha enfatizado la especial relevancia de la libertad de expresión de los parlamentarios (STEDH Castells c. España, de 23 de abril de 1992, par. 42; A c. Reino Unido, de 17 de diciembre de 2002, par. 79; Cordova c. Italia, de 30 de enero de 2003, par. 59). Y en el ámbito del Tribunal de Justicia de la Unión Europea cabe destacar la sentencia de 6 de septiembre de 2011, asunto C-163/10, Aldo Patriciello, en la que, en punto a delimitar el ámbito funcional de la inviolabilidad de los miembros del Parlamento Europeo en relación con unas declaraciones realizadas fuera de la sede parlamentaria, estableció que para determinar si una opinión expresada se enmarca en el ejercicio de funciones parlamentarias y resulta amparada por la inviolabilidad debe valorarse si dicha declaración corresponde con una apreciación subjetiva que presenta una relación directa y evidente con el ejercicio de tales funciones. Este test de la relación directa y evidente con el ejercicio de las funciones parlamentarias formulado por el Tribunal Justicia es el equivalente funcional a las "necesarias matizaciones" de nuestro Tribunal Constitucional, en la medida en que permite afrontar los casos dudosos de aplicación de la prerrogativa parlamentaria.

62.- Las anteriores consideraciones no pretenden agotar el análisis del ámbito protegido por la inviolabilidad, materia compleja y que excede del estricto objeto de este informe. Con ellas se pretende, únicamente, poner de relieve la eventual consecuencia derivada de la reforma consistente en el



potencial efecto hermenéutico que la nueva redacción del artículo 71.3 CE puede producir sobre el artículo 71.1 CE.

63.- Por otro lado, la disimilitud de las fórmulas empleadas en uno y otro precepto constitucional, de interpretarse de modo autónomo, y no recíprocamente, atendiendo la primacía del contenido normativo más reciente, podría dar lugar a que el ámbito de la competencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo establecido por el proyectado artículo 71.3 CE no fuera coextenso con el ámbito de la inviolabilidad parlamentaria reconocida en el artículo 71.1 CE. En este sentido, cabría entender que la opinión expresada por un parlamentario ha sido realizada en "en el ejercicio de sus funciones" pero no "en el ejercicio de las funciones propias del cargo", esto es, se enmarcaría en ese espacio dudoso entre el ejercicio evidente de facultades reglamentariamente previstas y la actuación claramente extra-parlamentaria. Si por razón de la competencia objetiva en los términos en que se formula el proyectado 71.3 CE, este tipo de supuestos cayeran fuera del enjuiciamiento de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, se obtendría como resultado que, fuera de la interpretación estricta de la inviolabilidad, los casos dudosos serían resueltos, inicialmente, por la jurisprudencia menor, sin perjuicio, obviamente, de la posterior unificación doctrinal por la vía de recurso y, en su caso, precisada por el Tribunal Constitucional. Con todo, resultaría claro el coste en términos de certidumbre sobre el ejercicio de la prerrogativa constitucional.

64.- Consideraciones similares sobre la interpretación de los conceptos "en el ejercicio de sus funciones" y "en el ejercicio de las funciones propias del cargo" son trasladables a lo previsto en artículo 102 CE. La limitación funcional del aforamiento del apartado 1 en los términos del anteproyecto de reforma podría tener un efecto restrictivo sobre la interpretación del alcance de "sus funciones", que emplea el apartado 2 del referido artículo, que llevara a entender que sólo cabe someter el proceso penal dirigido contra el Presidente o los miembros del Gobierno de la Nación a la condición de procedibilidad de la previa acusación del Congreso de los Diputados cuando se trate de delitos de traición o contra la seguridad del Estado cometido en el ejercicio de las funciones propias del cargo. Un entendimiento del 102.2 CE en este sentido conduciría a la conclusión de que el único delito de traición sujeto al procedimiento de acusación previa del Congreso sería el tipificado en el artículo 588 CP que tiene por sujeto activo a «los miembros del Gobierno que, sin cumplir con lo dispuesto en la Constitución, declararan la guerra o firmaran la paz».



65.- En la Propuesta de reforma del Consejo de Estado, de entre varias alternativas posibles, se ha considerado que 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 números ejemplos que ofrecen el Código Penal o la Ley Orgánica del Poder Judicial) y sobre la que versa la jurisprudencia existente». Ciertamente se trata de un concepto jurídicamente asequible, y empleado por nuestras leyes (art. 550.1 segundo párrafo CP; arts. 492.4, 495.1.a, 504.2.b, 521.3.B LOPJ, que hablan de las funciones propias de los Cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia). En el entendimiento del propio alto órgano consultivo se trataría de «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».

66.- Sin perjuicio de ello, las expuestas eventualidades interpretativas que pudiera desencadenar la redacción de los artículos 71.3 y 102.3 de la Constitución en los términos formulados en el anteproyecto de reforma, tal vez, pudieran orillarse, de estimarse dignas de consideración las reflexiones formuladas, introduciendo la limitación objetiva de los aforamientos previstos en sendos preceptos constitucionales mediante la misma fórmula empleada por la propia disposición constitucional, esto es, «delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones».

IV

67.- La exposición de motivos del anteproyecto de reforma señala que «[e]sta reforma constitucional pretende ser el primer paso de un proceso más amplio que lleve a la revisión de aforamientos previstos en múltiples normas de los ordenamientos estatal y autonómicos», de modo que la voluntad de reforma en materia de aforamientos no se agota en la modificación limitativa de los constitucionalmente previstos, sino que habrá de desarrollarse mediante las oportunas reformas legales y estatutarias.

68.- Según se ha indicado en este informe, pudiera considerarse que como sedes materiae adecuada para proyectar general y homogéneamente la limitación del aforamiento de manera simultánea e inmediata a todos los supuestos que pudiera contemplar el ordenamiento fuera el artículo 24.2 de la Constitución, añadiéndose un inciso en este sentido al reconocimiento del derecho al juez predeterminado por la Ley; planteamiento no considerado por el constituyente y, que en todo caso, implicaría cumplir con las



especiales exigencias de rigidez constitucional del artículo 168 CE. Más allá de esta hipótesis y de la alternativa que hemos calificado de un tanto forzada de modificar los artículos 123 y 152.1, segundo párrafo, CE, en relación con la limitación funcional de los aforamientos previstos en el artículo 57.1. 2º y 3º LOPJ no cabe sino suscribir plenamente las reflexiones del Consejo de Estado sobre este punto contenidas en su Propuesta. En la medida en que este precepto de la LOPJ conforma la predeterminación normativa a los efectos del derecho al juez legal (art. 24.2 CE) no resultaría jurídicamente viable incorporar la limitación funcional prevista en los artículos 71.3 y 102.1 CE en la redacción proyectada a través de un interpretación conforme del artículo 57.2 y 3 LOPJ para aquellos cargos públicos distintos de los directamente concernidos por los aforamientos constitucionales, por cuanto constituiría una limitación del derecho fundamental al juez predeterminado por la Ley.

69.- Por ello, si, en línea con lo propuesto por el Consejo de Estado, se considerara pertinente la tramitación simultánea a la Reforma de la Constitución de una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de todas aquellas otras que establecen el aforamiento que introduzca en los apartados 2º y 3º del artículo 57.1 una limitación objetiva de los contemplados en ellos equivalente en la que contenida en el anteproyecto de reforma respecto de los artículos 71.3 y 102.1 CE, este Consejo General del Poder Judicial manifestaría su parecer cuando se le remitan a informe, siendo prematuro en estos momentos avanzar una opinión sobre iniciativas que todavía no se han concretado en un texto que se haya puesto en su conocimiento.

70.- Del mismo modo, este órgano constitucional suscribe las consideraciones efectuadas por el Consejo de Estado respecto del desarrollo legislativo de los aspectos procesales implicados por la reforma, de entre los que, cabe señalar, tiene especial relevancia el establecimiento de las reglas apropiadas de conexidad entre delitos cometidos por el mismo sujeto que sean objeto del fuero especial y que resulten excluidos del mismo, así como la clarificación de las reglas para los casos en que concurran en un mismo procedimiento sujetos aforados y no aforados; determinación normativa esta para la que resulta relevante la doctrina establecida en distintas resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (ATS 8514/2009, de 23 de junio [ECLI:ES:TS:2009:8514A]; ATS 8248/2014, de 13 de noviembre [ECLI:ES:TS:2014:8248A]; ATS 4920/2016, de 25 de mayo [ECLI:ES:TS:2016:4920A]) conforme a la cual, y con base en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no cabe privar del juez legal a un no aforado si la regla de conexidad que determina la



competencia del Tribunal al que está aforado el cargo público no es suficientemente precisa.

71.- En relación con la extensión de la limitación objetiva a los aforamientos previstos en los Estatutos de Autonomía, en la Propuesta de reforma del Consejo de Estado se señalan dos posibles vías. Por un lado, se indica la conveniencia de afrontar el proceso de reformas estatutarias con el fin de incorporar esa limitación objetiva del aforamiento, como límite máximo de la prerrogativa a través de un pacto entre los agentes políticos con el fin de dar coherencia al resultado, sin perjuicio de preservar la autonomía organizativa de las Comunidades Autónomas que opten por su total supresión (como es el caso de la Comunidad Autónoma de Canarias tras la reforma de su Estatuto de Autonomía introducida por la Ley Orgánica 1/2018, de 15 de noviembre). Por otro lado, como segunda opción, se señala la posibilidad de incorporar un precepto constitucional que extendiera el criterio de restricción de los aforamientos introducido en los artículos 71.3 y 102.1 CE a los cargos públicos autonómicos a partir de la cual, en virtud de la interpretación conforme a la Constitución de la normas estatutarias, se podría alcanzar de manera más inmediata la deseable coherencia en las previsiones del bloque de constitucionalidad.

72.- El anteproyecto de reforma se limita a la modificación de los tantas veces referidos artículos 71.3 y 102.1 de la Constitución, sin extenderse más allá. En este sentido, cabe remitirse a las fundadas apreciaciones contenidas en la Propuesta del Consejo de Estado.

73.- Finalmente, las disposiciones transitoria única, adicional única y final única que integran el instrumento de reforma resultan técnicamente irreprochables.

Es cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.

Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extiendo y firmo la presente en Madrid a 20 de diciembre de 2018

Joaquín Vives de la Cortada Ferrer-Calbetó
Secretario General