

EL AFORAMIENTO DE LOS CARGOS PÚBLICOS. DERECHO ESPAÑOL Y DERECHO COMPARADO¹

MARÍA LUZ MARTÍNEZ ALARCÓN

Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO

- I. El debate sobre el aforamiento en España.
- II. El aforamiento del Jefe del Estado y de los titulares de cargos políticos, directa o indirectamente representativos, en el derecho constitucional europeo.
- III. El aforamiento en el ordenamiento jurídico español. Las finalidades del aforamiento en España que afecta a los titulares de cargos políticos, directa o indirectamente representativos.

I. EL DEBATE SOBRE EL AFORAMIENTO EN ESPAÑA

En el derecho constitucional comparado actual, los responsables políticos suelen gozar de un estatuto jurídico particular que pretende preservar la autonomía en el ejercicio de sus funciones y el libre desarrollo de sus atribuciones, y, en última instancia, que la institución a la que aparecen adscritos pueda desempeñar las tareas que le son propias. Este particular estatuto jurídico se concreta, entre otras cosas, en la previsión de ciertas especialidades (prerrogativas) en lo que hace a la exigencia de su responsabilidad jurídica que suponen una excepción en la aplicación del principio de igualdad ante la ley pero que se justifican porque, con ellas, en principio, se pretende garantizar el funcionamiento regular de las instituciones del Estado.

¹ El presente trabajo es, en parte, el resultado de una estancia de investigación realizada en la Universidad del Sannio (Italia) durante los meses julio, agosto y septiembre de 2014.

Sin embargo, son muchos los ejemplos en nuestro país —pero también fuera del mismo²— de abuso en el uso de dichas prerrogativas por parte de sus titulares, estrechamente vinculados a los partidos políticos, provocando una instrumentalización de las mismas dirigida a controlar el engranaje diseñado para exigir responsabilidades jurídicas, y, de esta forma, alcanzar la impunidad y la posibilidad de continuar ligados al poder. Así pues, también en el ámbito de la rendición de cuentas, se ha constatado la tendencia al desplazamiento de los objetivos institucionales originarios y lícitos dispuestos al efecto por otros espurios al servicio de las élites políticas (aunque se debe apuntar que los ordenamientos, a través de las correspondientes reformas, y los tribunales, y en este punto habría que destacar la labor desarrollada por los tribunales que desempeñan funciones constitucionales, han pretendido frenar tal instrumentalización, si bien habitualmente en situaciones de usos escandalosamente abusivos de las prerrogativas y en ocasiones de déficits de legitimación del sistema tan difícilmente soportables que convierten en ineludible la adopción de algún tipo de medida al respecto).

Entre las prerrogativas, que suponen, todas ellas, derogaciones particulares al Derecho común, existe una, el aforamiento, que ha recibido poca atención por parte de la doctrina especializada. El aforamiento constituye una especialidad procesal que consiste en una alteración de la regla general de atribución de la competencia objetiva atendiendo a la cualidad del sujeto encausado (se trata de una afectación al principio de igualdad ante la ley *ratione personae*). Con él, se atribuye la inculpación, procesamiento, juicio y adopción de medidas procesales pertinentes sobre determinados asuntos jurídicos que afectan a determinadas personas que desempeñan funciones consideradas de gran responsabilidad y relevancia a un órgano diferente de aquél que de ordinario ha de resolver dichos asuntos. Es una prerrogativa, como ha afirmado el Tribunal Constitucional, que no vulnera, sino que incide en el derecho fundamental al juez predeterminado por la ley del artículo 24.2 de la Constitución española en la medida en que a su través se predetermina normativamente el órgano competente para conocer determinadas causas contra determinadas personas, causas que no serían de su competencia atendiendo al derecho procesal común.

En España, esta competencia especial siempre se atribuye a un tribunal «superior» (Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales), aunque, básicamente pensando en los titulares de cargos de naturaleza

2 VOLPI sostiene que el ámbito de las inmunidades (en el sentido de prerrogativas) es más restrictivo en los países de *common law* que en los países de *civil law*. Y lo explica en base a tres razones: porque en los países de *common law* se afirmó antes la independencia de la magistratura (en los países de *civil law* la justicia estuvo durante mucho más tiempo sometida al monarca); porque en los ordenamientos anglosajones se ha impuesto una concepción «fuerte» de la necesidad de limitar los poderes (adopción del *checks and balances*); porque el mundo anglosajón se caracteriza por asumir las reglas de la ética pública en el ejercicio de los cargos políticos, que determinan la dimisión del cargo del titular sospechoso de comportamientos no penalmente relevantes pero considerados no convenientes o penalmente reprobables; VOLPI, M., «Le immunità della politica negli ordinamenti democratici», *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, fasc. 3, 2005, p. 1168.

política, también se puede atribuir a otros órganos como al Tribunal Constitucional o a órganos creados *ad hoc* para desempeñar estas funciones que se caracterizan por composiciones especiales en las que habitualmente se integra una cuota de miembros de designación política. Además, hemos articulado el aforamiento de forma excesivamente generosa, por una parte, extendiéndolo al ámbito civil por vía de Ley Orgánica con relación a determinados aforados (cuando la Constitución se refiere exclusivamente al ámbito penal), y por otra, aplicándolo, también en el caso de ciertos aforados y en el marco exclusivamente penal, tanto con respecto a actividades relacionadas con el ejercicio del cargo como con respecto a actividades ajenas al ejercicio del cargo, es decir, en el supuesto de actuaciones de naturaleza exclusivamente privada. Asimismo, el número de aforados que prevé el texto constitucional español (parlamentarios —Diputados y Senadores—, Presidente del Gobierno y demás miembros del Gobierno —a día de hoy, Vicepresidente o Vicepresidentes del Gobierno, en su caso, y Ministros—) se ha ampliado significativamente a través de diferentes normas de rango infraconstitucional. Es decir, el desarrollo de la institución se ha producido en términos expansivos concretándose en una sucesiva ampliación del inicial ámbito de protección constitucionalmente establecido y, por ello, no es extraño que se discuta sobre lo que, para algunos, puede constituir un nuevo ejemplo de instrumentalización al servicio de las élites políticas.

Precisamente, el debate más reciente sobre el aforamiento procesal en nuestro país se centra en el aspecto cuantitativo del asunto, pues se arremete principalmente contra un número de aforados que se califica de excesivo y extravagante por comparación a lo que sucede en otros Estados constitucionales³, aunque,

3 En todo caso, la discusión sobre el número de aforados en España no es nueva. El asunto se planteó ya en el año 1995, cuando el Gobierno de aquella etapa intentó incluir a los Secretarios de Estado en el Gobierno de la nación a través de la aprobación de la Ley del Gobierno. Ello hubiera supuesto extender el aforamiento a los mismos. También, parece, se pretendía extender el alcance temporal del aforamiento para los miembros del Gobierno una vez cesados en el cargo. El intento, finalmente frustrado, suscitó una fuerte polémica sobre la existencia de dicha prerrogativa, sus razones y sus límites. El debate del día 30 de marzo de 1995 sobre la pregunta oral formulada en el Congreso se puede consultar en DS. Congreso de los Diputados. Núm. 488 de 09/05/1995, p. 14834. La dialéctica se ha retomado en estos dos últimos años. En junio del año dos mil trece, el Grupo Parlamentario de Unión, Progreso y Democracia (UPyD) presentó en el Congreso de los Diputados una moción en la que instaba al Gobierno a eliminar, en un futuro proceso de revisión constitucional, «los supuestos de aforamiento previstos en la Constitución, sometiendo a revisión en su conjunto todas las prerrogativas parlamentarias». Además, solicitó al Ejecutivo el impulso de «las reformas legales necesarias a fin de suprimir, en el ámbito de sus competencias, todos y cada uno de los supuestos de aforamiento que han proliferado en distintas leyes»; *Moción consecuencia de interpelación urgente sobre propósitos del Gobierno en relación a las reformas legales necesarias a fin de eliminar supuestos de aforamiento y otros privilegios procesales de políticos y cargos públicos* (BOCG. Congreso de los Diputados. Núm. 297 de 26/06/2013, p. 57). De un total de 301 votos emitidos, la moción se rechazó por 184 votos en contra, 19 votos a favor y 98 abstenciones. Ese mismo año, UPyD instó una Proposición de Ley en la Asamblea de Madrid que se debatió en su Pleno el día nueve de octubre solicitando la ejecución de reformas legales necesarias para suprimir todos los casos de aforamiento en la correspondiente Comunidad Autónoma. El Partido Popular se quedó solo en el Pleno de la Asamblea de Madrid en su defensa de la condición de aforados del Presidente de la Comunidad, los Consejeros de su equipo de Gobierno y los diputados regionales autonómicos. La Proposición no de Ley de UPyD fue

naturalmente, al calor de la discusión de naturaleza aparentemente solo cuantitativa, subyacen problemas de índole cualitativa de diverso alcance sobre los que ya existen significativos estudios doctrinales y muchísimas decisiones judiciales. En nuestro país, todos, salvo *rara avis*, coinciden en señalar que los datos sobre el número de aforados no resultan presentables en pleno siglo XXI y que es precisa una reducción sustancial de los supuestos. Los medios de comunicación han publicado numerosas opiniones sobre el asunto, casi todas en la línea de pedir la reducción de nuestro número de aforados. En el mismo sentido se han manifestado instituciones como el Consejo General del Poder Judicial a través de su labor de informe al Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En concreto, el informe del órgano de gobierno del Poder Judicial al Anteproyecto mencionado considera que el aforamiento «puede significar una afectación del principio de igualdad procesal, al extenderse más allá de los casos previstos por la Constitución y vinculados al principio de inmunidad» y resalta «la necesidad de su limitación *ad personam*»⁴. Incluso, el Tribunal Supremo, en una reciente sentencia de su Sala de lo Penal, ha denunciado sutilmente nuestro elevado número de aforados señalando que «la *necesaria* reducción de aforamientos que existe en el ordenamiento jurídico solo puede resolverse desde la necesaria reforma legislativa residenciada en el Legislativo»⁵. Asimismo, todas las fuerzas políticas han coincidido en que es precisa una importante revisión de la materia.

De hecho, esta polémica —así como posiblemente los pobres resultados obtenidos por el Gobierno en las elecciones europeas de mayo de 2014 y la irrupción de *Podemos* en la escena política— empujó finalmente a su Presidente

secundada por el PSM e IU, contó con 52 votos a favor y 67 en contra de los 119 parlamentarios presentes (pero el PP recordó al PSOE que había votado en contra de una propuesta similar de UPyD en el Congreso de los Diputados ese mismo año). Con todo, la cuestión ha adquirido mayor notoriedad en el año dos mil catorce, con ocasión de la abdicación de d. Juan Carlos I y de la aprobación de ciertos aforamientos con relación a determinados miembros de la Casa Real y del propio Rey abdicado.

4 Este informe se aprobó el 27 de junio de 2014 por 13 votos a favor y 7 votos en contra. Se puede consultar en el sitio web del Consejo General del Poder Judicial (http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_del_Poder_Judicial).

5 La cursiva es añadida. Se trata de la reciente sentencia de la Sala de lo Penal, Sección primera, del Tribunal Supremo de 3 de junio, de 2014, de la que ha sido ponente el magistrado d. Joaquín Giménez García (STS 2326/2014). Tiene por objeto una cuestión de competencia. Había que decidir si unos agentes de la Guardia Civil juzgados por delito doloso —estando de servicio, habían simulado un accidente colisionando con otro vehículo para autolesionarse y conseguir la baja en el servicio— debían haber sido procesados por la Audiencia Provincial o por un Juzgado de lo Penal. El Tribunal Supremo, tras criticar el excesivo número de aforados, señala, sin embargo, que los jueces están obligados a aplicar la ley hasta que ésta se reforme. Y resuelve que a estos guardias civiles debe juzgarlos la Audiencia Provincial como aforados. La sentencia argumenta que los hechos se cometieron «cuando los agentes se hallaban en el ejercicio de sus funciones, de uniforme y patrullando en un vehículo oficial»; es decir, cuando «formalmente estaban desempeñando sus funciones oficiales». La resolución añade que el aforamiento «tiene un carácter de privilegio» y no debe ser objeto de una interpretación extensiva, pero que los jueces tampoco lo pueden interpretar de forma tan restrictiva que vacíen de contenido la ley.

a anunciar, terminando junio de dos mil catorce, un plan de regeneración, de mejora, de la calidad democrática de las instituciones para la segunda parte de esta legislatura, que incluiría una disminución del número de personas con derecho a fuero judicial. Por vez primera, el presidente Rajoy admitió la posibilidad de abrir un debate sobre la reducción de la cifra de aforados. Con anterioridad había desoído toda propuesta realizada en tal sentido e, incluso, la intención del Gobierno no iba en la dirección de restringirlo sino de ampliarlo como se puede comprobar teniendo en cuenta la dispuesto en el inicial Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial y las objeciones formuladas por el informe Consejo General del Poder Judicial mencionado.

En esta dirección, en agosto de dos mil catorce, se publicó una entrevista con el entonces Ministro de Justicia (Alberto Ruiz-Gallardón) en la que defendía una propuesta de reducción de la cifra de 17.621 aforados a 22 (no porque considerara la institución un privilegio sino porque la ciudadanía la percibía como tal y resultaba preciso poner remedio a dicha situación). Tras las reformas, los únicos aforamientos que deberían subsistir serían, aparte de los que afectan a la Familia Real, los de los titulares de los poderes del Estado (presidente del Gobierno, presidentes del Congreso y del Senado, presidente del Tribunal Constitucional y presidente del Tribunal Supremo) más los de los diecisiete presidentes de las Comunidades Autónomas. Inmediatamente después, la Vicepresidenta del Gobierno, el 29 de agosto del mismo año, comunicó a los medios de comunicación la posición favorable del Gobierno de plantear un pacto político con el objeto de reducir de esta forma tan sustancial el número de aforados en nuestro país (no sin reconocer la dificultad de llegar a buen puerto habida cuenta de que la supresión de determinados aforamientos exige una modificación de la Constitución española y de los Estatutos de Autonomía). En ese momento, la medida contaba con el respaldo del PSOE y también de otras formaciones políticas, alguna de las cuales, como por ejemplo IU, resaltaron que el cambio del Ejecutivo del PP en el asunto había sido el fruto de meses de presión social y de la presión de otras formaciones políticas que ya habían planteado previamente propuestas en esta línea.

Poco tiempo más tarde, sin embargo, parecía que el Gobierno había repensado el asunto al anunciar que la reforma del aforamiento iba a afectar básicamente a los miembros de la Carrera Judicial y Fiscal (aunque también, parecía, se iba a proponer una supresión del aforamiento de altas autoridades del Estado tales como el Defensor del Pueblo, el presidente y los consejeros del Consejo de Estado y el presidente y los consejeros del Tribunal de Cuentas). El anuncio suscitó, de forma inmediata, la reacción en contra de todas nuestras asociaciones judiciales. Se ponía así de manifiesto que la discrepancia emerge, inevitablemente, cuando se trata de concretar en qué va a consistir y a quién va a afectar el recorte. Y lo cierto es que, a tenor de la situación actual, tampoco en esta ocasión saldrá adelante en nuestro país una reforma del número de aforados

y/o del alcance del aforamiento (al menos, no en lo que queda de legislatura). Escollos jurídicos (relativos a la dificultad de reformar la Constitución y/o los Estatutos de Autonomía), políticos (la dimisión del Ministro de Justicia a finales de septiembre de dos mil catorce que aparcó temporalmente la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y las oposiciones que presumiblemente recibirá una propuesta como ésta por parte de los colectivos afectados) y temporales (problemas de plazo para aprobar la reforma antes de concluir la legislatura) anunciaban que el cambio en esta materia podía resultar ser extremadamente complicado y complejo. Pero, en este sentido, ha resultado decisivo el hecho de que el Gobierno haya decidido finalmente no incluir la reforma de los aforamientos en el Proyecto de Ley de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobado.

Mientras tanto, se continúa insistiendo en que España representa una excepción en este ámbito y que resulta preciso homologarnos con el derecho constitucional comparado reduciendo de manera sustancial nuestro número de aforados. Resulta por ello interesante realizar un análisis sobre el aforamiento más allá de nuestras fronteras. Y éste será el primer objetivo de este texto, que circunscribirá el estudio a la situación del aforamiento de determinados titulares de cargos de naturaleza política (Jefe del Estado, miembros del Gobierno y parlamentarios). Ahora bien, debemos ser conscientes de que el recurso al derecho comparado, sin duda de utilidad, no puede servir como coartada para escorar un elemento nuclear si queremos garantizar el acierto de la decisión sobre qué hacer con el aforamiento en nuestro país. En efecto, respuestas aceptables en la materia requieren tomar en consideración los fines pretendidos por el instituto y la relación de causalidad y proporcionalidad existente entre la previsión del aforamiento y la consecución de dichos fines en el marco político, institucional y social del país de referencia en el que se inserta. Porque, como dijera PIZZORUSSO, «valorar si existen o no condiciones de hecho que hagan necesarias medidas de este tipo [se refiere a las inmunidades en sentido amplio], es cosa que no puede hacerse en abstracto, sobre la base de datos exclusivamente jurídicos, sino que requiere investigaciones caso por caso, país por país, momento histórico por momento histórico, en relación con cada realidad político-social particular. La investigación jurídica, y en especial, la comparación de los distintos sistemas empleados en el presente y en el pasado, puede suministrar algún apoyo para tales valoraciones, mas no puede por cierto alcanzar por sí sola soluciones válidas para todo tiempo y lugar»⁶. En esta línea, y aunque este artículo no agota el problema, se introduce un epígrafe que aborda la cuestión relativa a la *ratio*, al fundamento de esta prerrogativa en España.

6 PIZZORUSSO, A., «Las inmunidades parlamentarias. Un enfoque comparatista», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 2, 1984, p. 50.

II. EL AFORAMIENTO DEL JEFE DEL ESTADO Y DE LOS TITULARES DE CARGOS POLÍTICOS, DIRECTA O INDIRECTAMENTE REPRESENTATIVOS, EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

1. El aforamiento del Jefe del Estado

A) *La responsabilidad del Jefe del Estado*

La exigencia de responsabilidad jurídica al titular de la Jefatura del Estado se suele rodear de una serie de prerrogativas que se explican en atención a la necesidad de garantizar el funcionamiento regular de la institución que ocupa el vértice del Estado. Así, un procesamiento penal contra un Presidente de la República se puede posponer hasta que se produzca el cese en el cargo, o puede venir precedido por un procedimiento especial de acusación y una intervención previa de autorización parlamentaria. O, por lo que aquí interesa, se pueden establecer excepciones a las reglas generales del derecho procesal común en cuanto a la atribución de la competencia para instruir y dirimir el caso (aforamientos); naturalmente, allí donde la exigencia de responsabilidades jurídicas al Jefe del Estado resulte posible.

Porque hay que tener en cuenta que las consecuencias jurídicas por el desempeño del cargo se articulan de forma diferente según la Jefatura del Estado corresponda a un Monarca (la única representación compatible de la Corona con la democracia es la de la «monarquía parlamentaria» en la que el Rey ha perdido cualquier poder de *indirizzo politico*), o a un Presidente de una República (teniendo presente, además, que a las diferentes representaciones de la República —parlamentaria, presidencial y semipresidencial— también corresponden consecuencias jurídicas diversas para el titular de la Jefatura del Estado).

La regla en los modelos de monarquía parlamentaria es la de la irresponsabilidad del Rey o de la Reina tanto por los actos realizados con ocasión del ejercicio de funciones propias del cargo —en estos casos, lo que realmente ha sucedido es que el Rey ha pasado a desempeñar exclusivamente funciones de arbitraje y representación y su responsabilidad se ha trasladado al sujeto refrendante—, como por los actos ajenos al ejercicio del cargo, es decir, por actos de naturaleza privada⁷ (una situación esta última cuando menos discutible⁸). Ahora bien, cuando el

7 Esta irresponsabilidad plena referida a la persona del monarca se concreta en los artículos 13 de la Constitución de Dinamarca, 88 de la Constitución de Bélgica, 42.2 de la Constitución de los Países Bajos, 4 de la Constitución de Luxemburgo, 7 de la Constitución de Suecia, 5 de la Constitución de Noruega y 56.2 de la Constitución española. Sobre el asunto específico de la irresponsabilidad del Rey se puede consultar FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C., «La irresponsabilidad del rey: evolución histórica y regulación actual», *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998.

8 En cuanto a la irresponsabilidad jurídica del Rey por actos de carácter personal se ha dicho que constituye «una brecha en el Estado de Derecho que solo puede ser contrarrestada en un nivel político por un

Rey-Jefe del Estado cesa en su cargo deja igualmente de ser irresponsable y, a partir de ese momento, es posible exigirle responsabilidad jurídica perdiendo, en principio, las prerrogativas que lo acompañaron durante el cargo. Por eso ha llamado particularmente la atención la reciente modificación legislativa producida en España que ha concluido con el aforamiento de determinados miembros de la Casa Real y del propio Rey abdicado, a través de un procedimiento que ha sido criticado por precipitado, por levantar sospechas y desconfanzas entre los ciudadanos y por resultar poco acorde con las reglas propias de la buena técnica legislativa y con el debate que debe preceder con carácter general la toma de decisiones en el Parlamento⁹.

Mientras, la posibilidad de exigir responsabilidad jurídica al Presidente de una República por actos realizados con ocasión del ejercicio de las funciones propias del cargo podrá alcanzar mayor o menor intensidad en función de si se trata de una República parlamentaria (en las que el rol del Presidente se asemeja al de la Jefatura del Estado en una monarquía parlamentaria), de una República presidencial o de una República semipresidencial. En algunos casos, las Constituciones recogen —explícita o implícitamente a través fundamentalmente de la previsión de la institución del refrendo— la irresponsabilidad del Presidente de la República por actos cometidos en el ejercicio de sus funciones, que, de forma similar a lo que sucede con la irresponsabilidad del monarca, constituye una contrapartida por el poder *supra partes* asumido por la Jefatura del Estado en las formas de gobierno parlamentarias en las que ha pasado a desempeñar funciones de representación y arbitraje. Esta previsión es frecuente en los ordenamientos cons-

compromiso de ejemplaridad del Jefe del Estado»; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., en la voz «Rey», *Enciclopedia Jurídica Básica*, ed. Cívitas, Madrid 1995, Tomo IV. Entre los autores que critican la ausencia de responsabilidad del Monarca por actos de naturaleza privada se puede consultar, a título de ejemplo, a SERRA CRISTÓBAL, R., «Las responsabilidades de un Jefe del Estado», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 115, enero-marzo 2000, p. 181. Esta autora considera que no existe razón para eximir de responsabilidad penal a una persona que ha cometido un acto contrario al ordenamiento jurídico y previsiblemente tipificado como delito simplemente por su cargo. Este tipo de irresponsabilidad es, a su juicio, anacrónica y resulta contraria a las exigencias de igualdad del actual Estado de Derecho.

9 Ya antes de conocerse la abdicación del monarca d. Juan Carlos I, se había incluido el aforamiento ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de los Príncipes de Asturias y de la Reina Sofía en el Anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pero, tras la abdicación del Rey y la pérdida de la protección que le confería la Constitución como Jefe del Estado —inviolabilidad e irresponsabilidad—, se planteó también la conveniencia de aforarlo ante el Tribunal Supremo. Algo que finalmente el Gobierno ha llevado a la práctica a través de un cauce muy criticado, introduciendo una enmienda al Proyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa por las que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, esto es, en una norma cuyo contenido, *a priori*, nada tenía que ver con el aforamiento. Tras su aprobación, la Ley Orgánica 4/2014, de 11 de julio, complementaria de la Ley de Racionalidad del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa por la que se reforma la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha conferido un fuero total, penal y civil, ante la Sala segunda del Tribunal Supremo, a la Reina consorte y el consorte de la Reina, la Princesa o Príncipe de Asturias y su consorte, y al Rey o Reina que hubiese abdicado y su consorte. El fuero civil parece extenderse a los asuntos privados. La norma se puede consultar en el BOE núm. 169, de 12 de julio de 2014.

titucionales europeos¹⁰. En todo caso, muchos textos constitucionales, incluso aquellos que establecen la irresponsabilidad del Presidente de la República, prevén procedimientos especiales con el objeto de garantizar la rendición de cuentas por comportamientos especialmente graves en los que haya podido incurrir el titular de la Jefatura del Estado con ocasión del desempeño de su cargo (eso sí, algunos de estos procedimientos están diseñados para provocar, exclusivamente, la remoción anticipada del titular del cargo y así no es posible hablar, en dichos casos, de auténticas situaciones de aforamiento).

Por otro lado, la regla general es la plena responsabilidad del Presidente de la República frente a la justicia ordinaria cuando se trata de la comisión de actos ajenos al ejercicio de las funciones propias del cargo. Si bien, también con relación a estos actos, es habitual que se prevean determinadas prerrogativas al respecto, entre las más habituales, la exclusión de la acción de la justicia durante el mandato¹¹. En dicho supuesto, parece lícito interrogarse sobre la adecuación de dicha prerrogativa (exclusión de la acción judicial durante el mandato) para conseguir el objetivo pretendido cuando el Presidente sea sospechoso de haber cometido delitos graves, con la consiguiente deslegitimación de su figura y la pérdida de *autoritas* necesaria para poder desempeñar con efectividad sus atribuciones¹².

10 La irresponsabilidad del Jefe del Estado se prevé explícitamente en los artículos 67 de la Constitución francesa, 90.1 de la Constitución italiana, 49.1 de la Constitución griega, 54.3 de la Constitución de la República checa, 31/A.1 de la Constitución de Hungría, 103.1 de la Constitución de Bulgaria, 53 de la Constitución de Letonia. Implícitamente se puede encontrar en los artículos 58 de la Ley Fundamental de Bonn o 67.2 de la Constitución austriaca. Hay que destacar que, en el caso del vecino galo existe actualmente un Proyecto de Ley constitucional relativa a la responsabilidad judicial del Presidente de la República y de los miembros del Gobierno que, en lo que hace a la responsabilidad de la Jefatura del Estado, pretende acabar con su irresponsabilidad civil y someterlo, en lo relativo a la exigencia de este tipo de responsabilidad, a las condiciones del Derecho común después de la autorización de la *commission de requêtes* a la que se refiere el artículo 68-1 del texto constitucional francés. Se trata del *Projet de loi constitutionnelle relatif à la responsabilité juridictionnelle du Président de la République et des membres du Gouvernement*, n° 816, *déposé le 14 mars 2013*. Y es que, aun reconociéndose que resulta necesario prever algunas especialidades con relación a la responsabilidad y su exigencia cuando ésta afecta al Jefe del Estado (para garantizar el funcionamiento regular de dicha institución y proteger la dignidad del cargo), en Francia parece considerarse, en la actualidad, que la inmunidad del Presidente francés en el ámbito civil, en la medida en que la instancia civil afecta a intereses puramente privados, resulta desproporcionada con relación a los objetivos perseguidos y supone una afectación excesiva e innecesaria en los derechos de terceros (aunque no se prevén cambios con relación a aquellas acciones civiles que presenten una naturaleza tal que comprometan el cumplimiento del cargo o atenten a la dignidad de su función).

11 Véase, por ejemplo, los artículos 130.4 de la Constitución portuguesa, 67 de la Constitución francesa, 49.1 de la Constitución griega, 32.2 de la Constitución húngara, 103.4 de la Constitución búlgara.

12 En tal hipótesis se sostiene que el Jefe del Estado debería dimitir del cargo, VOLPI, M., «Le immunità della politica negli ordinamenti...», ob. cit., pp. 1174-1175. La exclusión de la acción judicial en el curso del mandato, en materia penal, se ha discutido con vehemencia tanto en Francia como en Italia (donde las Constituciones originales no decían nada al respecto). En Francia, la exclusión de la acción judicial por actos extrafuncionales mientras el cargo estuviera vigente se afirmó a nivel jurisprudencial por las decisiones del Consejo Constitucional de 22 de enero de 1999 n. 98-408 y de 10 de octubre de 2001, n. 481. Finalmente, se modificó el artículo 67 del texto constitucional francés excluyendo la acción judicial contra el Presidente de la República por actos extrafuncionales mientras se prolongue su mandato. En Italia se aprobaron las Leyes n. 140 del año 2003, y n. 124 del año 2008, que excluían la acción de la justicia por delitos extrafuncionales del Presidente del Consejo durante su mandato —incluso con respecto a delitos anteriores al cargo—.

B) *El aforamiento del Jefe del Estado*

En los países de nuestro entorno de tradición jurídica similar a la nuestra, si bien articulados como repúblicas parlamentarias o semipresidenciales, se prevén unos mecanismos especiales destinados a garantizar la rendición de cuentas por parte del Jefe del Estado por hechos especialmente graves que tienen que ver, básicamente, con actuaciones contrarias al orden constitucional o que constituyen un incumplimiento grave de los deberes del cargo, cuya decisión final se atribuye al Parlamento (Francia), al Tribunal Constitucional (Alemania, Italia, Austria) o a órganos especiales instituidos al efecto (Polonia, Grecia, Finlandia). Se trata de procedimientos especiales que tienen su origen en el instituto inglés del *impeachment* pero que tras un proceso evolutivo presentan —allí donde se conservan, además con distintas fisonomías— diferencias sustanciales respecto a su precedente en cuanto a sus objetivos y contenido¹³.

En cuanto a sus objetivos, porque mientras que el *impeachment* inglés surgió para garantizar la responsabilidad de los ministros por la comisión de determinados actos criminales considerados especialmente graves (*treason, felony, high crimes other misdemeanours*)¹⁴, el instituto evolucionado en los países europeos que todavía

Estas previsiones fueron declaradas inconstitucionales, respectivamente, por las sentencias de la Corte Constitucional italiana n. 24 de 20 de enero de 2004, y n. 212 del año 2009, y así, hoy en Italia, se permite la acción de la justicia durante el mandato del Presidente por presuntos actos criminales ajenos al ejercicio de su función; al respecto puede consultarse CARLASSARE, L., «La riservatezza di Presidente fra ragioni del caso e salvaguardia dei principi», *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 1, 2013, p. 61. Por su parte, la sentencia de la Corte Constitucional n. 154, de 24 de mayo de 2004 (caso Cossiga) subraya la posibilidad de proceder en sede civil por actos extrafuncionales del Presidente de la República durante su mandato; *ibidem*, pp. 1175-1176. Sobre el caso Cossiga D'ANDREA, A., «L'irresponsabilità del Capo dello Stato non è pari all'indisicabilità dei parlamentari: la Corte «distingue» e rilancia l'interpretazione restrittiva dell'immunità», *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 3, 2004, pp. 1613-1624.

13 El *impeachment* constituyó el primer paso en el proceso de consolidación de la rendición de cuentas del Gobierno ante el Parlamento. Pero, una vez que se consolida el sistema parlamentario de gobierno, y, por ende, la responsabilidad política del Gobierno frente al Parlamento, el *impeachment*, o bien desaparece (Inglaterra), o bien se transforma (en varios ordenamientos de la Europa continental); VOLPI, M., «Le immunità della politica negli ordinamenti», *ob. cit.*, p. 1165. Sobre el *impeachment*, su evolución y presencia en la actualidad, NEGRI, A., «Impeachment», *Enciclopedia del Diritto*, XX, Milán 1970, p. 239 y ss.; CERRI, A., «Impeachment», *Enciclopedia Giuridica*, XV (Garanzie IMPE), Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1989. En España, a título de ejemplo, ESPARZA LEIBAR, en GÓMEZ COLOMER, J.L. y ESPARZA LEIBAR, I., *Tratado jurisprudencial sobre aforamientos procesales. Estudio particularizado teórico-práctico sobre los privilegios procesales para los altos cargos, autoridades y funcionarios públicos en el proceso penal español y en el derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, p. 889 y ss. (centrando la atención particularmente en el *impeachment* en EE.UU.).

14 En EE.UU., el *impeachment* surgió por razones diferentes a las que justificaron su aparición en Inglaterra. Surgió porque los autores de la Constitución americana no consideraron suficientemente efectivo el control político que los ciudadanos podían hacer periódicamente a través de las elecciones. Y así se acudió a este instituto para permitir, al menos teóricamente, la exigencia de responsabilidad —bajo la concurrencia de determinadas circunstancias— en cualquier momento bajo la vigencia del mandato. En todo caso, la exigencia de responsabilidad a través de la censura o *impeachment* es independiente, y por ello debe claramente deslindarse —aunque puedan existir conexiones o efectos reflejos—, de la eventual exigencia de responsabilidad criminal, que dirige la justicia ordinaria. Se aplica en el caso del Presidente, Vicepresidente y las personas que ostenten cargos creados por el Congreso o que hayan sido nombradas por el Presidente (*Civil Officers*). El *im-*

lo contienen tiene por finalidad, una vez que se ha consolidado la responsabilidad política del Gobierno ante el Parlamento, proteger el núcleo político del Poder Ejecutivo y garantizar su funcionamiento regular (pues los supuestos en los que se activa son excepcionales y los requisitos aplicables son muy severos). En cuanto a su contenido, y aunque es cierto que los contornos de esta figura en Europa se mantienen hoy en día difusos, se constata una tendencia innegable a distinguir entre un procedimiento especial que pretende la remoción del cargo y los procedimientos destinados a dirimir las responsabilidades penales. El resultado ha sido que un instituto que surgió en Inglaterra para dirimir la responsabilidad criminal de los ministros con ocasión de ciertos comportamientos, se mantiene hoy en muchos ordenamientos como un mecanismo extraordinario circunscrito a provocar la remoción anticipada del cargo, y, más allá, inhabilitaciones para volver a desempeñarlo. Y allí donde esto sucede (Alemania¹⁵ o los países europeos excomunistas¹⁶, Francia¹⁷), no resulta posible afirmar que nos encontramos ante un

peachment americano, pensado para provocar la remoción anticipada del cargo, no constituye un caso de aforamiento. El culpable de *impeachment* podrá ser juzgado en sede separada, según las leyes ordinarias (pero hasta que no se cese en el cargo, a través del *impeachment*, no se puede activar el procedimiento penal). Contra los jueces federales, a los que también se aplica el *impeachment* buscando la remoción del cargo, sí es posible activar y desarrollar un proceso penal antes del procedimiento de *impeachment*. Sobre el *impeachment* estadounidense se ha consultado OLIVIERO, M., «L'impeachment nell'ordinamento costituzionale degli Stati Uniti d'America», *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Anno 9, Fascicolo 3, p. 1080 y ss. (con una amplia bibliografía norteamericana sobre el asunto).

15 Artículo 61 de la Ley Fundamental de Bonn, desarrollado en los artículos 49 a 57 (ambos inclusive) de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*). En concreto, los artículos 53 a 57 se refieren al procedimiento (con respecto al mismo resulta de aplicación supletoria la *Strafsprozessordnung* —*StPO*—). Sobre este asunto puede consultarse el comentario realizado por HERZOG al artículo 61 de la *Grundgesetz* recogido en MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, Verlag C.H. Beck. Hay que tener en cuenta, además, que las Constituciones de algunos *Länder* alemanes recogen este procedimiento especial contra los miembros de sus Gobiernos —con sus respectivas particularidades en cada caso— destinado básicamente a removerlos del cargo. Así, el art. 57 de la Constitución de Baden-Wurtemberg; los artículos 59 y 69 de la Constitución de Baviera; el artículo 111 de la Constitución de Bremen; el artículo 115 de la Constitución de Hesse; el artículo 40 de la Constitución de Baja Sajonia; el artículo 63 de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia; el artículo 131 de la Constitución de Renania-Palatinado; y el artículo 94 de la Constitución de Sarre.

16 Artículos 56 de la Constitución de la República checa, 107 de la Constitución de Eslovaquia, 12 y 13 de la Constitución de Hungría, 118 de la Constitución de Serbia, 87 de la Constitución de Macedonia, 83 de la Constitución de Albania, 86 de la Constitución de Lituania, 109 de la Constitución de Letonia, 111 de la Constitución de Ucrania, 104 de la Constitución de Croacia. El artículo 103 de la Constitución de Bulgaria es peculiar porque si la Corte Constitucional condena al Presidente o Vicepresidente por alta traición o violación de la Constitución lo que se produce es una suspensión de sus prerrogativas.

17 Artículos 53.2, 67 y 68 de la Constitución francesa. Los actuales artículos 67 y 68 de la Constitución francesa son el resultado de la *Loi constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février 2007, portant modification du titre IX de la Constitution*, publicada en el *Journal Officiel du 24 février 2007* (JORF n° 47, du 24 février 2007, page 3354). Esta ley recogió las propuestas formuladas en el informe de la Comisión presidida por el profesor Avril de reflexión sobre la responsabilidad del Presidente de la República. La norma que desarrolla este procedimiento especial en Francia es el *Projet de Loi Organique portant application de l'article 68 de la Constitution du 24 janvier 2012, adopté par l'Assemblée Nationale en première lecture 2012*. El procedimiento especial para destituir al Presidente de la República francesa se puede activar únicamente en el supuesto de un incumplimiento de sus obligaciones manifiestamente incompatible con el ejercicio del mandato. El Parlamento, constituido

supuesto de aforamiento. En estos casos, antes bien, estamos ante procedimientos especiales constitucionalmente dispuestos con un fin determinado pero que no alteran las reglas generales de atribución competencial del derecho procesal común aplicables a todos los ciudadanos.

Ahora bien, en algunos países europeos se mantienen procedimientos especiales contra el Presidente de la República por la comisión de determinados actos que se consideran de especial gravedad para el funcionamiento ordinario del Estado que reflejan una auténtica situación de aforamiento en tanto en cuanto, a su través, la sanción de la denominada «justicia política» puede revestir naturaleza penal. Así, y aunque en nuestro entorno más próximo se muestran aparentemente muy similares los casos alemán, italiano¹⁸ y austriaco¹⁹, vamos a ver, a continuación, que la sustancial diferencia consistente en la naturaleza de la responsabilidad que se exige y las sanciones que se pueden imponer tras el proceso especial contra el Presidente de la República en el caso alemán, y los procedimientos especiales contra sus Presidentes de la República en los casos italiano y austriaco, nos permiten afirmar que en Alemania no existe aforamiento del Jefe del Estado por hechos atinentes al desarrollo de las funciones propias del cargo, pero que sí existe en Italia y Austria (igualmente, por hechos vinculados al ejercicio del cargo)²⁰.

Alemania, Austria e Italia, en sus Constituciones, atribuyen al Parlamento la decisión sobre la acusación del Presidente de la República. Esta decisión, habida

en Alto Tribunal (*Haute Cour*), es el órgano competente para decidir sobre la remoción o destitución de su cargo. La propuesta de constituirse en Alto Tribunal adoptada por una de las dos Cámaras del Parlamento se debe comunicar de forma inmediata a la otra Cámara que debe tomar su decisión en un plazo de quince días desde la recepción de la comunicación anterior. El Presidente de la Asamblea Nacional preside el Alto Tribunal de Justicia, que debe pronunciarse por voto secreto sobre la destitución del Presidente del cargo en el plazo de un mes. Su decisión surte efectos de forma inmediata. Las decisiones adoptadas en aplicación de este procedimiento lo serán por una mayoría de los dos tercios de los miembros que compongan la Cámara correspondiente o el Alto Tribunal. Cualquier delegación queda prohibida. Solo se considerarán los votos favorables a la propuesta de reunión del Alto Tribunal o la destitución. Se prevé, finalmente, una remisión a la Ley Orgánica, arriba mencionada, para desarrollar la materia.

18 Artículos 90 y 134.3 de la Constitución italiana. El desarrollo de este procedimiento lo encontramos en la *Legge 25 gennaio 1962, n. 20, Norme sui procedimenti e giudizi di accusa* (*Gazzetta Ufficiale* 13 febbraio 1962, n. 39).

19 Artículos 63, 68, 142 y 143 de la Constitución austriaca. El procedimiento se desarrolla en los artículos 72 a 81 (ambos inclusive) de la Ley del Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshofgesetz*, 1953). El artículo 142 de la Constitución enumera un buen número de aforados ante el Tribunal Constitucional, entre ellos, el Presidente de la República.

20 En el mismo sentido, si bien comparando solo Alemania e Italia, GÓMEZ COLOMER, J.L. y ESPARZA LEIBAR, I., *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales. Estudio particularizado teórico-práctico sobre los privilegios procesales de los altos cargos, autoridades y funcionarios públicos en el proceso penal español y en el derecho...*, ob. cit., pp. 882 (donde se afirma que en Italia solo se prevé el aforamiento del Jefe del Estado —veremos que esto no es exactamente así—) y 919 y ss. (donde se afirma que el supuesto del artículo 61 de la Ley Fundamental de Bonn no es un caso de aforamiento). Indicando, asimismo, que el caso francés tampoco constituye un supuesto de aforamiento del Presidente de la República, ibídem, p. 877. Calificando el procedimiento previsto en el artículo 61 de la Ley Fundamental de Bonn como un «proceso constitucional autónomo», TIEDEMANN, K., «Indemnidad, inmunidad y acusación de funcionarios en el Derecho Constitucional y en el Derecho Procesal Penal alemán y extranjero», *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 1999, p. 112.

cuenta la trascendencia de la misma, pues afecta al vértice mismo del Estado, se debe adoptar, también en los tres casos, por mayorías cualificadas, y, naturalmente, se infiere, tras una profunda reflexión sobre el asunto.

La Ley Fundamental de Bonn establece que la Dieta Federal (*Bundestag*) o el Consejo Federal (*Bundesrat*) podrán acusar al Presidente Federal (*Bundespräsident*). La solicitud de la formulación de acusación debe ser presentada, al menos, por una cuarta parte de los miembros de la Dieta Federal o por una cuarta parte de los votos del Consejo Federal. La resolución para formular la acusación requiere la mayoría de los dos tercios de los miembros de la Dieta Federal o de dos tercios de los votos del Consejo Federal. El único órgano competente para elevar la acusación es el Presidente del cuerpo acusador (el Vicepresidente podría sustituirlo en caso de impedimento). Aunque el derecho alemán no dice nada al respecto, se deduce, de la naturaleza de las cosas, que la acusación debe adoptar forma escrita. El escrito debe reflejar la actuación u omisión presidencial por la que se plantea la acusación, los preceptos que se entienden vulnerados por la conducta presidencial y las medidas exigidas (el escrito debe también reflejar que las decisiones parlamentarias al respecto han venido respaldadas por las mayorías requeridas en el texto constitucional)²¹. La acusación estará representada por un delegado del órgano acusador. La Ley Fundamental de Bonn no dice nada sobre quién puede ser llamado a desempeñar esta función así que el cuerpo acusador es relativamente libre para decidir al respecto (podría designar como delegado a uno de sus miembros o a un persona ajena a su composición).

En Austria, la Asamblea Federal (reunión del Consejo Nacional —*Nationalrat*— y Consejo Federal —*Bundesrat*— en la sede del primero y en sesión conjunta pública) es el órgano competente para plantear la acusación contra el Presidente Federal (la propuesta de acusación llega al Consejo Nacional y es éste el que decide si procede que la Asamblea Federal de ocupe del caso). Si el Consejo Nacional se pronuncia en este sentido, el Canciller Federal debe convocar de forma

21 En cuanto a los requisitos temporales para elevar la acusación, el artículo 49.2 de la *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* establece que el escrito de acusación se debe enviar en el plazo de un mes a contar desde el momento en que se adoptó la decisión de presentar la acusación (la presentación de la acusación deviene inválida si se excede dicho plazo resultando exigible una nueva decisión del cuerpo acusador al respecto). Por su parte, el artículo 50 del mismo texto establece que la acusación solo puede ser presentada dentro de un plazo de tres meses que se empieza a contar desde que ha sido conocida la circunstancia por el cuerpo que va a decidir proponer la acusación (este plazo comprende el plazo del artículo 49.2 antes mencionado). Ahora bien, en algunos casos concretos no será sencillo determinar cuándo una determinada circunstancia resulta conocida por el *Bundestag* o el *Bundesrat*. Se ha dicho que no parece suficiente con que algunos miembros del órgano la conozcan pero, por otro lado, tampoco puede exigirse un aviso formal de la misma para evitar que de esta forma se pueda manipular el plazo de forma arbitraria. Por ello, ciertos autores han entendido que bastaría con que el asunto fuera conocido a través de los medios de comunicación. Por otro lado, la Ley Fundamental de Bonn no dice nada sobre un posible desistimiento de la acusación. Pero no parece haber razón en contra. Además, el artículo 52 de la *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* permite responder a dicha cuestión en un sentido positivo (aunque el Presidente puede «arruinar» el desistimiento a través del contradictorio y con ello empeñarse en una decisión final sobre el asunto que le afecta); comentario realizado por HERZOG al artículo 61 de la *Grundgesetz* recogido en MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz*..., ob. cit.

inmediata la Asamblea Nacional, que deberá adoptar su decisión de acusación con la presencia de más de la mitad de los miembros de cada una de las dos Cámaras representativas y una mayoría de dos tercios de los votos emitidos.

La Constitución italiana establece que el Parlamento, en sesión conjunta de sus miembros, acusará al Presidente mediante la decisión de una mayoría absoluta de sus miembros. El procedimiento, en Italia, sería, brevemente, el siguiente: el Parlamento, en sesión conjunta de sus miembros adoptará la decisión de acusar al Presidente de la República ante la Corte Constitucional por una mayoría absoluta de sus miembros. A tal fin se nombra un Comité al cual corresponde la delicadísima tarea de elevar su informe al Parlamento tras una idónea adquisición de material probatorio. La norma dota al Comité de amplios poderes de investigación para llevar a cabo su función frente al cual, por ejemplo, no se puede alegar el secreto de Estado o el secreto profesional. Si, además, estuvieran trabajando en el Parlamento comisiones de investigación cuando el Comité inicia su labor, deberán suspender su actividad y remitir sus actuaciones al Comité. El Comité, que debe desarrollar sus funciones de investigación en un plazo máximo de cinco meses (prorrogable una sola vez por tres meses) puede: a) declararse incompetente si no se trata de los delitos que enumera el artículo 90 del texto constitucional; b) archivar el asunto considerando manifiestamente infundada la *notitia criminis*, o; c) presentar un informe no favorable al Presidente de la República. En este último caso, y respondiendo a los intereses de la minoría, se prevé que al menos cuarenta miembros del Parlamento puedan pedir una ampliación de la investigación. Una vez que concluye la actividad del Comité, se envía el informe al Parlamento y éste, en sesión conjunta, decide si procede la acusación del Presidente de la República ante la Corte Constitucional. Una decisión afirmativa en tal sentido requiere de un quórum cualificado de mayoría absoluta. Tras alcanzar dicha mayoría, designa a uno o más Comisarios para sostener la acusación ante la Corte Constitucional, que ejercen así ante la Corte las funciones de Ministerio Público y que tienen la facultad de asistir a todos los actos de investigación.

Esta acusación, en Alemania, solo puede producirse si se entiende que el Presidente Federal ha incurrido en una violación dolosa de la Ley Fundamental o de otra Ley federal. *A priori* podría parecer problemático discernir contra qué tipo de violación de normas puede actuar la acusación prevista contra el Presidente de la República por la vía del artículo 61 de la *Grundgesetz* (si únicamente por violación de normas en el ejercicio de sus funciones o si también por violaciones jurídicas de naturaleza privada —*private Gesetzesverstöße*—). Sin embargo, hay que entender que el procedimiento dispuesto en el artículo 61 de la Constitución alemana solo se puede aplicar en caso de violaciones a la Constitución o a las Leyes federales producidas con ocasión del ejercicio de las funciones propias del cargo. En los supuestos de comisión de infracciones jurídicas con ocasión de actuaciones de carácter privado por parte del Presidente de la República, la vía correcta sería que el *Bundestag* levantara su inmunidad (artículo 60.4 de la Ley Fundamental del Bonn) para exigirle la correspondiente responsabilidad ante la justicia ordina-

ria²². Por otro lado, una decisión en sentido positivo en cuanto a la acusación y al juicio del Presidente de la República en virtud del artículo 61 de la Ley Fundamental de Bonn requiere que la violación normativa se haya producido con dolo. Con ello se introduce en el procedimiento de *impeachment* un concepto propio del ámbito criminal cuya presencia debe ser probada en el caso particular.

En Austria, la acusación se produce por entender que el Presidente Federal ha incurrido en una violación de la Constitución, pero también se podrá entablar la acusación por acciones perseguibles en la jurisdicción penal que guarden relación con la actuación funcional del Jefe del Estado.

En Italia, el Presidente no es responsable por los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones, salvo que haya podido incurrir en alta traición o atentado de la Constitución, los únicos supuestos en los que se puede exigir responsabilidad al titular de la Jefatura del Estado italiana por el ejercicio del cargo en el país²³.

En los tres países, el órgano que debe decidir finalmente sobre la acusación de origen parlamentario es el órgano constitucional del Estado, el Tribunal Constitucional Federal en los casos alemán (*Bundesverfassungsgericht*) y austriaco (*Verfassungsgerichtshof*) y la Corte Constitucional en el caso italiano (*Corte Costituzionale*)²⁴.

22 Se ha afirmado que si se produjera una condena penal del Presidente de la República se debería utilizar la suplencia prevista en el artículo 57 de la *Grundgesetz*, que establece que «Las funciones del Presidente Federal serán desempeñadas en caso de impedimento o terminación anticipada de su cargo por el Presidente del *Bundesrat*»; comentario realizado por HERZOG al artículo 61 de la *Grundgesetz* recogido en MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz*..., ob. cit.

23 Se ha afirmado que junto a los delitos «funcionales» del artículo 90 de Constitución (gravemente anticonstitucionales) pueden subsistir también delitos «funcionales» del Presidente meramente inconstitucionales que deberían conducir a su dimisión, pero para los que no está previsto el juicio ante la Corte Constitucional con sus correspondientes sanciones, «con el consiguiente riesgo de despenalización del Jefe del Estado por todos los crímenes que cometa, excepto alta traición y atentado a la Constitución, dando vida a una especie de privilegio presidencial». Por ello, algunos autores rechazan la interpretación literal del artículo 90 del texto constitucional italiano que conduce a afirmar la irresponsabilidad del Presidente por todos los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones excepto la alta traición o el atentado a la Constitución. En este sentido, por ejemplo, rechazando la interpretación literal y su correspondiente conclusión, SPADARO, A., en su comentario al artículo 90 de la Constitución italiana, *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Artt. 55-100, p. 1755. Lo cierto es que la doctrina italiana está dividida sobre el asunto. Para unos, cualquier ilícito cometido por el Presidente «en el ejercicio de sus funciones» determina automáticamente su responsabilidad penal constitucional (pues configura un delito de atentado a la Constitución o alta traición). Para otros, el Jefe del Estado no está sujeto a responsabilidad penal, salvo en los supuestos, muy tasados, previstos en el artículo 90 de la Constitución italiana.

24 En Alemania, a priori, la competencia al respecto corresponde a la Sala segunda del Tribunal Constitucional Federal. En Italia, la composición de la Corte Constitucional difiere de su composición ordinaria cuando es llamada a juzgar sobre estos delitos presidenciales. En efecto, en este caso, integran la Corte Constitucional, además de sus jueces, dieciséis miembros extraídos por sorteo de un elenco de cuarenta ciudadanos que cumplan los requisitos para ser Senador y que el Parlamento selecciona cada nueve años de la misma forma que designa a los propios jueces de la Corte Constitucional. Como se ha señalado, la peculiaridad de la composición de la Corte Constitucional en estos casos no se detiene aquí sino que termina incidiendo en el mismo funcionamiento del órgano. Así, el colegio que juzga debe estar constituido por al menos 21 jueces, de entre los cuales los jueces «agregados» deben constituir la mayoría. Se quiere así subrayar el carácter prevalentemente popular (y político) de este juicio sobre los delitos presidenciales, a los cuales no resulta extraño

Hasta aquí las similitudes de los casos alemán, austriaco e italiano. Frente a ellas, los efectos de la resolución del órgano decisor de esta responsabilidad del Presidente de la República no coinciden en estos países. Por una parte podemos referirnos al supuesto alemán y, por otra, a los supuestos austríaco e italiano.

En efecto, la Constitución alemana se limita a señalar que si el Tribunal Constitucional Federal comprueba que el Presidente de la Federación es culpable de una violación dolosa de la Ley Fundamental o de otra Ley federal, podrá separarlo del cargo (asimismo, y mediante disposición cautelar, podrá resolver, después de presentada la acusación, sobre el impedimento del Presidente de la Federación para continuar en el ejercicio de su cargo). En los mismos términos se pronuncia la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal alemán cuando regula dicho procedimiento en sus artículos 53 a 57 (ambos inclusive)²⁵. Así pues, el artículo 61 de la *Grundgesetz* prevé, exclusivamente, un mecanismo extraordinario para la remoción en el cargo del Jefe del Estado, aunque muestra, al mismo tiempo, que no se excluyen otras formas de responsabilidad jurídica exigibles ante la justicia ordinaria. Ésta es la tesis dominante en la doctrina alemana que considera que las responsabilidades penales y civiles se mantienen, tal y como se podría deducir del artículo 60.4 de la Ley Fundamental de Bonn que prevé la aplicación del artículo 46.2 a 4 de la *Grundgesetz*, sobre la inmunidad parlamentaria, al Presidente de la República. Por otra parte, y para terminar, no se prevé aforamiento alguno en las normas infraconstitucionales que regulan la competencia procesal de los tribunales para dirimir, llegado el caso, la responsabilidad jurídica del Jefe del Estado alemán.

Frente al supuesto alemán, en los casos austriaco e italiano, la Corte Constitucional no se limita a decidir sobre la remoción de su cargo, sino que impone o puede imponer, en su caso, las correspondientes responsabilidades jurídico-penales

el principio de «participación directa del pueblo en la administración de justicia»; SPADARO, A., en su comentario al artículo 134.3 de la Constitución italiana, *Comentario alla Costituzione*, vol. III, Artt. 101-139, p. 2618. En todo caso, casi toda la doctrina coincide en su crítica al mecanismo de elección de los jueces «agregados» apuntando, fundamentalmente, a que es previsible que se consigan efectos mayoritarios en la composición del elenco de los cuarenta y cinco jueces integrados y crezcan así los riesgos de que el «caso» no sea ciego resultando por el contrario orientado con el consiguiente daño para las minorías.

²⁵ El artículo 53 de la *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* contiene la disposición cautelar para suspenderlo en el ejercicio del cargo. Y el artículo 56.2 de la misma norma prevé como única sanción posible en caso de condena la remoción del cargo (otro tipo de sanciones menores como, por ejemplo, reducción de sus honorarios, prohibición parcial del ejercicio de sus funciones..., no son posibles). Ahora bien, este artículo 56 permite al Tribunal Constitucional Federal alemán entender que se ha producido una violación dolosa del derecho por parte del Presidente de la República pero mantenerlo en su cargo. La remoción se plantea en términos potestativos, tanto en la *Grundgesetz* como en la *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, y se ha dicho que la remoción se debería producir cuando la violación dolosa de la norma fuera insoportable (*untragbar*). Para infracciones normativas menores no se contemplan sanciones menores (ya lo hemos visto). La mayoría requerida, tanto para la determinación de que se ha producido violación jurídica dolosa, como también para la remoción del Presidente, es la de la mayoría de los dos tercios de los miembros de la Sala del Tribunal que debe decidir (en la actualidad, su Sala segunda). Los efectos jurídicos de la decisión del Tribunal Constitucional se producen desde la publicación de la sentencia.

(lo cual nos permite hablar del aforamiento de los Presidentes de la República austriaco e italiano en la medida en que se ha producido una alteración de las reglas de competencia del derecho procesal penal común cuando se trata de juzgar y castigar al Presidente de la República por la comisión de ciertas conductas criminales).

En Austria, si bien cuando la Asamblea Federal haya entablado la acusación contra el Presidente de la República por acciones perseguibles en la jurisdicción penal que guarden relación con la actuación funcional del imputado, el Tribunal Constitucional, al que se transferirán las actuaciones inquisitivas eventualmente pendientes ante los tribunales penales, podrá aplicar, además de la remoción del cargo y la pérdida temporal de los derechos políticos, lo dispuesto en la ley penal (art. 143 de la Constitución).

En Italia, la pena no puede ser superior a la máxima establecida por las leyes vigentes en el momento de cometerse el acto (irretroactividad de la ley penal). Pero además de la pena, la sentencia puede venir acompañada de sanciones constitucionales —la doctrina discute sobre cuáles sean las mismas pero es evidente que entre ellas está la remoción del cargo²⁶—, administrativas y civiles, proporcionadas naturalmente al hecho cometido.

A los casos italiano y austriaco, si bien articulado de forma parecida al aforamiento constitucional español de parlamentarios y miembros del Gobierno, habría que añadir el aforamiento del Jefe del Estado previsto en Portugal. El artículo 130 de la Constitución de la República lusa prevé el aforamiento penal de su Presidente ante al Tribunal Supremo de Justicia por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones (en este supuesto estamos ante una auténtico aforamiento aunque, como vamos a ver, la condena penal lleve aparejada la remoción en el cargo y la inhabilitación para posteriores reelecciones).

La Asamblea de la República es el órgano competente para autorizar la iniciación del proceso penal contra el Presidente de la República por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. La iniciativa al respecto debe venir suscrita por la quinta parte de los miembros de la Asamblea y la decisión definitiva de someterlo a la decisión del Tribunal Supremo de Justicia debe contar con el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea. La condena será causa de remoción del Presidente del cargo y lo inhabilitará para una posterior reelección.

Por su parte, el artículo 11.3 del Código Procesal Penal portugués, norma que regula la competencia material y funcional de los tribunales penales del país que se debe completar, en caso de laguna, por lo dispuesto en las normas de la organización judicial, atribuye al Pleno de las Secciones penales del Tribunal Supremo de Justicia la competencia para juzgar, entre otros como veremos, al

26 De hecho, se ha afirmado que cuando se produce una alta traición «culpable», por omitir la vigilancia en la defensa de las instituciones, resulta suficiente solo la sanción constitucional consistente en la remoción del cargo. Aunque dicha hipótesis resulta harto improbable; SPADARO, A., en su comentario al artículo 134.3 de la Constitución italiana, *Commentario alla...*, ob. cit., p. 2620.

Presidente de la República. Su artículo 11.7 reserva a los jueces de dichas secciones las competencias de investigación e instrucción del asunto²⁷.

2. El aforamiento de los miembros del Gobierno

Con carácter general, el constitucionalismo de tradición europea-continental mantiene trámites especiales para perseguir los delitos ministeriales²⁸ y la doctrina coincide en la necesidad —razonable— de prever soluciones específicas para perseguir penalmente a los ministros con el objeto de conjurar los peligros que pudieran amenazar la estabilidad del Gobierno y el desarrollo regular de sus atribuciones²⁹. Las especialidades consisten, en general, en la previsión de una fase

27 La publicación oficial del Código Procesal Penal portugués la encontramos en DL n° 78/87, de 17 d febrero. El artículo 43 a) de la Ley n° 52/2008, de 28 de agosto, de Organización y Funcionamiento de los Tribunales Judiciales, reitera que compete al Pleno de las Secciones de lo penal del Tribunal Supremo de Justicia juzgar al Presidente de la República. Por otra parte, podríamos destacar, en el contexto de los países europeos cuyo movimiento constitucional se encuentra todavía en proceso de consolidación, los casos de Polonia, Rumania, Bielorrusia y Moldavia. Estos cuatro países prevén, en sede constitucional, el aforamiento del titular de la Jefatura del Estado para dirimir su responsabilidad criminal. Polonia ante un tribunal especial y Rumania, Bielorrusia y Moldavia ante el tribunal superior de la jurisdicción ordinaria (el Tribunal Supremo de Justicia). Véase artículos 145 de la Constitución polaca, 84 y 70 de la Constitución de Rumania, 88 de la Constitución de Bielorrusia y 88.3 de la Constitución moldava.

28 Sobre la generalización en Europa, tras la Revolución francesa, de la idea de tratamiento diferenciado de los delitos ministeriales (en las antípodas de la noción anglosajona de *rule of law*, que excluye la inmunidad penal y los fueros privilegiados); DÍEZ-PICAZO, L.M. *La criminalidad de los gobernantes*, ed. Crítica, Barcelona 1996, pp. 51-67 y 112-113. El autor afirma que aunque el principio de *rule of law* resulta de difícil traducción, no hay duda de que en el mismo se incluye, como núcleo duro, la sumisión de todas las personas, gobernantes y gobernados, a unos mismos tribunales. Asimismo, nos indica que el derecho norteamericano, siguiendo la tradición jurídica inglesa, establece que al régimen de responsabilidad de los miembros y agentes del Poder Ejecutivo les son aplicables las mismas normas, sustantivas y procesales, que regulan la responsabilidad de los particulares; es decir, no existe un régimen especial de responsabilidad de los mismos (aunque dicho principio ha experimentado algunas matizaciones en lo que hace a la exigencia de su responsabilidad civil de los miembros del Gobierno, excluyéndola completamente en el supuesto del Presidente —siempre con relación a actuaciones vinculadas al ejercicio de las funciones propias del cargo—); ibídem, pp. 87-89. En sus orígenes, la existencia —en el derecho del continente europeo— o inexistencia —en el derecho anglosajón— de tratamiento diferenciado del régimen jurídico para la exigencia de responsabilidad por delito ministerial responde a diferentes razones históricas y axiológicas. En el continente europeo, la pervivencia durante mucho tiempo de un monarca con poderes de *indirizzo politico*, condujo a la necesidad de prever mecanismos especiales para exigir responsabilidad a sus ministros que, de otra forma, permanecerían como sujetos inmutables (en este momento se asienta el sistema parlamentario, entre otras cosas, porque no se podía confiar en la independencia de lo que todavía había de ser, durante mucho tiempo, una mera Administración de Justicia). Frente a ello, la temprana manera implantación del parlamentarismo y consiguiente limitación del poder real en Inglaterra y la instauración del presidencialismo norteamericano tras la independencia de la metrópoli inglesa y su consiguiente desprendimiento de la figura del monarca, condujeron a la inexistencia de tratamiento jurídico diferenciado de este régimen jurídico; ibídem, pp. 149-153. En la actualidad, este tratamiento diferenciado se mantiene en el constitucionalismo de tradición europea-continental, si bien, una vez consolidado el sistema parlamentario de Gobierno, por otras razones.

29 En todo caso, «En el ámbito de la responsabilidad penal de los ministros, no debe ocultarse que ninguna solución podrá ser nunca considerada perfecta. Nos hallamos en un terreno donde dos valores anta-

política que antecede al juicio relacionada con la promoción de la acusación y/o la concesión de autorización para proceder judicialmente (fase de incriminación), y/o en la atribución de la instrucción y enjuiciamiento de la causa penal ministerial a órganos diferentes a los que correspondería *a priori* decidir aplicando las reglas generales de la competencia objetiva del derecho procesal común (fase de enjuiciamiento). Habitualmente, las especialidades en la exigencia de responsabilidad penal a los miembros del Gobierno asumen un carácter funcional, esto es, se aplican solo con relación a los actos cometidos en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, aunque, en algunos ordenamientos, los menos, las especialidades se activan también con respecto a actividades de naturaleza privada, esto es, ajenas al ejercicio de las funciones propias del cargo (sería el caso, por ejemplo, del ordenamiento belga que, como el español, prevé un aforamiento de los miembros del gobierno con respecto a las acciones extrafuncionales que se juzgan mientras se continúa en el cargo).

Con relación a la configuración particular del aforamiento penal ministerial, es habitual distinguir, siguiendo los pasos de los profesores Santamaría de Paredes y Pérez Serrano³⁰, tres sistemas: i) el sistema legislativo o parlamentario, en virtud del cual el enjuiciamiento se encomienda al Parlamento (las funciones de acusación e instrucción y juicio se reparten cuando existe bicameralismo, entre las dos Cámaras —una acusa y otra instruye y juzga—). Este aforamiento, por cierto, ha ido cayendo en desuso a medida que ha ido ganando peso la apuesta por la judicialización de estos procedimientos³¹; ii) el sistema judicial puro, en virtud del cual se atribuye el enjuiciamiento a la jurisdicción ordinaria, y; iii) el sistema especial, en virtud el cual se atribuye el enjuiciamiento a tribunales especiales no pertenecientes a la jurisdicción ordinaria. La clasificación se ha visto completada por el trabajo de la profesora García Mahamut³².

Siguiendo precisamente el trabajo de esta autora, podríamos distinguir, en el sistema judicial puro, entre aquellos países que atribuyen la instrucción y el en-

gónicos entran en conflicto: el principio de responsabilidad penal, inherente al Estado de Derecho, de una parte, y la protección de la función política del Gobierno, de otra»; ZAGREBELSKY, G., «Le jugement des ministres en Italie», *La responsabilité pénale des ministres fédéraux, communautaires et régionaux*, dirs. F. Delpérée y M. Verdussen, Bruylant, Bruxelles 1997, p. 93.

30 SANTAMARÍA DE PAREDES, V., *Curso de Derecho Político*, ed. Ricardo Fe, Madrid 1898, p. 328; PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de Derecho Político*, ed. Civitas, Madrid 1976, p. 733 y ss.

31 En este sentido puede consultarse OBREGÓN GARCÍA, A., *La responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno: análisis del artículo 102 de la Constitución española*, Cuadernos Civitas, Madrid 1996, pp. 68-71: «el asentamiento del poder judicial, la correlativa pérdida de funciones jurisdiccionales de la Cámara Alta al modificarse los criterios de su composición, el progresivo desvanecimiento de los contornos entre legislativo y ejecutivo y la más firme delimitación de la hasta entonces tenue frontera entre lo político y lo penal formaron un conjunto proclive a permitir, en mayor o menor medida, la intervención de los órganos judiciales en la determinación de la responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno. Y las características del Estado contemporáneo, lejos de mitigar esta tendencia, la han consolidado definitivamente».

32 GARCÍA MAHAMUT, R., *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno en la Constitución*, ed. Tecnos, Madrid 2000, ob. cit., pp. 53-55.

juiciamiento a los órganos de la jurisdicción ordinaria conforme a las reglas ordinarias de competencia (Alemania); y aquellos otros que atribuyen dichas funciones a un órgano superior de la jurisdicción ordinaria, generalmente el Tribunal Supremo, previendo por tanto un supuesto claro de aforamiento (Bélgica, España, Países Bajos, Suecia y, veremos, de una forma muy tibia, Portugal —en este último solo con relación al Primer Ministro—. El caso de Italia también es un supuesto de aforamiento dentro de la jurisdicción ordinaria aunque un tanto particular). Y, en el sistema especial, podríamos distinguir entre aquellos países que prevén el aforamiento ministerial ante jurisdicciones especiales normalmente con una composición mixta de miembros técnicos procedentes de la judicatura y miembros de designación parlamentaria (Francia, Noruega, Finlandia, Dinamarca), y, en menor medida, ante tribunales especiales compuestos por miembros procedentes exclusivamente del Poder Judicial (Grecia), o ante el propio Tribunal Constitucional (como sucedió en Italia hasta 1989 o continúa sucediendo hoy día en Austria).

Con relación al tema que nos ocupa, contamos con un ejemplo muy significativo de ausencia de aforamiento con relación a estos cargos de naturaleza política-representativa en Alemania. El ordenamiento constitucional alemán no prevé aforamiento constitucional alguno para exigir responsabilidad jurídica a los miembros del gobierno (ni a otras altas autoridades del Estado).

El artículo 59 de la Constitución de Weimar de 1919 recogía la «justicia política» del Canciller (*Bundeskanzler*) y de los Ministros (*Bundesminister*) que, sin embargo, desapareció en la Ley Fundamental de Bonn (que solo la mantiene para el Presidente Federal y con relación a los miembros de los Gobiernos de algunos *Länder* alemanes, en los términos que ya hemos visto). Este precepto preveía un rito específico aplicable al Presidente Federal, pero también al Canciller Federal y a los ministros que fuesen acusados de violación culpable de la Constitución o de una ley federal. En estos casos la acusación era elevada por el *Reichstag* con una mayoría cualificada y decidía el Tribunal Supremo del Imperio alemán (que jamás vio la luz pues los dos proyectos que se presentaron relativos a su creación fueron rechazados)³³. El actual artículo 65 de la *Grundgesetz* de 1949, se limita a señalar, con relación al Canciller federal, que éste determina las líneas generales de la política y responde por ello; y, con relación a los Ministros, señala que éstos,

33 El precepto establecía que «El Congreso Imperial quedará autorizado para acusar al Presidente Imperial, al Canciller Imperial y a los Ministros Imperiales, ante el Tribunal Supremo del Imperio Alemán, por vulneración culpable de la Constitución Imperial o de una Ley Imperial. La solicitud para la formulación de la acusación deberá ser firmada por al menos cien miembros del Congreso Imperial y requerirá la aprobación de la mayoría prescrita para la reforma de la Constitución. Las particularidades serán reguladas en la Ley Imperial sobre el Tribunal Supremo». Anterioridad, en el momento de la unificación alemana, la Constitución imperial de 1871 no contenía norma alguna sobre la responsabilidad política o penal del Canciller, lo cual se explicaría porque dicho texto constitucional instauraba una monarquía limitada de modo que el Canciller —no había ministros en sentido propio— dependía de la sola voluntad del monarca; DíEZ-PICAZO, L.M., *La criminalidad de los...*, ob. cit., pp. 131-132.

respetando las directrices de la política que marca el Canciller federal, dirigen los asuntos de su competencia con autonomía y bajo su propia responsabilidad. La actual Constitución alemana, por tanto, no contempla derogaciones al proceso ordinario penal para la represión de los delitos cometidos por miembros del Gobierno. Y tampoco lo hace su normativa infraconstitucional³⁴.

Sin embargo, y dejando ahora al margen el caso alemán, he de señalar que la previsión de aforamiento en el ámbito gubernamental no resulta extraña en los países de nuestro entorno con una tradición jurídica similar a la nuestra (aunque se configure, naturalmente, de forma diversa según cuál sea el país de referencia y existan, lo vamos a ver, algunas iniciativas de relevancia para acabar con dicha situación). Francia —de momento—, Italia, Bélgica y Austria, regulan un aforamiento aplicable a los miembros de sus Gobiernos. Portugal, por su parte, lo prevé solo con respecto al Primer Ministro. Me ceñiré a estos casos en este epígrafe, por corresponder a los países más próximos al nuestro, no sin antes dejar apuntado que el aforamiento penal se prevé, asimismo, en otros ordenamientos constitucionales europeos consolidados (sería, por ejemplo, el caso de los Países Bajos³⁵, Grecia³⁶, Dinamarca³⁷, Noruega, Finlandia o Suecia³⁸).

34 El artículo primero de la norma procesal alemana en materia penal (*Strafprozessordnung* —StPO—) remite la regulación de esta cuestión a lo que establezca la *Gerichtsverfassungsgesetz* (*Bundesgesetzblatt I S. 1077*), la cual no contempla derogaciones al proceso penal ordinario para la represión de los delitos cometidos por miembros del Gobierno.

35 El artículo 119 de la Constitución de los Países Bajos establece que los Ministros y Secretarios de Estado serán juzgados por la Corte Suprema por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

36 El artículo 86 de la Constitución griega atribuye a la Cámara la facultad de acusar a los miembros del Gobierno y a los Secretarios de Estado en funciones o que hayan asumido dichas funciones en el pasado, ante un Tribunal especial, presidido por el Presidente del Tribunal Supremo y compuesto por doce magistrados, sacados a suerte por el Presidente de la Cámara de Diputados en sesión pública, entre todos los magistrados del Tribunal de Casación y los Presidentes del Tribunal de Apelación nombrados anteriormente al acuerdo acusatorio tal como lo establezca la ley.

37 Los artículos 16, 59 y 60 de la Constitución de Dinamarca afectan a la cuestión relativa a la responsabilidad de los ministros. Éstos pueden ser acusados por el Rey o por el Parlamento con ocasión de los actos cometidos con ocasión del ejercicio de las competencias propias del cargo. La acción judicial contra ellos se desarrolla en un tribunal especial compuesto por jueces y miembros designados por el Parlamento. El artículo 60.2 del texto constitucional danés prevé, además, que el Rey, con el consentimiento del Parlamento, puede acusar ante este tribunal especial también a otras personas por crímenes que pudieran haber resultado particularmente peligrosos para el Estado.

38 El artículo 86 de la Constitución de Noruega atribuye al Tribunal de *Impeachment*, previa acusación por parte del Parlamento, el juicio en primera y última instancia por los delitos u otras conductas ilícitas en que hubieren podido incurrir los miembros del Gobierno —también los miembros del Parlamento y del Tribunal Supremo— con ocasión del cumplimiento de sus obligaciones constitucionales. Este tribunal especial de *impeachment* noruego presenta una composición mixta pues lo integran miembros del Poder Judicial —en concreto cinco miembros del Tribunal Supremo, incluyendo su Presidente que preside también este tribunal especial de *impeachment*— y miembros de designación parlamentaria —en concreto, seis miembros de designación parlamentaria para un periodo de seis años que no pueden ser ni miembros del Gobierno ni miembros del propio Parlamento—. La Constitución prevé además una serie de cautelas con relación a la remoción del cargo de los miembros que integran el Tribunal de *Impeachment* con el objeto de evitar que se pueda alterar su composición —destituyendo y sustituyendo alegremente a sus miembros— con objetivos espureos. La Constitución de Finlandia contiene una regulación parecida a la noruega al respecto. Sus artículos

En los ordenamientos italiano y francés, la utilización instrumental de los mecanismos dispuestos para exigir responsabilidad a los miembros del Gobierno prevista por los textos constitucionales originarios había conducido a su impunidad y a una deslegitimación institucional insostenible que precisaba una solución urgente. Y en ambos países se produjo, con pocos años de diferencia, una reforma constitucional de la responsabilidad penal de los ministros que buscó reforzar el componente jurisdiccional sobre el político si bien sin eliminar completamente éste (antes de la reforma, en ambos países, se aplicaba, también a los ministros, el procedimiento especial dispuesto para exigir la rendición de cuentas al Presidente de la República). No obstante, la reforma resultó finalmente más modesta en el caso francés que en el caso italiano y probablemente por ello, entre otras causas, hoy esté pendiente la aprobación de una nueva reforma constitucional en el país galo con la que se pretende acabar con el aforamiento gubernamental.

El artículo 68 de la Constitución francesa, antes de su reforma, encomendaba a una Alta Corte de Justicia, expresión del cuerpo legislativo, la autorización para poder proceder judicialmente contra un ministro. Se desarrollaba una fase inductora ante una comisión, a cuyo término, la Alta Corte decidía sobre el envío a juicio (sus decisiones no eran susceptibles de recurso).

Pues bien, la fuerte connivencia entre los legislativos y ejecutivos franceses registrada al menos hasta el final de los años ochenta, había determinado, de facto, la impunidad de los miembros de los diferentes Gobiernos franceses. A ello había contribuido, también, la doctrina jurisprudencial de su Corte de Casación que, desde 1963, había configurado la jurisdicción de la Alta Corte como exclusiva, no ya *ratione materiae*, sino *intuitu personae*, estableciendo que la institución resultaba competente para conocer de todos los delitos que pudiera haber cometido un miembro del Gobierno, con independencia de que se hubieran cometido con ocasión del ejercicio de las funciones propias del cargo o de que se tratara de delitos ajenos al ejercicio de las funciones propias del cargo (sustrayendo así a la

101 y 114, 115, y 116 se refieren al Alto Tribunal de *Impeachment* y a la responsabilidad penal de los ministros con ocasión de comportamiento ilícitos en los que hubiera podido incurrir con ocasión del ejercicio de las funciones propias del cargo. El Parlamento autoriza su acusación y acusa el Fiscal General. El Alto Tribunal de *Impeachment* juzga estos cargos contra los miembros del Gobierno (también contra el Chanciller de Justicia, el Ombudsman o contra cualquier miembro del Tribunal Supremo o del Tribunal Supremo Administrativo) en los que se haya podido incurrir con ocasión de comportamientos ilícitos por el ejercicio de las funciones propias del cargo. Este tribunal se compone por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo preside, y el Presidente del Tribunal Supremo Administrativo, los tres Presidentes más antiguos de los Tribunales de Apelación y cinco miembros elegidos por el parlamento para un periodo de cuatro años. También la Constitución de Suecia contiene un aforamiento de los miembros del Gobierno para dirimir su responsabilidad por los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de sus deberes oficiales, pero, en este caso, no ante un Tribunal especial de composición mixta, sino ante el Tribunal Supremo. En concreto, su texto constitucional establece que a un Ministro o a un ex Ministro se le puede exigir responsabilidad criminal por los actos cometidos con ocasión de ejercicio de tareas propias del cargo solo si el incumplimiento de sus deberes ha sido grosero. La acusación corresponde al Comité sobre la Constitución —comisión parlamentaria permanente a la que compete la tarea, entre otras, de realizar el seguimiento y el control de la actividad gubernamental— y el caso debe ser juzgado por el Tribunal Supremo.

jurisdicción ordinaria el conocimiento de cualquier tipo de hecho penalmente relevante en el que hubiera podido incurrir un ministro). Como corolario, ni el Ministerio Público, ni la víctima del delito, podían iniciar la acción penal ante la Alta Corte de Justicia³⁹.

La reforma de este sistema se produjo, después de varias propuestas de revisión constitucional, con la aprobación de la Ley constitucional 93-952, de 27 de julio de 1993⁴⁰. Su objetivo último, además de responder de forma precipitada a la crisis desatada por el escándalo de la «sangre contaminada», buscaba disipar la conciencia enraizada en la ciudadanía sobre la impunidad de los miembros del Gobierno⁴¹. Y para ello se buscó despolitizar —si bien no completamente— la exigencia de su responsabilidad criminal. El intento de judicialización en el nuevo procedimiento se desprendía: i) de la composición del nuevo órgano que iba a juzgar a los ministros, al contar con una cuota de componentes togados procedentes de la Corte de Casación (aun cuando reducida); ii) de la atribución de la facultad para denunciar ante la comisión a cualquier persona que se considerara lesionada por un delito ministerial; iii) de la judicialización del rito⁴², y; iv) de la previsión del recurso de casación contra sus decisiones.

El resultado concreto fue un Título X sobre la responsabilidad penal de los miembros del Gobierno que introdujo un nuevo órgano, el Tribunal de Justicia de la República (*Cour de Justice de la République*), competente en vía exclusiva para conocer de los comportamientos penalmente ilícitos cometidos por los ministros en el ejercicio de sus obligaciones ministeriales que constituyeran delitos u ofensas graves al tiempo de cometerse y que quedaba vinculado a la tipificación de delitos y ofensas graves y a la determinación de la pena establecida por la ley. Así pues, debe entenderse que la sustanciación de potenciales infracciones penales leves o delitos ajenos al ejercicio de sus funciones, de naturaleza privada,

39 CIANCIO, A., *Commentario alla Costituzione* (Art. 96), ob. cit., p. 1884. Sobre el tema puede consultarse MATHIEU, B., RENOUEZ, T. y ROUX, A., *La Cour de Justice de la République*, PUF, París 1995; BIGAUT, CH., *La responsabilité pénale des hommes politiques*, LGDJ, París 1996.

40 *Loi constitutionnelle n° 93-952 de 27 juillet 1993 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et XVI* (reforma aprobada en el Congreso el 19 de julio de 1993). Se trata de la única reforma constitucional que, por el momento y a la espera de que pueda entrar en vigor la reforma constitucional pendiente a la que ya me he referido, ha afectado al Gobierno francés (a la responsabilidad penal de sus miembros). Además, ha sido también la única referida al Poder Judicial a través de la creación, como vamos a ver, del Tribunal de Justicia de la República.

41 Recordemos que el escándalo de la «sangre contaminada» se produjo por la omisión de las autoridades sanitarias de realizar los necesarios análisis de sida en la sangre utilizada para transfusiones, que había provocado la infección de muchas personas. El contexto enrarecido en el que se elabora y aprueba esta reforma constitucional se describe en DíEZ-PICAZO, L.M., *La criminalidad de los...*, ob. cit., p. 113 y ss.

42 Pues la comisión llamada a realizar una función de filtro valorando la *notitia criminis* debe hacerlo atendiendo al principio de legalidad —aunque no se excluya completamente el margen de apreciación atendiendo al principio de oportunidad a la hora de dar curso al procedimiento—, todas las facultades de investigación y decisión se atribuyen al Tribunal Superior de la República —órgano de naturaleza jurisdiccional— y se aplican al procedimiento de las reglas fundamentales del proceso penal ordinario (entre ellas, la posibilidad de recusar a los miembros el tribunal); CIANCIO, A., *Commentario alla Costituzione* (Art. 96), ob. cit., p. 1885.

quedaron sujetas, tras la reforma, a las reglas del Derecho común, sin especialidad alguna⁴³.

El nuevo sistema se asienta en el funcionamiento de tres órganos: la *Commission de Requêtes*, la *Commission d'Instruction* y la *Cour de Justice de la République*. Cualquier persona que se considere víctima de un delito u ofensa grave cometidos por un miembro del Gobierno en el ejercicio de sus funciones, puede plantear su denuncia ante la *Commission de Requêtes* en el Parlamento, también órgano de nueva creación, que decide, bien el archivo del caso, bien su traslado al Procurador General del Tribunal de Casación con el fin de que recurra ante el Tribunal de Justicia de la República (es decir, debe ejercer una función de filtro destinada a comprobar la solidez y seriedad de los hechos denunciados). Esta comisión se compone de tres jueces de la Corte de Casación —uno de ellos como Presidente—, dos miembros del Consejo de Estado y dos miembros del Tribunal de Cuentas. La legitimación para comunicar la denuncia a la comisión corresponde al Procurador General del Tribunal de Casación (que puede actuar por denuncia o de oficio). Sus decisiones revisten contenido jurídico pero también se analiza la oportunidad de la denuncia. No motiva y no cabe recurso contra sus decisiones. La *Commission d'Instruction*, integrada por cinco jueces de la Corte de Casación, desarrolla las facultades de instrucción del proceso y prepara el sumario. Sus decisiones son susceptibles de recurso de casación. Finalmente, la *Cour de Justice de la République* adopta la decisión de fondo sobre la culpabilidad de los acusados. Una sentencia en sentido favorable requiere la mayoría absoluta de los votos de sus miembros y es recurrible en casación. La Corte de Justicia de la República está integrada por 15 miembros: 12 miembros elegidos por el Parlamento (6 por la Asamblea Nacional y 6 por el Senado después de cada renovación general o parcial de estos órganos⁴⁴) y 3 jueces de la Corte de Casación, uno de los cuales preside el Tribunal. La *Loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de Justice de la République*, concreta los principios de organización y procedimiento que deben guiar la actuación del Tribunal de Justicia de la República.

Ahora bien, quizás esta situación especial, relativa a la responsabilidad de los miembros del Gobierno, sea objeto de una próxima reforma constitucional si finalmente se aprueba el Proyecto de Ley constitucional relativo a la responsabilidad jurisdiccional del Presidente de la República —ya he explicado en qué consistirá la reforma en su caso en nota a pie de página diez— y de los miembros del Gobierno

43 De hecho, la Corte de Casación francesa, tras la aprobación de Ley 93-952, modificó su jurisprudencia entendiendo que por «acto cometido en el ejercicio de las funciones» hay que entender «aquellos que tienen una relación directa con la conducta de los asuntos de Estado (...) excluyendo los comportamientos de la vida privada»; CIANCIO, A., *ibidem*, p. 1885.

44 Aunque la elección parlamentaria de estos jueces requiere una mayoría absoluta destinada a preservar su *autoritas*, ya se constató en su día que se estaba imponiendo la práctica parlamentaria en materia de designaciones: la distribución proporcional por cupos entre los diferentes grupos parlamentarios; DÍAZ-PICAZO, L.M., *La criminalidad de los...*, *ob. cit.*, p. 118.

(si bien la doctrina ya anunció, cuando conoció el Proyecto, que no parecía que su aprobación se fuera a realizar de inmediato para tratar de evitar un paralelismo de formas con la precipitada reforma constitucional que introdujo en el año 1993 la Corte de Justicia de la República)⁴⁵. Con relación a los miembros del Gobierno, se prevé una nueva modificación del Título X de la Constitución para terminar, se afirma, con el «privilegio de jurisdicción» que beneficia a los miembros del Gobierno. Se pretende continuar el proceso de judicialización para su exigencia de responsabilidad criminal, y, en concreto, suprimir el Tribunal de Justicia de la República, jurisdicción en cuya composición el número de magistrados es muy reducido, y donde, además, de nuevo, se afirma, las reglas particulares de competencia y procedimiento aplicables no coinciden con las de los procedimientos jurisdiccionales. Aprobada en su caso la reforma, los miembros del Ejecutivo francés pasarán a ser juzgados por los tribunales ordinarios —por las jurisdicciones parisinas competentes que estarán compuestas, al menos, por tres jueces— también por los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones. De cualquier forma, la reforma, si finalmente se convierte en realidad, no se traducirá en una parificación absoluta con las formas ordinarias de la justicia penal sino que se mantendrán especialidades en el procedimiento para la exigencia de la responsabilidad penal a los Ministros con el fin de evitar acciones abusivas. Así, la acción judicial deberá ser autorizada por una *commission de requêtes* compuesta por tres magistrados de la Corte de Casación, dos miembros del Consejo de Estado y dos magistrados del Tribunal de Cuentas.

Por otra parte, no es cierto que el único aforado en Italia sea el Presidente de la República (aunque el aforamiento previsto para los miembros del Gobierno es de mucho menor calado). La reforma constitucional del artículo 96⁴⁶ de la Cons-

45 *Projet de Loi Constitutionnelle relatif à la responsabilité juridictionnelle du Président de la République et des membres du Gouvernement*, enviado a la Comisión de Leyes constitucionales, de la legislación y de la Administración general de la República el 14 de marzo de 2013. Este Proyecto encuentra sus antecedentes en el trabajo desarrollado por la *Comisión de renovación y deontología de la vida pública* (Comisión «Jospin») tras las elecciones presidencial y legislativas de 2012. La Comisión entregó al Presidente de la República, el día 9 de noviembre de 2012, el informe *Pour un renouveau démocratique*, y, entre sus propuestas, recogía una relativa a lo que se consideraban privilegios jurisdiccionales de los ministros. El informe destacó las críticas que ha recibido la Corte de Justicia de la República por su composición mixta y discutible imparcialidad y propuso su supresión con el objeto de someter a los ministros a la jurisdicción ordinaria; al respecto véase RUIZ RUIZ, J.J., «Panorámica constitucional de Francia en 2012», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, pp. 135-162. A favor de la supresión de la Corte de Justicia de la República CARCASSONE, G., «Cour de Justice de la République: renoncer au salmigondis à la Franchise», *La Semaine Juridique. Edition Générale*, núm. 14, 2 av. 2012, p. 395 y ss.; GUÉRIN-BARGUES, C., «Cour de justice de la République: pour qui sonne le glas?», *Thèmes: République*, 2014. En contra de su supresión GONDRE, L. y PRADEL, J., «La Cour de justice de la République: à conserver et à améliorer», *La Semaine Juridique. Edition Générale*, núm. 19, 7 mai 2012, p. 566 y ss.; PRADEL, J., «Disparition d'une juridiction d'exception au profit d'une procédure d'exception», *La Semaine Juridique. Edition Générale*, núm. 15, 8 Avril 2013, p. 403.

46 Tras la reforma, el artículo 96 de la Constitución italiana establece que «El Presidente del Consejo de Ministros y los ministros, aun cuando hayan cesado del cargo, son sometidos, por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, a la jurisdicción ordinaria, previa autorización del Senado de la República o de la Cámara de los Diputados, según las normas establecidas por la Ley constitucional». Con anterioridad a la reforma, el artículo 96 del mismo texto establecía que «El Presidente del Consejo de Ministros y los ministros

titución italiana por Ley constitucional número 1 de 16 de enero de 1989⁴⁷ tuvo por objeto principal la supresión de la «justicia política» prevista en la Constitución italiana hasta ese momento —similar a la que todavía hoy afecta al Presidente de la República— con relación a los miembros del Gobierno y la atribución del conocimiento de las causas penales que pudieran afectarles a la jurisdicción ordinaria (previa autorización de una de las Cámaras, conforme a los criterios establecidos en la ley de revisión). El núcleo de la reforma, que se aplica a los miembros del Gobierno incluso una vez cesados del cargo (ex ministros), consistió así en una supresión del sistema de justicia política para encausar al Presidente del Consejo de Ministros y a los Ministros pero no se tradujo en una parificación completa del procedimiento finalmente dispuesto con las formas ordinarias de la justicia penal. El procedimiento especial previsto tras la Ley de 1989 perseguía una triple función: i) garantizar la posición constitucional del órgano; ii) tutelar a la persona contra instrumentalización de la acción de la justicia, y; iii) permitir la valoración de causas de justificación de contenido eminentemente político⁴⁸.

Seguramente, el elemento de distinción de más peso dispuesto haya sido la pervivencia de una fase parlamentaria con funciones de filtro respecto al ejercicio de la acción penal (la Cámara competente únicamente puede negar por mayoría absoluta la autorización cuando entienda que el ministro ha actuado para tutelar un interés del Estado constitucionalmente relevante o para conseguir un interés público preeminente en el ejercicio de la función de Gobierno⁴⁹). Pero, en lo que a nosotros interesa, la Ley número 1 de 1989 también prevé un aforamiento

son acusados por el Parlamento en sesión común por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones». Sobre la dificultad aplicativa del antiguo artículo 96 de la Constitución italiana y la necesidad de la reforma CIANCIO, A., CIANCIO, A., *Commentario alla Costituzione* (Art. 96), ob. cit.; ELIA, L., «Le nuove regole sui reati ministeriali. Commenti», *La Legislazione Penale*, núm. 4, 1989, pp. 465-518.

47 *Legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1. Modifiche degli articoli 96, 134 e 135 della Costituzione e della legge costituzionale 11 marzo 1953, n.1, e norme in materia di procedimenti per reati di cui all'art. 96 della Costituzione* (G.U. n. 13 del 17 gennaio 1989).

48 CERRI, A., «Giudizio e procedimento d'accusa», *Enciclopedia Giuridica*, XV (Garanzie imp), Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1989, p. 6.

49 Artículo 9.1 de la Ley constitucional n° 1 de 1989. La Cámara correspondiente no puede negar la autorización entendiendo que existe un *fumus persecutionis* (porque las diligencias de investigación preliminares son la que realizan dicho filtro); CERRI, A., «Giudizio e procedimento...», ob. cit., p. 6. La Cámara correspondiente únicamente puede paralizar la acción judicial en los dos casos tasados que menciona dicho artículo 9 que implican la presencia de intereses superiores de *salus rei publicae* (lo cual, naturalmente, resulta conforme al fin principal de la reforma consistente en acabar con el régimen de evidente privilegio e impunidad al que había dado lugar el originario proceso constitucional); CIANCIO, A., *Commentario alla Costituzione* (art. 96), ob. cit., p. 1864. Antes de la reforma, la valoración del *fumus* sí competía a la Cámara. La reforma suprimió dicha posibilidad buscando atribuir íntegramente a la autoridad judicial ordinaria la valoración del carácter estrictamente jurídico concerniente a la *notitia criminis* remediando así una praxis parlamentaria abusiva que, con el argumento de la insuficiencia de indicios, no concedía la autorización (en realidad, antes de la reforma la autorización parlamentaria resultaba absolutamente libre extinguiendo definitivamente la acción penal y produciendo la impunidad ministerial). Por otra parte, el peligro denunciado de que una supuesta «razón de Estado» se acabe imponiendo sobre la persecución de los delitos se previene en la Ley constitucional de reforma a través de la exigencia de un quórum cualificado de mayoría absoluta para denegar la autorización; ibídem, p. 1876.

cuando se trata de dirimir la responsabilidad penal del miembro del Gobierno por la comisión de «delitos ministeriales», esto es, por hechos presuntamente delictivos cometidos por el Presidente del Consejo de Ministros o los ministros con ocasión o que guarden relación con el ejercicio del cargo⁵⁰ (se aplican las reglas del derecho procesal común —incluida la regla de competencia— a los delitos cometidos por los ministros como ciudadanos privados o bien que no guardan relación con el ejercicio de sus funciones; esto es, no hay derogación del rito ordinario para los ilícitos penales comunes en los que puede incurrir el ministro). En concreto, esta excepción a la regla general de la competencia procesal se manifiesta tanto en lo relativo a la investigación como en lo relativo a la decisión sobre la responsabilidad de los miembros del Gobierno por «delitos ministeriales».

En cuanto a la investigación, el Ministerio Público, tras recibir la *notitia criminis* concerniente a «delitos ministeriales», remitirá los actos al órgano al que se refiere el artículo 7 de la Ley constitucional de 1989: al «Tribunal de los ministros». Este órgano —y no el Ministerio Fiscal— desempeñará las funciones instructoras en el proceso contra ministros por «delitos ministeriales». Desarrollará una primera deliberación sumaria —irrecurrible— sobre la base de unas mínimas diligencias de investigación que servirá de filtro para dejar atrás las denuncias infundadas y abusivas y que dará paso a la fase de la autorización parlamentaria. Y, en segundo lugar, desarrollará la actividad instructora en sentido técnico tras la concesión de la autorización parlamentaria⁵¹. Se trata de un colegio

50 Sobre el debate doctrinal acerca que los hechos que podían activar el procedimiento del artículo 96 de la Constitución CIANCIO, A., *Commentario alla Costituzione* (art. 96), ob. cit., pp. 1865-1872. Esta autora sostiene que la noción de «delito ministerial» como ilícito puramente funcional ha sido acogida en el ordenamiento italiano a través de la Ley constitucional n. 1 1989. La nueva noción de delito ministerial es comprensiva, según la autora, de cualquier violación del derecho penal respecto a la cual la presencia de la función ministerial ha desarrollado un papel determinante, tratándose de delitos cometidos por quien tenía la disponibilidad de la función ministerial con abuso de poderes o con violación de los deberes propios o también, más extensamente, a causa de la actividad ministerial o en conexión con la misma, o valiéndose del cargo extrayendo beneficios de las funciones, quedando solo fuera de dicha definición los ilícitos penales en relación de mera contextualidad cronológica con la actividad ministerial. Y señala que la jurisprudencia ha avalado finalmente la tesis de que el «delito ministerial» susceptible de activar el procedimiento recogido en el artículo 96 de la Constitución italiana es el cometido por el ministro «en el ejercicio de sus funciones». En definitiva, también para la jurisprudencia el delito ministerial es aquel acto o conducta «referible a la competencia funcional del sujeto».

51 Su naturaleza jurídica ha sido discutida doctrinalmente. La tesis minoritaria ha calificado al «Tribunal de los ministros» de nuevo órgano de relevancia constitucional, si bien, como se ha señalado, dicha posición contrasta con la *ratio* inspiradora de la reforma que hacía una alusión explícita a la «jurisdicción ordinaria» en el artículo 96 del texto constitucional. Tampoco es pacífico que este colegio sea un órgano perteneciente a la magistratura ordinaria pues cierto sector doctrinal ha sostenido que con la creación del «Tribunal de los ministros» se ha dado vida a una nueva jurisdicción especial (en claro contraste con lo establecido en el artículo 102 de la Constitución italiana). Sin embargo, y teniendo en cuenta que los caracteres que reúne el órgano son los propios de una magistratura del orden judicial ordinario, que se compone exclusivamente con jueces ordinarios y que se inserta en un órgano de la jurisdicción ordinaria (el Tribunal de la capital de provincia correspondiente del distrito de la Corte de Apelación correspondiente), se ha afirmado el carácter «ordinario» del órgano, aunque con una especialidad por razón de la materia. Así, y atendiendo a su naturaleza, podría ser definido como una «sección especializada para una determinada materia inserta en la jurisdicción ordinaria»; CIANCIO, A., *Commentario alla Costituzione* (art. 96), ob. cit., p. 1875.

de tres miembros efectivos y tres suplentes que se crea en la sede del Tribunal de la capital de provincia del distrito de la Corte de Apelación competente por razón de territorio a través de un sorteo que se realiza entre todos los magistrados en servicio de los Tribunales de distrito que tengan al menos cinco años la categoría de magistrado de Tribunal o superior⁵².

Y, con relación al juicio y a la sentencia sobre la responsabilidad de los miembros del Gobierno por «delitos ministeriales», se aplican las normas procesales comunes, con la única diferencia de que se produce una modificación en cuanto a la atribución de la competencia en virtud de lo establecido en el artículo 11 de la Ley constitucional 1989. El precepto atribuye siempre y con independencia de cuál sea la entidad del delito, el juicio de primer grado al Tribunal de la capital de provincia del distrito de la Corte de Apelación competente en razón del territorio, no pudiendo formar parte del órgano juzgador los magistrados que formaron parte del colegio que realizó la actividad instructora⁵³. El criterio normal de la atribución de la competencia judicial por razón del territorio se combina así con un criterio de orden cualitativo.

Otros supuestos de aforamiento de los miembros del Gobierno los encontramos en Austria y Bélgica. Y, en Portugal, como veremos, únicamente está aforado, refiriéndonos al Gobierno, el Primer Ministro.

La Constitución austríaca prevé el aforamiento ante el Tribunal Constitucional de los miembros del Gobierno Federal y de los miembros de los Gobiernos de los entes territoriales (así como de otras altas autoridades del Estado).

El Consejo Nacional es el órgano competente para interponer la acusación contra los miembros del Gobierno federal y órganos equiparados en cuanto a responsabilidad. En general, la Asamblea Regional correspondiente es el órgano competente para interponer la acusación contra los miembros de un Gobierno regional y órganos equiparados en cuanto a responsabilidad (aunque el Gobierno Federal puede también interponer la acusación contra el Gobernador regional o algún miembro del Gobierno regional en determinadas circunstancias).

El artículo 142 del texto constitucional prevé un *impeachment* ante el Tribunal Constitucional por infracciones de ley cometidas con ocasión de actos vinculados al ejercicio del cargo que termina, en su caso, con la pérdida del cargo, y, cuando se aprecien circunstancias especialmente agravantes, con la pérdida temporal de los derechos políticos. Pero, además, el artículo 143 del mismo texto establece un aforamiento ante la Tribunal Constitucional, que será el órgano competente para dirimir la responsabilidad jurídica criminal por la comisión de delitos ministeriales, esto es, vinculados al ejercicio del cargo. Así pues, la acusa-

52 Artículo 7.1º de la Ley constitucional de 1989. El colegio se renueva cada dos años si bien sus funciones se prorrogan para los procedimientos en curso (art. 7.2º Ley constitucional de 1989).

53 Posteriormente, la aplicación de las normas procesales comunes para las impugnaciones y posteriores grados de juicio (artículo 11.2 de la Ley constitucional 1989) constituye una muestra más, también significativa, del proceso de «normalización» del procedimiento por delitos ministeriales.

ción contra los miembros de los Ejecutivos central y periféricos se podrá interponer por acciones penales perseguibles en la jurisdicción penal que guarden relación con la actuación oficial del imputado. El Tribunal Constitucional será el órgano competente para decidir al respecto y así se le transferirán las actuaciones inquisitivas eventualmente pendientes en los tribunales penales. El Tribunal, en estos casos, además de la sanción de remoción en el cargo y pérdida temporal de los derechos políticos, puede imponer las sanciones recogidas en la ley penal.

Por otro lado, la responsabilidad penal ministerial se regula en el artículo 103 de la Constitución belga y afecta tanto a los ministros del Gobierno central como a los miembros de los Gobiernos de Comunidad o Región. Este precepto fue modificado por la *Loi constitutionnelle du 12 juin 1998*⁵⁴ (antes de dicha reforma los ministros eran acusados por la Cámara de Representantes y juzgados por la Corte de Casación⁵⁵).

En la actualidad, el artículo 103 del texto constitucional belga exige la autorización de la Cámara de los Representantes para iniciar la acción judicial contra los ministros, salvo en el supuesto arresto por concurrir un delito flagrante. Y, por lo que hace al específico tema del aforamiento, atribuye la instrucción y la dirección de los procesos penales contra los ministros al fiscal público del Tribunal de Apelación competente, y el conocimiento de los delitos cometidos por estos mismos al Tribunal de Apelación. Si bien se produce una remisión a la ley que desarrolle el procedimiento para que determine cuál será, en concreto, el Tribunal de Apelación competente (la misma ley debe determinar en qué casos y de acuerdo con qué normas las partes damnificadas pueden entablar acción civil⁵⁶). Este procedimiento especial para exigir responsabilidad criminal a los ministros se prevé con relación a la comisión de actos vinculados al ejercicio de las funciones propias del cargo, pero también con relación a los delitos extra funcionales que pudieran haberse cometido de manera ajena al ejercicio del cargo y que

54 Publicada en *Moniteur belge du 16 juin 1998*. Por otra parte, el artículo 125 contempla alguna especificidad, que no afecta a la cuestión que analizo, en relación con la responsabilidad de los miembros del Gobierno de una Comunidad o Región. Dicho precepto fue también modificado en el año 1998 por la *Loi constitutionnelle du 17 juin 1998* (publicada en *Moniteur belge du 16 juin 1998*).

55 Antes de la reforma constitucional, el artículo 103 de la Constitución belga preveía el aforamiento en favor del Tribunal de Casación al establecer que «La Cámara de Representantes tendrá la facultad de acusar a los Ministros y de llevarles ante el Tribunal de Casación, único que podrá juzgarles en sesión conjunta de todas las Salas, salvo lo que disponga la ley en cuanto al ejercicio de la acción civil por la parte lesionada y a los crímenes y delitos que los ministros hayan cometido fuera del desempeño de sus funciones. La ley determinará los casos de responsabilidad, las penas aplicables a los Ministros y el modo de proceder contra ellos, bien en virtud de acusación admitida por la Cámara de Representantes, bien por querrela de la parte lesionada».

56 La *Loi du 25 juni 1998, réglant la responsabilité pénale des ministres*, publicada en *Moniteur belge du 26 juin 1998*, desarrolla las particularidades del procedimiento aplicable, tanto en lo relativo a la instrucción como al propio juicio (cualidad de los magistrados llamados a ejercer las funciones de instrucción y procuraduría, composición del colegio habilitado para ordenar las medidas de restricción...), y tanto con relación a los ministros del Gobierno central como a los ministros de las Comunidades o Regiones. Precisa, además, que las infracciones cometidas en el ejercicio de las funciones ministeriales sean juzgadas por la Corte de Apelación de Bruselas.

debieran ser juzgados mientras todavía se encuentran desempeñando el cargo. Y, por cierto, también se aplica a los ex ministros.

Finalmente, en Portugal, el artículo 196 de su Constitución regula la responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno señalando que ningún miembro del Gobierno puede ser detenido o preso sin autorización de la Asamblea de la República, salvo en caso flagrante delito o de delito doloso al que corresponda una pena de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años (no especifica si se trata de delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones o no). Además, y una vez que se ha promovido un procedimiento criminal contra un miembro del Gobierno y ha sido acusado definitivamente, la Asamblea de la República decidirá si el miembro del Gobierno debe o no ser suspendido de sus funciones a los efectos de que pueda continuar el proceso penal, resultando preceptiva la decisión de suspenderlo cuando se trate de un supuesto de delito flagrante o de delito doloso al que corresponda una pena de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años. Por otro lado, el artículo 117.1 del mismo texto constitucional señala que los titulares de cargos políticos responden política, civil y criminalmente por las acciones que realicen en el ejercicio de sus funciones, sin prever ninguna especialidad con respecto al órgano competente para conocer de las causas contra ellos.

Ahora bien, no es cierto, como se ha afirmado, que el único supuesto de aforamiento previsto en Portugal sea el del Presidente de la República (aunque sí sea el único que se prevé a nivel constitucional). El artículo 11.3 del Código Procesal Penal portugués establece, con respecto a los miembros del Gobierno y con ocasión de actos cometidos en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, el aforamiento ante el Pleno de las Secciones penales del Tribunal Supremo de Justicia del Primer Ministro (además, el Presidente de la Asamblea de la República queda también aforado en las mismas condiciones que el Primer Ministro)⁵⁷. Es decir, en el ordenamiento jurídico portugués se encuentran aforados ante el Pleno de las Secciones Penales del Tribunal Supremo los titulares de la Jefatura del Estado, del Parlamento y del Gobierno. Según el artículo 11.7 del mismo texto, los jueces de las Secciones penales del Tribunal Supremo de Justicia son los competentes para la investigación e instrucción de estos casos⁵⁸.

57 DL n° 78/87, de 17 de Fevereiro. Por su parte, el artículo 43 a) de la Ley n° 52/2008, de 28 de agosto, de Organización y Funcionamiento de los Tribunales Judiciales, reitera que compete al Pleno de las Secciones de lo penal del Tribunal Supremo de Justicia juzgar al Presidente de la República, al Presidente de la Asamblea de la República y al Primer Ministro por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

58 Por otra parte, el aforamiento de los miembros del Gobierno constituye una previsión excepcional a nivel constitucional en el nuevo constitucionalismo europeo. Solo se prevé con claridad en las Constituciones polaca (Tribunal de Estado —artículo 156 de la Constitución—) y rumana (Tribunal Supremo de Justicia —artículo 108.2 de la Constitución—). Curiosamente, no en el caso de la Constitución de Bielorrusia que vimos en nota a pie de página si establecía el aforamiento a favor del Jefe del Estado. De cualquier modo, el aforamiento sí se prevé para los parlamentarios (y, por tanto, para los miembros del Gobierno parlamentarios).

3. El aforamiento parlamentario

La existencia de especificidades en el procedimiento para exigir la rendición de cuentas a los miembros de las Asambleas legislativas es generalizada en el derecho constitucional comparado (del mismo modo que, hemos visto, sucede con relación a la rendición de cuentas de los titulares de la Jefatura del Estado y del Gobierno). Se concretan, muy especialmente, a través de la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria. Por el contrario, el fuero especial parlamentario es una prerrogativa que no suele reconocerse en el derecho comparado europeo.

Salvo en el caso español, solo se contempla el aforamiento parlamentario en los Países Bajos (el artículo 119 de la Constitución holandesa establece que los miembros del Parlamento serán juzgados por la Corte Suprema por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones) y en Grecia (el artículo 61.2 de su Constitución establece que el Tribunal de Apelación es competente para juzgar los delitos de difamación cometidos por los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones). Por lo demás, ni la Constitución alemana⁵⁹, ni la francesa, ni la italiana, ni la portuguesa, ni la austríaca, ni la belga, ni la luxemburguesa, ni la danesa, ni la noruega, ni la finlandesa, ni, finalmente, la sueca, prevén aforamiento parlamentario alguno. Y tampoco se recoge en las normas infra constitucionales, al menos, si se sigue la tendencia de las normas infra constitucionales de los países más próximos al nuestro que he analizado y que no lo prevén (salvo el caso excepcional del aforamiento del Presidente de la Asamblea legislativa portuguesa, el cual, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.3 del código procesal portugués, se encuentra aforado en las mismas condiciones que el Primer Ministro y el Presidente de la República ante el Pleno de las Secciones penales del Tribunal Supremo)⁶⁰.

Por otra parte, en el nuevo constitucionalismo europeo, la inexistencia constitucional de aforamiento parlamentario es también la regla general. Ni las Constituciones de la República checa, de la República eslovaca, de Hungría, de Eslovenia, de Croacia, de Bosnia y Herzegovina, de Serbia, de Macedonia, de Albania, de Bulgaria, de Estonia, de Letonia, de Lituania, de Ucrania o de Moldavia recogen la figura⁶¹. Tampoco se puede considerar un ejemplo de aforamiento la inter-

59 Hay que tener en cuenta, en todo caso, que la Ley Fundamental de Bonn nos habla de los prerrogativas de los miembros del Bundestag (Dieta Federal) pero no de las prerrogativas de los miembros del Bundesrat (Consejo Federal), que está compuesto por los miembros de los Gobiernos de los Estados miembros (*Länder*) que los nombran y los cesan. En su caso, las prerrogativas se reconocen en la Constitución de cada Estado miembro.

60 Se ha consultado, para confirmar dicho dato, las siguientes normas: la *Gerichtsverfassungsgesetz* que regula en Alemania la competencia de los órganos judiciales en lo penal y no establece aforamiento alguno a favor de los cargos políticos, directa o indirectamente representativos; en Italia, el *Regio Decreto 30 gennaio 1941, n. 12, Ordinamento Giudiziario*, el *Codice di Procedure Penale* y el *Codice di Procedure Civile*; en Francia, el *Code de l'Organisation Judiciaire*, el *Code de Procédure Penale* y el *Code de Procédure Civile*; en Portugal, la *Ley de Organizcao e Funcionamento dos Tribunais Judiciais*, el *Código de Processo Civil* y el *Código de Processo Penal*.

61 Queda pendiente, en todo caso, un análisis de las normas infra constitucionales que regulan las competencias de los tribunales en estos países para comprobar que dicho aforamiento no haya sido introducido por dicha vía a pesar de la ausencia de previsión constitucional al respecto.

vención del Tribunal de Estado polaco, pues éste solo puede pronunciarse sobre la pérdida del mandato de los parlamentarios si se produce un incumplimiento de la interdicción de desarrollar cierta actividad empresarial (artículos 198 a 201 de la Constitución polaca).

Habría que destacar, por excepcionales, los casos de Rumania, en Europa central, y de Bielorrusia, en Europa del este. Los aforamientos en Rumania (artículo 69 de su Constitución) y Bielorrusia (artículo 102 de su Constitución) se han articulado de forma muy similar al supuesto español (el órgano de aforamiento en ambos supuestos es el Tribunal Supremo).

En definitiva, España constituye una excepción en el contexto general europeo de ausencia de aforamiento parlamentario, y, además, puede ser considerada la excepción más importante ya que ha sido la que podido influir en la asunción de esta prerrogativa por parte de algunos países —poquísimos— de Europa central (Rumania) y oriental (Bielorrusia).

III. EL AFORAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. LAS FINALIDADES DEL AFORAMIENTO EN ESPAÑA QUE AFECTA A LOS TITULARES DE CARGOS POLÍTICOS, DIRECTA O INDIRECTAMENTE REPRESENTATIVOS

El aforamiento constituye una excepción al principio de igualdad ante la ley en lo que a las reglas generales de la atribución de la competencia objetiva del derecho procesal común se refiere. Pero, como ya se afirmara en su día, para denunciar la colisión de las inmunidades en sentido amplio, entre ellas el aforamiento, con este principio, «no basta con constatar que aquéllas se destinan a proteger a determinados sujetos de acusaciones a las que la generalidad de los ciudadanos se ven, en cambio expuestos. (...) para que exista una real violación del principio de igualdad no es suficiente la realización de una diferencia de trato por parte de una disposición o de un conjunto de disposiciones, sino que precisa demostrarse que tal disparidad no se haya justificada por una diferencia objetiva de situaciones de hecho»⁶².

El aforamiento, como toda excepción al principio de igualdad, requiere, para poder ser considerada lícita, primero, que con ella se pretenda satisfacer la consecución de una finalidad admisible constitucionalmente, y, segundo, que el instituto de articule respetando el parámetro de la proporcionalidad. Con relación a la finalidad, hay que señalar que su razonabilidad no implica que la desigualdad únicamente pueda aparecer justificada cuando pretenda la consecución de fines que sean reconducibles, directa o indirectamente, a intereses o bienes constitu-

62 PIZZORUSSO, A., «Inmunidades parlamentarias. Un enfoque...», ob. cit., pp. 49-50.

cionalmente relevantes. Es decir, la razonabilidad de la diferenciación no implica, forzosamente, que la finalidad pretendida consista en la realización de un bien o valor constitucional; es suficiente con que sea constitucionalmente admisible por no contrariar el sistema de valores constitucionalmente protegido. Por otra parte, aplicando el juicio de proporcionalidad, se trata de analizar qué relación de adecuación, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto, media entre la medida que limita el principio de igualdad ante la ley (el aforamiento, en este caso) y la finalidad pretendida por la misma para concluir si conduce —o no— a un sacrificio excesivo, porque, si así fuera, estaríamos ante una limitación inconstitucional de la igualdad. Por cierto, algunos autores detectan que el problema del aforamiento español, en la mayoría de los supuestos previstos, no reside en su justificación teleológica, pues estiman que la diferencia de trato que introduce responde a la consecución de un fin constitucionalmente lícito, sino en una articulación desmesurada y desproporcionada del mismo⁶³. En las líneas que siguen a continuación, ya necesariamente breves, me detendré en el análisis de la finalidad o finalidades que se han apuntado a efectos de justificar el aforamiento de los cargos políticos directa o indirectamente representativos. Este análisis debe afrontarse necesariamente con carácter previo, pues, si se considera que la finalidad o finalidades apuntadas no justifican la previsión de su fuero procesal especial, entonces, sencillamente, no debe continuarse —por innecesario— con el estudio de la proporcionalidad de la plasmación concreta de una institución que no se justifica teleológicamente.

Naturalmente, la razón última de la previsión de un aforamiento podría venir motivada por razones puramente subjetivas, esto es, con el objetivo, bien de privilegiar a sus destinatarios, bien de perjudicarlos, en función del interés concreto que tenga el poder en la causa. Sin embargo, este tipo de aforamiento se muestra absolutamente incompatible con la idiosincrasia propia del Estado constitucional de Derecho (aunque, en tal supuesto, lo habitual será encontrar un discurso público dirigido a encubrir su auténtica finalidad). Las prerrogativas en

63 En todo caso, muy críticos con el aforamiento, centrándose básicamente en el parlamentario, pueden consultarse las opiniones de MARTÍNEZ ELIPE y SANTAOLALLA LÓPEZ en la encuesta publicada en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, 2000, el primero en las pp. 68-69, y el segundo en las pp. 39-40 (que vierte una crítica feroz del aforamiento señalando que lo de menos es que el aforamiento parlamentario prive al afectado de una segunda instancia; lo que lo hace realmente inadmisibles es su incompatibilidad con el principio de no discriminación pues no encuentra ninguna explicación que tenga la suficiente entidad como para convencer de la necesidad de excepcionar principio tan relevante en el Estado constitucional). Aunque hay que señalar que este mismo autor ha justificado el aforamiento de los miembros del Gobierno en *Comentarios a la Constitución*, dir. Garrido Falla, 2ª ed. Civitas, Madrid 1985; MONTERO AROCA, J., «Los privilegios en el Proceso Penal», *Poder Judicial*, núm. 39, 1995, pp. 39-40; SÁIZ ARNAIZ, A., en «El derecho fundamental al recurso en el orden penal y la interpretación del artículo 24.1 de la Constitución de conformidad con el Derecho internacional y europeo de los derechos humanos (especial referencia a la situación de los aforados y a los supuestos de conexidad): un ejemplo de desafortunada jurisprudencia constitucional», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 5, 2003, p. 138; y en «Aforamiento y doble grado de jurisdicción», *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 5, 2001, p. 83.

el Estado constitucional, incluido el aforamiento, no deben constituir herramientas en manos del poder para asegurar su impunidad o el control de la decisión de un conflicto jurídico que, por cualquier razón, le pueda interesar. Y, por ello, nuestro Tribunal Constitucional ha querido resaltar que la alteración de la regla general de la competencia procesal no pretende satisfacer intereses privados sino que atiende a la satisfacción de intereses exclusivamente generales⁶⁴, destacando, asimismo, que el aforamiento previsto en la Constitución no se configura precisamente porque de él se desprenda ventaja procesal alguna. Al contrario, señala, viene acompañado de alguna desventaja procesal de relevancia como la relativa a la ausencia de derecho a recurso o a doble grado de jurisdicción⁶⁵.

Ahora bien, el mundo de los aforamientos en España es extremadamente complejo, diverso, y como tal debe ser tratado. Recordemos que, en nuestro país, y si bien la Constitución española prevé el aforamiento, exclusivamente, para ciertos titulares de cargos políticos, directamente o indirectamente representativos, del Estado central (Diputados, Senadores y miembros del Gobierno de la nación), posteriormente, el legislador, ha extendido la figura aplicándola también al caso de los titulares de cargos políticos, directa o indirectamente representativos, de las Comunidades Autónomas, a muchas otras autoridades del Estado, a los titulares de funciones fiscales y jurisdiccionales y a aquellos otros que se ocupan de la protección de la seguridad ciudadana (los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado). Las finalidades pretendidas en los distintos supues-

⁶⁴ En este sentido, con relación a los aforamientos parlamentarios, la STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 5º (téngase en cuenta, igualmente, la STC 51/1985, FJ 6º); en el supuesto de aforamiento judicial, resulta particularmente interesante la reflexión vertida al respecto en la STS de 4 de abril de 2001 (caso magistrado Estevill), Ponente: Martín Canivell. Citaremos dos ejemplos recientes en la doctrina sosteniendo la misma tesis: MARTINELLI, C., *L'indisicabilità parlamentare. Teoria e prassi di una prerogativa costituzionale*, Giuffrè editore, Milano 2012, p. 10; FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La doctrina constitucional sobre las prerrogativas parlamentarias en España», *Foro, nueva época*, núm. 14, 2011, p. 72.

⁶⁵ La STC 51/1985, de 10 de abril, fue la primera que justificó la ausencia de un segundo grado jurisdiccional en los supuestos de aforamientos de parlamentarios pero, desde entonces, son muchas más las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional se ha manifestado en este sentido extendiendo dicha justificación a los supuestos en los que no aforados se ven arrastrados a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo por hallarse implicados en la misma causa o en causas conexas a las de una persona aforada. Con relación a la compatibilidad del aforamiento con el derecho fundamental a recurso en el ámbito penal, puede consultarse SAIZ ARNAIZ, A., en «El derecho fundamental al recurso en el orden penal y la interpretación del artículo 24.1 de la Constitución de conformidad con el Derecho internacional y europeo de los derechos humanos (especial referencia a la situación de los aforados y a los supuestos de conexidad): un ejemplo de desafortunada jurisprudencia...», ob. cit., pp. 123-156, o en «Aforamiento y doble grado de...», ob. cit., pp. 71-101. El autor criticó entonces la jurisprudencia del Tribunal Constitucional señalando que la supresión del recurso en los casos de aforamiento y de las personas «arrastradas» al Tribunal especial no se desprendía de la Constitución y que, aún más, la interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva de conformidad con los tratados internacionales ratificados por España (art. 10.2 CE) implicaba afirmar que aforados y no aforados «arrastrados» debían disponer de recurso. En todo caso, estamos ante artículos publicados con anterioridad a la ratificación por parte del Estado español del Protocolo núm. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual permite excepcionar el derecho al recurso por infracciones penales de menor gravedad según las defina la ley o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto grado jurisdiccional.

tos de aforamiento, así como su concreta configuración en cada caso, pueden coincidir en todo, en nada o solo parcialmente, y ello obliga a realizar un análisis individual de la justificación del aforamiento y de su plasmación específica en función del colectivo analizado. En estas páginas me estoy refiriendo al aforamiento de los titulares de cargos políticos, directa e indirectamente representativos.

Los debates constituyentes de los preceptos constitucionales que prevén los aforamientos de parlamentarios y miembros del Gobierno arrojan poca luz al respecto. Por su parte, la doctrina y la jurisprudencia han apuntado diversas finalidades para justificar la existencia del aforamiento de los titulares de cargos políticos, directa o indirectamente representativos, en nuestro país. Se ha dicho que el aforamiento pretende disuadir de una instrumentalización de la justicia a través del planteamiento de denuncias falsas con relación a aquellas personas que, por la relevancia de sus tareas públicas, están especialmente expuestas a este tipo de conductas⁶⁶; se ha dicho que el aforamiento permite atribuir el conocimiento de estas causas, especialmente relevantes habida cuenta sus potenciales consecuencias institucionales, a aquellos tribunales que tienen un mayor grado de cualificación y experiencia técnica; se ha dicho que con él se pretende garantizar una mayor agilidad, rapidez, de la respuesta judicial cuando atañe a estos sujetos con el objetivo último de minimizar, en el mayor grado posible, el daño para el prestigio de las instituciones en las que desempeñan funciones (que una causa de esta naturaleza no debe dilatarse en el tiempo poniendo así en jaque la credibilidad de las instituciones de las que, en última instancia, depende la credibilidad del sistema); o, finalmente, que con él se persigue asegurar una actuación judicial racional y ajustada a Derecho en la medida en que dichas causas se atribuyen a aquellos órganos judiciales que están en mejor disposición de soportar —por el estatuto jurídico de sus miembros— las presiones que presumiblemente se producirán durante los procesos atinentes a estas personas; o que incluso se sentirán —por la posición que ocupan en el seno del Poder Judicial— menos abrumados por la resolución del caso, seguramente de gran relevancia social (habida cuenta el perfil de sus destinatarios)⁶⁷. Incluso, se ha apuntado a consideraciones de tipo protoco-

66 El partido UPyD, que considera que el aforamiento pretende disuadir de comportamientos en este sentido, propone que su supresión debe venir necesariamente acompañada de la adopción de soluciones pensadas para disuadir del planteamiento de denuncias falsas (se refiere, en concreto, al reforzamiento del delito de denuncias falsas). Un ejemplo significativo en la doctrina defendiendo esta postura es el de Díez-Picazo, L.M., «La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno», *Cuadernos y Debates*, Serie Minor, CEC, Madrid 1996, p. 21.

67 En este sentido, casi siempre centrandó su atención en el específico caso del aforamiento parlamentario, ALZAGA VILLAAMIL, O., *La Constitución española de 1978*, Madrid 1978, p. 638; FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La doctrina constitucional sobre las prerrogativas parlamentarias en España», *Foro. Nueva Época*, núm. 14, 2011, p. 64; FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., «Artículo 71, Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias», *Comentarios a las Leyes Políticas*, dir. O. Alzaga Villaamil, vol. VI, Madrid 1989, p. 375; FERNÁNDEZ-VIAGAS, B., *El juez natural de los parlamentarios*, Madrid 2000, pp. 106-107; SOTO NIETO, F., «Inviolabilidad, inmunidad y aforamiento de Diputados y Senadores», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 1997, pp. 1212-1213; VILLASEÑOR BARRIOS, C., *Trascendencia de las prerro-*

lario para justificar el fuero especial (en particular, con relación a los miembros del Gobierno).

A mi juicio, la figura del aforamiento no guarda relación de causalidad —o la guarda solo de una forma muy indirecta— con la finalidad referida a servir como mecanismo disuasorio de acciones que desembocan en una instrumentalización de la justicia a través del planteamiento de denuncias falsas. Como creo que de forma acertada ha señalado parte de la doctrina, «el aforamiento, como figura autónoma de la inmunidad, no evita la interposición de querellas insidiosas»⁶⁸, y, por consiguiente, no es posible recurrir a este argumento para justificar la existencia de fuero procesal especial. Por otra parte, el argumento relativo a la atribución de las causas que afectan a determinadas personas que desempeñan funciones de peso institucional a tribunales —especialmente Tribunal Supremo— que tienen un mayor grado de cualificación y experiencia técnica, es muy discutible, pues, realmente, el aforamiento desvía el asunto a órganos judiciales pensados básicamente para resolver recursos y unificar doctrina pero no para instruir y dirimir causas penales. Y, finalmente, el argumento de las razones protocolarias no tiene, pienso, entidad suficiente para justificar una excepción tan importante al principio de igualdad.

Quizás podría tener algo de peso aquella razón que pretende explicar la existencia de aforamiento en la necesidad de garantizar una especial celeridad en la decisión de ciertos casos, cuya resolución, excesivamente dilatada en el tiempo, puede mermar la credibilidad de órganos fundamentales de la planta institucio-

gativas parlamentarias del artículo 71.1, 2 y 3 de la Constitución española en el proceso penal, manuscrito disponible en la Facultad de Derecho (UCLM), 1990, pp. 118-120; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Cuestiones para la exigencia de responsabilidad criminal al Presidente y demás miembros del Gobierno», *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil, Cortes Generales, Edersa 1998, Tomo VIII, p. 375; GARCÍA MAHAMUT, R., *La responsabilidad penal de los miembros del gobierno en la...*, ob. cit., pp. 288-289 (con relación a los miembros del Gobierno); OBREGÓN GARCÍA, OBREGÓN GARCÍA, A., *La responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno: análisis del artículo 102 de la Constitución...*, ob. cit., pp. 56-57 (también con relación a los miembros del Gobierno).

68 LÓPEZ AGUILAR, J.F., en la encuesta publicada en la revista *Teoría y Realidad Constitucional*, 2000, p. 39. En el mismo sentido GARCÍA MAHAMUT, R., *La responsabilidad penal de los miembros del gobierno en la...*, ob. cit., pp. 157-158: «el aforamiento como figura autónoma no evita la interposición de querellas insidiosas pues solo implica que una causa deberá ser conocida por un órgano jurisdiccional diferente de aquél previsto por las leyes procesales. Es decir, cuando se ha hablado de aforamiento vinculado a la inmunidad parlamentaria se habla de protección del cargo frente a denuncias insidiosas, pero el fuero es una figura autónoma con un fundamento constitucional propio». Los mecanismos para evitar esta utilización perversa de la justicia son otros. Por ello, el replanteamiento de la figura del aforamiento en nuestro país podría venir acompañado —pero no necesariamente— de una reflexión sobre la situación de los mecanismos que sí aparecen conectados con la disuasión de comportamientos que instrumentalizan la justicia en este sentido (delito de denuncias falsas, imposición de costas en caso de inadmisión de una denuncia falsa...). Naturalmente, la configuración de los medios dispuestos para evitar esta instrumentalización de la justicia no pueden convertirla en inaccesible, y menos aun cuando se trata de exigir la rendición de cuentas de personas con ciertas responsabilidades (lo que supondría un grave atentado para el derecho a la tutela judicial efectiva). Nos encontramos, de nuevo, ante la complejísima tarea de plantear soluciones que sean capaces de componer, equilibrar los intereses diversos que entran en conflicto. Pero, en todo caso, el problema de la instrumentalización de la justicia a través del recurso a la denuncia falsa es un asunto diverso del aforamiento que no nos ocupa ahora.

nal del Estado. Sin embargo, este argumento también podría servir como coartada para continuar retrasando la solución del auténtico problema consistente en un funcionamiento judicial escandalosamente lento.

Pero la razón de mayor peso para justificar la existencia del aforamiento es, en mi opinión, aquélla que lo fundamenta en la necesidad de atribuir el conocimiento de determinadas causas —de gran relevancia por el peso institucional del sujeto implicado en las mismas y especialmente proclives, por ello, de suscitar presiones en los órganos judiciales llamados a decidir al respecto⁶⁹— a aquellos tribunales que, por diversas razones, se presume que están en mejor disposición de soportar tales presiones y aportar así una solución imparcial al caso. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 22/1997, de 11 de febrero, FJ 6º, un auténtico *leading case* con relación a la justificación del aforamiento ante el Tribunal Supremo, se pronunció en los siguientes términos: «Aflora así la finalidad cuya salvaguarda se persigue mediante la constitucionalización de la prerrogativa especial de Diputados y Senadores. Proteger la 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 del 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...)»⁷⁰.

Sin embargo, se ha discutido que el Tribunal Supremo, y, muy en particular, los Tribunales Superiores de Justicia, los tribunales de aforamiento de los titulares de cargos políticos, directa o indirectamente representativos en nuestro país, sean los órganos judiciales que en mejor disposición se encuentran de asumir

69 Presiones dirigidas a beneficiar o perjudicar al aforado; presiones procedentes de diversos flancos —del propio aforado o ajenas a la voluntad del aforado—.

70 En esta dirección, con anterioridad a dicha decisión del Constitucional, el ATS de 15 de noviembre de 1993, recurso 40/1991 (ponente: RUIZ VADILLO): «El aforamiento no es un privilegio, en absoluto, es el establecimiento de un enjuiciamiento a determinadas personas que, por su condición en la vida política o judicial, se encomienda al más alto de los órdenes jurisdiccionales dentro de la jurisdicción, es decir, al Tribunal Supremo que, por razón de su propia naturaleza, se piensa que puede ejercer su tarea juzgadora con mayores garantías, sin que ello suponga, esto es obvio, una minoración del reconocimiento de la independencia y serenidad de cualquier Tribunal»; o el ATS de 18 de julio de 1995: «La razón del cambio de competencia (...) no es, desde luego, la de constituir un privilegio que, de existir sería inconstitucional, sino, más bien, el reforzamiento de las garantías en el sentido de que, pese a su condición, estas personas tendrán un juicio justo, tanto desde la perspectiva del justiciable como —y seguramente con más fuerza—, de la propia sociedad». Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha reiterado dicha justificación en resoluciones posteriores (entre otras, SSTC 65/2001, de 17 de marzo, FJ 4º b); 66/2001, de 21 de marzo, FJ 4º b); 123/2001, de 5 de junio).

decisiones racionales (en el momento de la valoración de la prueba) y *secundum legem* (en el momento de la aplicación del Derecho) cuando se trata de enjuiciar a los aforados, y, especialmente, a los aforados políticos. Así, el partido político UPyD los califica como tribunales más cercanos al Poder Ejecutivo cuestionando por tanto su independencia⁷¹. Pero dicha situación también se ha hecho notar, si bien de una forma más serena, y desde luego mucho más científica, por la doctrina. En este sentido tendríamos que mencionar la opinión del profesor Saiz Arnaiz, el cual, en su día, ya señalaba lo siguiente: «Qué decir, en fin, de las *vinculaciones políticas* que en ocasiones —cada vez más, por desgracia— se predicán de no pocos de los miembros del Tribunal Supremo (algo tendrá que ver el sistema de provisión singularmente discrecional de las vacantes en su seno), y mucho menos de los componentes de otros órganos judiciales, dato éste que serviría para debilitar la tesis de la (por naturaleza, a lo que se ve) cualificada independencia e imparcialidad de nuestra más alta instancia judicial»⁷². Y si esto se ha dicho con relación al Tribunal Supremo, la misma tesis se sostiene con relación al aforamiento autonómico ante los Tribunales Superiores de Justicia⁷³.

Pues bien, aunque resulta difícil encontrar en la doctrina y jurisprudencia vertida sobre el tema la explicitación de las razones que permiten afirmar que

71 En concreto, UPyD ha cuestionado la independencia de estos tribunales superiores «dada la intromisión de los partidos políticos. Sin prejuzgar, por supuesto, la neutralidad de los mismos, pueden y suelen ser más receptivos». También ha dicho «los Altos Tribunales del Estado (como el Tribunal Supremo o los Tribunales Superiores de Justicia) son los más susceptibles de politización habida cuenta de que en el nombramiento de sus magistrados interviene directamente el Consejo General del Poder Judicial, a cuyos miembros nombran, a su vez, los partidos políticos mediante un calculado sistema de reparto de cuotas». Este discurso cala, por cierto, en la ciudadanía que observa así con gran suspicacia y recela de la figura del aforamiento. Por poner un ejemplo, en una opinión recogida en *El País* del día 13 de abril de 2014 se podía leer: «Las probabilidades de que un presunto delincuente sea juzgado por un magistrado afín tienden a cero. Las de un político corrupto se multiplican, sin embargo, de manera excepcional. Por eso, aunque produjo cierto escándalo, a pocos sorprendió demasiado que el expresidente de la Generalitat valenciana, Francisco Camps, perseguido entonces por sus conexiones con la trama Gürtel, declarara ser más que un amigo del presidente del TSJ de Valencia, Juan Luis de la Rúa, el mismo que archivó la querrela del caso e ignoró el informe policial que relataba los indicios de financiación irregular del PP valenciano. A pesar de la incompatibilidad manifiesta —si no legal, al menos lógica—, el entonces vicepresidente del CGPJ, Fernando de la Rosa, no quiso relevar de su puesto a De la Rúa, lo que tal vez se entienda mejor si se tiene en cuenta que De Roda fue militante de Alianza Popular y ocupaba el puesto a propuesta del mismo partido de Camps».

72 SAIZ ARNAIZ, A., «El derecho fundamental al recurso en el orden penal y la interpretación del artículo 24.1 de la Constitución de conformidad con el Derecho internacional y europeo de los derechos humanos (especial referencia a la situación de los aforados y a los supuestos de conexidad): un ejemplo de desafortunada jurisprudencia...», ob. cit., p. 138. En esta línea puede consultarse ESPIGADO GUEDES, D., «Los privilegios parlamentarios en cuestión. Una revisión de la inmunidad y el aforamiento en el Derecho español», *Revista Online de Estudios de Derecho*, trabajo supervisado por M^a J. ARIZA COLMENAREJO (Profesora Titular de Derecho Procesal), núm. 3, 2013. Desde otro punto de vista, pero también con relación a este tema de la imparcialidad, se ha dicho que aunque el magistrado instructor —del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia— no integre la Sala correspondiente, es difícil que la «Sala mantenga la distancia en caso de que se recurra uno de los actos del instructor y se corrijan sus actuaciones; sería algo así como desautorizar a un compañero».

73 SANTALOLALLA LÓPEZ, F., en la encuesta publicada en la revista *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, 2000, p. 40.

estos órganos judiciales están en una posición especialmente proclive de garantizar la resolución imparcial de estos casos, las razones para pensar así deben tener que ver, en mi opinión, con la composición del órgano judicial llamado a resolver —la resistencia a vencer presiones parece mayor en un órgano judicial colegiado⁷⁴—, pero, básicamente, con el estatuto jurídico de sus miembros. En las líneas que siguen a continuación me centraré, brevemente, en el Tribunal Supremo (pues me temo que ya me estoy extendiendo demasiado y pienso que la conclusión que voy a verter al respecto indica ya la idea que tengo sobre el aforamiento en el seno de los Tribunales Superiores de Justicia).

No parece discutible, en efecto, que el estatuto jurídico de los magistrados del Tribunal Supremo es el más consistente a efectos de resistir las presiones potenciales que, muy probablemente, se van producir con ocasión de la resolución de los casos que de una u otra forma afectan al poder. Los magistrados del Tribunal Supremo ocupan un cargo bien remunerado y de prestigio de forma vitalicia y ello, en principio, debería hacerlos particularmente resistentes a dichas presiones. En esta línea, el profesor IGNACIO DE OTTO señalaba en su día que lo decisivo para saber si los jueces son o no son independientes, no es el órgano que los designa, «sino que quienquiera que sea quede privado ulteriormente de todo poder, bien porque el Juez es llamado a ocupar el cargo de por vida, bien porque, nombrado por un tiempo, no puede ser reelegido»⁷⁵. Frente a ello, en la judicatura española, «El juez no es un profesional experimentado y prestigioso del Derecho que, como culminación de su carrera, es llamado al ejercicio de su jurisdicción, sino un licenciado en Derecho —normalmente sin experiencia previa y cuya personalidad global resulta desconocida— que aspira a ascender dentro de un cuerpo de funcionarios y que, por tanto, es sensible a cuando pueda suponer un obstáculo para la consecución de este objetivo»⁷⁶, especialmente, si no descar-

74 En principio se puede pensar que un tribunal colegiado (como el Tribunal Supremo o los Tribunales Superiores de Justicia) está en mejor disposición que un órgano judicial unipersonal de resolver de forma imparcial este tipo de asuntos de gran trascendencia y repercusión pública (en mejor disposición de soportar y resistir las presiones a las que seguramente se verá sometido en tanto en cuanto la decisión que finalmente se adopte aparecerá respaldada, al menos, por la mayoría del órgano colegiado y se sentirán así arropados —no completamente solos como sucedería con un órgano judicial unipersonal— a la hora de adoptar la misma). Pero este argumento se puede rebatir señalando que el juicio penal siempre se analiza, en algún momento, a través de un órgano judicial colegiado. Cuando decide un órgano judicial unipersonal, si la pena atribuida al hecho presuntamente delictivo no alcanza cierta entidad, cabrá apelación ante la Audiencia Provincial. Y, en ocasiones, cuando la pena atribuida al hecho presuntamente delictivo alcance determinada entidad, el órgano judicial de primera instancia que deberá enjuiciar el caso será colegiado (la Audiencia Provincial).

75 DE OTTO, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Secretaría Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid 1982, p. 113. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha afirmado que «el principio de independencia judicial no viene determinado por el origen de los llamados a ejercer funciones jurisdiccionales, sino por el STATUS que les otorga la ley en el desempeño de las mismas» (STC 204/1994, de 11 de julio, FJ 8º).

76 Díez-PICAZO, L.M., «Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, enero-abril 1992, p. 50. Publicado también en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor J. González Pérez*, I, Madrid 1993. En el mismo sentido, DE OTTO, I., *Estudios sobre el Poder...*, ob. cit., p. 126.

ta su ingreso en el Supremo, órgano al que se accede, como sabemos, por un nombramiento del Consejo General del Poder Judicial en el que la discrecionalidad, a pesar de la tendencia de los últimos años en la línea de tratar de someter estos nombramientos a parámetros de objetividad, motivación y transparencia⁷⁷, sigue desempeñando un papel decisivo en la decisión final⁷⁸. Por todo ello podría parecer que los magistrados del Tribunal Supremo están en mejor disposición de resistir presiones y juzgar de forma imparcial los casos que interesan al poder. Y ésta podría ser la razón fundamental para justificar el aforamiento de los titulares de cargos políticos, directa o indirectamente representativos.

Ahora bien, este análisis estrictamente jurídico del asunto no parece suficiente para concluir en dicho sentido. Porque, en efecto, este argumento jurídico, apoyado exclusivamente en el estatuto jurídico de los integrantes del órgano, podría perder entidad como *ratio* para la justificación del aforamiento si un análisis exhaustivo de sociología jurídica sobre los comportamientos efectivos de los magistrados del Supremo en el desempeño de su cargo confirmara, como todos tememos, que, con carácter general, estos magistrados se sienten en deuda con aquellos que contribuyeron a su promoción al Supremo cuando tienen que decidir un caso que afecta a la responsabilidad de las élites políticas y su decisión no

77 Sobre esta cuestión puede consultarse MARTÍNEZ ALARCÓN, M^a L., «El nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo. A propósito de la reciente reforma del artículo 127 LOPJ», *Jueces para la Democracia*, núm. 52, marzo 2005; y «La dificultad de la renovación del Consejo General de Poder Judicial: ¿posibles alternativas?», *Jueces para la Democracia*, núm. 67, marzo 2010.

78 Recordemos que la historia de la Administración de Justicia española constituye un ejemplo en el que se evidencia con claridad meridiana cómo la articulación de un sistema de ascensos de naturaleza discrecional para la promoción de los altos cargos del Poder Judicial ha permitido que sucesivos Gobiernos realizaran un control indirecto sobre la judicatura impidiéndole, por esta vía, constituirse como un auténtico poder independiente capaz de garantizar la limitación jurídica del poder político. Pero, como ya señaló en su día el profesor IGNACIO DE OTTO, «el problema que plantea la existencia de una Carrera Judicial en cuanto a la independencia del Juez —la utilización de los ascensos como premios— se ha resuelto en nuestro derecho para la mayor parte de los destinos mediante procedimientos reglados en los que se elimina por completo o se reduce al mínimo el margen de discrecionalidad. Esto, y no la atribución del poder decisorio al Consejo General, es la garantía de que la independencia del Juez quede asegurada también frente al posterior enjuiciamiento de su labor en el desarrollo de la función jurisdiccional», DE OTTO, I., *Estudios sobre el Poder...*, ob. cit., p. 124. En virtud del ascenso de juez a la categoría de magistrado por criterios reglados, el candidato sabe que no es necesario rendir pleitesía a nadie para lograr su promoción. Sabe que su ascenso dependerá, exclusivamente, de su antigüedad y de su preparación, esta última puesta de manifiesto, según el caso, a través de determinadas pruebas selectivas o de especialización regladas cuya calificación se confiere a un tribunal de composición plural. Además, la decisión sobre nombramientos reglados de magistrados puede ser impugnada en alzada ante el Pleno del CGPJ y la decisión de éste, a su vez, en vía contencioso-administrativa ante la Sala correspondiente del Tribunal Supremo. Así se responde a las expectativas propias de una justicia independiente y de calidad en el supuesto del ascenso de juez a magistrado. Por otra parte, la antigüedad en el ascenso a magistrado del Tribunal Supremo no juega como criterio de promoción, sino como requisito para ser promovido. Cumplido el mismo, nos encontramos ante la discrecionalidad del CGPJ, el cual efectúa los nombramientos en este escalafón con un notable margen de libertad. En este momento se «plantea en toda su agudeza el problema ya apuntado de la promoción como amenaza a la independencia del Juez, pues no cabe duda alguna de que acceder a estos puestos es la legítima aspiración de gran número de miembros de la Judicatura, que saben así que la culminación de su carrera depende de la voluntad el Consejo», ibídem, p. 126.

se conduce de forma imparcial, o, al menos, de forma completamente imparcial. La experiencia sociopsicológica confirma que el titular de un cargo permanece obligado a la persona u organización responsable de su nombramiento⁷⁹. A lo que hay que añadir que si bien la promoción de los miembros del Supremo en la Carrera Judicial ya ha concluido, no puede olvidarse que pueden mantener ciertas expectativas de acceso a otros puestos (magistrado del Tribunal Constitucional, vocal del Consejo General del Poder Judicial...).

En definitiva, parece que los fundamentos para justificar este instituto son un tanto endeble para conducir, como conducen, a limitar el principio de igualdad ante la ley. A ello habría que añadir los numerosos problemas procesales que ha planteado este instituto y que la doctrina, fundamentalmente procesalista, y los órganos judiciales, con ocasión de la resolución de los casos concretos, han puesto en evidencia. Y habría que tomar especialmente en serio esa creencia extendida entre la ciudadanía que identifica el aforamiento con un privilegio al servicio del poder político en un momento en el que la credibilidad de nuestras instituciones pende de un hilo. Aunque, naturalmente, estas palabras no impiden reconocer que la exigencia de responsabilidad a los titulares de cargos políticos, directa o indirectamente representativos, exige concretar determinadas especialidades procedimentales destinadas a garantizar el funcionamiento regular de los órganos en los que desempeñan sus funciones. Pero ésta es una cuestión distinta al tema específico de su aforamiento cuya justificación en nuestro país resulta extremadamente complicada.

TITLE: *The Public Office's legal Immunity. Spanish law and Comparative Law*

ABSTRACT: *The number of aforados has been discussed in recent times in Spain. Most authors, after saying that this procedural exception exists only exceptionably in the Comparative Constitutional Law, request a substantial decrease of its figure in our country. However, this research of Comparative Constitutional Law reveals that the aforamiento is usual in relation to the Head of State and the Government members in the European constitutionalism. By contrast, the parliamentary aforamiento is an exceptional situation. Anyway, the Comparative Constitutional Law, although useful, should not be decisive in order to take a decision about the future of this privilege in our country. In this regard, it is absolutely necessary to take into account its objectives and the causal and proportionately relationship between the adopted measure (aforamiento) and the achievement of those objectives in the political, institutional and social context of the specific country. And the truth is that the arguments to justify this institution, an exception to the principle of equality, are certainly weak.*

79 «Especialmente, cuando el nombramiento está determinado por consideraciones políticas, el favorecido está expuesto a la tentación humana de pagar su deuda desempeñando su cargo de forma condescendiente»; «las influencias políticas en el nombramiento matizan el subsiguiente desempeño del cargo, aun cuando el juez no sea consciente de ellos», LOEWENSTEIN, D., *Teoría de la Constitución*, trad. De Alfredo Gallego Anabitarte, ed. Ariel, Barcelona 1982, pp. 297 y 301, respectivamente.

RESUMEN: *El número de aforados en nuestro país ha sido objeto de una fuerte polémica en los últimos tiempos en España. La mayoría, tras afirmar que esta institución se prevé de forma absolutamente excepcional en los países con los que compartimos una tradición jurídica común, solicita una reducción sustancial de esta cifra. Sin embargo, este análisis de derecho constitucional comparado revela que el aforamiento es una práctica habitual con relación a los Jefes de Estado (en el marco de una responsabilidad, eso sí, muy limitada) y a los miembros de Gobierno en el constitucionalismo europeo. Sí que es excepcional, sin embargo, el aforamiento parlamentario. En todo caso, el recurso al derecho comparado, aunque útil, no debe ser el elemento decisivo en la decisión sobre el futuro de esta institución en nuestro país. En este sentido resulta inexcusable tomar en consideración los fines pretendidos por la misma y la relación de causalidad y proporcionalidad existente entre su previsión y la consecución de dichos fines en el marco político, institucional y social del país de referencia en el que se inserta. Y lo cierto es que los fundamentos para justificar su presencia en nuestro país son un tanto endeble para conducir, como conducen, a limitar el principio de igualdad ante la ley.*

KEY WORDS: *aforamiento, justification, Comparative Constitutional Law.*

PALABRAS CLAVE: *aforamiento, justificación, derecho constitucional comparado.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 10.12.2014

FECHA DE ACEPTACIÓN: 04.02.2015