

Recensión a

ARNALDO ALCUBILLA, Enrique: Las razones del aforamiento, Editorial Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021, 164 páginas.

XOSÉ ANTÓN SARMIENTO MÉNDEZ

Departamento de Derecho Público y Teoría del Estado de la USC

Escribir en 2021 un libro acerca del aforamiento es además de un notable esfuerzo intelectual un importante ejercicio de valentía por tratarse de una institución que se encuentra en el centro de un debate político contaminado por numerosos prejuicios y enfoques interesados. Por esta razón, es de agradecer el trabajo de Enrique Arnaldo puesto que en ningún momento huye de un análisis sosegado y bien fundamentado de la problemática que hoy en día suscita el aforamiento en España.

El libro contiene además un prólogo muy sugerente de Antonio del Moral García quien desde su perspectiva de «aforado» argumenta claramente en favor de la existencia razonada del aforamiento como medio para proteger la función y no la persona.

La idea de la eficacia expansiva del principio de igualdad como argumento irrefrenable para la supresión del aforamiento y como instrumento básico para la regeneración institucional se confronta

desde un inicio por el autor con la justificación de distinciones que siempre deben estar motivadas y que se resumen en la expresión de que la igualdad democrática es homogeneidad, pero nunca completa y absoluta uniformidad.

Enrique Arnaldo es consciente de que los momentos de crisis en los que vivimos han de ser valorados en términos positivos en cuanto desafío que permite valorar la creatividad y abrir puertas al progreso. Por todo ello, acomete una obra que sistemáticamente aborda la institución del aforamiento con gran rigor jurídico al tiempo que con un desarrollo ameno que entusiasma al lector a medida que avanza en los trece capítulos que lo integran.

La crítica actual al funcionamiento del sistema institucional, de la que España no se ha sustraído, se vincula desde un comienzo en el caso de la institución del aforamiento con ciertas desconfianzas que han surgido hacia el poder judicial. Sin embargo, la existencia de un fuero especial no se entenderá como un privilegio de los políticos ni tampoco como una ausencia de responsabilidad. Estamos simplemente ante un mecanismo de determinación del tribunal competente para hacer efectiva la responsabilidad jurídica. En este orden de cosas, el autor se muestra abierto a nuevos modelos de gobernanza que en el ámbito de las buenas prácticas incorporan la aprobación de códigos éticos de conducta o deontológicos para los cargos públicos nacidos a partir del famosísimo informe Nolan de 1994 en el Reino Unido.

Como punto de partida Arnaldo plantea el mantenimiento del aforamiento vinculado a la dignidad institucional de los cargos a los que se les aplica. Obviamente por las funciones que esos cargos asumen y ejercen y que están vinculadas a los titulares de los tres poderes del Estado. Esta idea derivará más adelante como podremos analizar en su crítica a la extensión del aforamiento a los titulares de otros órganos no esenciales al Estado constitucional y especialmente a su juicio a la deriva que a través de los estatutos de autonomía y sus normas de desarrollo ha adquirido el aforamiento. Como protagonista en la vida reciente de las Cortes Generales y del Consejo General de Poder Judicial, el autor es

consciente de como en estos órganos constitucionales y también en el Consejo de Estado se ha planteado dar nueva redacción a los artículos 71 y 102 de la Constitución, tratando de limitar el aforamiento a las funciones propias del cargo.

La regeneración política que se predica en tantos lugares no puede vincularse de forma obsesiva a la supresión del aforamiento. Por el contrario, el sentido de esta institución radica en que la decisión colegial del tribunal competente atribuye una garantía complementaria en el tratamiento de la imputación del aforado. De este modo se elimina el automatismo que pueda existir en la fase preliminar de la investigación.

El interrogante acerca de la naturaleza del aforamiento se aborda en el capítulo segundo de la obra. El autor proclama su convicción de que se ha de circunscribir al orden penal y no extenderse a los demás órdenes jurisdiccionales. De este modo también el límite del aforamiento se vincula temporalmente al cargo y para ello trae a colación el Acuerdo no jurisdiccional de 2 de diciembre de 2014 en el que el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo determina que el *dies a quo* en el proceso penal se fija en la resolución judicial que acuerda la apertura del juicio oral y por ello queda fijada la competencia, aunque con posterioridad a dicha fecha se haya perdido la condición de aforado.

En todo caso, hay que destacar el carácter adjetivo y procesal del aforamiento a diferencia de la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias.

En nuestra vigente Constitución se reconoce el aforamiento de diputados y senadores de un modo ciertamente singular en el ámbito de nuestro derecho comparado e incluso también en nuestro derecho histórico. Esta prerrogativa tiene un carácter irrenunciable como podemos dar cuenta quienes nos hemos encontrado ante manifestaciones de aforados en nuestras cámaras parlamentarias que para reforzar sus argumentos plantean desde el primer momento su voluntad de someterse a otros órganos jurisdiccionales. Esto no es

posible ya que es una prerrogativa institucional y no personal que expresa la relevancia de la responsabilidad derivada del ejercicio de la función representativa.

Además de los miembros de las cámaras también el presidente y demás miembros del Gobierno gozan de aforamiento. Esta previsión es analizada desde una perspectiva comparada por el autor que evalúa los otros dos sistemas alternativos al judicial: el parlamentario y el de un tribunal especial, Tribunal del Estado en la Constitución de Weimar. Además, se preocupa de explicarnos un modelo que nos resulta particularmente cercano y al que denomina mixto previsto en el artículo 196 de la Constitución portuguesa. Su análisis de la historia constitucional española es muy interesante y finaliza con la referencia al ámbito de los reglamentos parlamentarios donde el autor, no olvidemos compañero letrado de las Cortes Generales, respalda las interpretaciones de Ripollés Serrano en relación con la aplicación del artículo 169 del Reglamento del Congreso de los Diputados.

Más allá de las previsiones constitucionales específicas existen ciertas leyes orgánicas reguladoras de las instituciones básicas del Estado que desarrollan aforamientos respecto de los integrantes del Tribunal Constitucional, del Consejo General del Poder Judicial y de los jueces y magistrados de carrera. En este momento, Enrique Arnaldo hace notar el silencio que, sobre el estatuto personal del Defensor de Pueblo, componentes del Tribunal de Cuentas y del Consejo de Estado mantiene la Constitución. Su opinión es clara, estos últimos no deberían de haber sido incluidos en la aplicación del instituto del aforamiento.

Un número muy importante de aforados en España está constituido por los jueces y magistrados tal y como se contempla en la Ley orgánica del Poder Judicial. Como es bien sabido, la Sentencia 61/1982, de 13 de octubre, concluyó que no es atentatorio al principio de igualdad la existencia de un antejuicio porque en ningún caso permite cerrar el paso a la acción penal, sino valorar la procedencia o no de admitir la querrela con mayores formalidades procesales. Todo esto es valorado por el máximo intérprete de la Constitución al considerar

la especificidad de la función ejercida por jueces y magistrados que concierne de modo relevante al interés público. Un análisis detallado de la normativa procesal lleva al autor a justificar el aforamiento previsto en la Ley orgánica del poder judicial en los términos actualmente contemplados.

Mucho más crítico es Arnaldo al abordar el aforamiento previsto en los estatutos de autonomía, si bien deja constancia *ab initio* de los recientes cambios producidos en el caso canario mediante la ley orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma de su Estatuto de Autonomía. El autor ubica la interrelación que nuestro ordenamiento jurídico consagra entre los parlamentos autonómicos y el Consejo General del Poder Judicial en lo referido a la posibilidad de designación de candidatos para la cobertura de magistrados del Tribunal Superior de Justicia en su Sala de lo Civil y Penal. Recordemos que, la Sentencia del Tribunal Supremo 4274/2020, de 17 de diciembre, ha venido a clarificar la aplicación de las distintas redacciones que contienen al respecto la Ley orgánica del Poder Judicial y la Ley de Planta y Demarcación Judicial.

Descrito este punto de partida, el libro profundiza en la constatación del aforamiento respecto de diputados autonómicos y miembros de los consejos de gobierno de las comunidades autónomas, y en este asunto se muestra particularmente crítico con la definición del aforamiento como una vertiente de la prerrogativa de la inmunidad que entienden algunos comentaristas de estatutos de autonomía. No entiende Arnaldo que se justifique esa regulación basándose en datos estadísticos sobre el elevado número de querellas contra parlamentarios autonómicos y, en consecuencia, a la necesidad de sustraer la inculpación, procesamiento y enjuiciamiento de influencias extrañas o perversas. Debo apuntar que, en la experiencia del Parlamento de Galicia no se ha producido en ningún caso esta abundancia de procesos judiciales que afectasen a parlamentarios autonómicos.

De forma enfática en el libro se pone de manifiesto que en las reformas estatutarias en curso es regla común la desaparición del

aforamiento, tanto para los miembros de los gobiernos como de las asambleas legislativas y, en ese sentido, refiere la llamativa terminología utilizada en el preámbulo de la Ley orgánica 1/2021, de 15 de febrero, en el que efectivamente se contienen numerosos errores conceptuales acerca de cuestiones relativas a las prerrogativas parlamentarias y a la transparencia política. Lo anteriormente dicho no obsta para que el mimetismo normativo autonómico haya generalizado aforamientos de forma generalizada para los comisionados parlamentarios autonómicos designados por las asambleas legislativas para la protección de los derechos. Esta situación le parece al autor una solución distópica «adoptada impudorosamente para repartir el carnet de aforado en razón del presunto relieve institucional de determinado cargo, como seguro distintivo y elocuente, precisamente de dicha relevancia, y al margen de su propia justificación».

El reconocimiento social y alta consideración que la ciudadanía tiene de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado como encargados de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana según el artículo 104 de la Constitución, hacen que exista una regla especial de competencia de conformidad a lo establecido a la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1990, y que el autor entiende que técnicamente no cabe calificar de aforamiento.

El rigor expositivo de la obra lleva a que se analice igualmente un grupo de situaciones que tienen una relevancia institucional menor respecto de las comentadas hasta ahora. En efecto, los capítulos VIII y siguientes tratan de una forma especial de aforamiento en el ámbito militar, los cargos públicos no aforados, el régimen del aforamiento de los miembros de la familia real y el aforamiento civil.

A modo de desenlace de la tesis expuesta a lo largo del libro, el autor concluye con una pregunta que a estas alturas de la obra resulta casi retórica: ¿conserva su razón de ser el aforamiento? La respuesta obviamente después del aluvión de argumentos históricos, dogmáticos y legales no puede ser más que afirmativa. De este modo, Enrique

Arnaldo compendia como conclusión las razones por las que no es un privilegio el conocimiento de causas por la Sala del Penal del Tribunal Supremo y por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, ya que los magistrados que las componen son igualmente independientes como los de cualquier instancia y las enjuician con la misma imparcialidad.

Además, el aforamiento no significa en modo alguno impunidad y los que así lo entienden esconden a juicio del autor una concepción servicial del poder judicial que concibe a los que lo integran como cercanos al poder político o con vinculaciones políticas con el mismo.

Coincido especialmente con las ideas expresadas por Arnaldo Alcubilla cuando afirma que en la España constitucional se ha transformado en normal lo excepcional y la idea que estudiamos en las facultades de derecho acerca del carácter fragmentario del derecho penal se ha transformado para, a través del *ius puniendi*, conseguir una mayor presión que la que se logra en los procedimientos civiles o contencioso administrativos. Además, es evidente que un cambio en el régimen jurídico del aforamiento exigiría una reforma constitucional que precisaría de un amplio consenso pero que, en modo alguno, debiera conducir a la supresión absoluta de la institución. Solo cabe concluir con el autor en el recuerdo de la sentencia del Tribunal Constitucional 55/1990 de 28 de marzo y afirmar con vehemencia que el aforamiento no es un caprichoso privilegio instituido para la defensa de las élites políticas en sentido amplio sino una institución creada para garantizar la independencia y libertad en el ejercicio del cargo o función. Para Enrique Arnaldo el aforamiento es «coesencial para el fundamento del sistema institucional. No es un blindaje.»

