TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO PENAL
C./ Plaza San Agustín nº 6
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 30 65 00
Fax.: 928 30 65 02
Email: civilpenaltsj.lpa@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Diligencias previas Nº proc. origen: 0001213/2017
Juzgado de Instrucción Nº 2 (Antiguo mixto Nº 7) de San Cristóbal de La Laguna

Procedimiento: Diligencias previas
Nº Procedimiento: 0000014/2017
NIG: 3501631220170000022

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Fiscal	MINISTERIO FISCAL	
Investigado	ANTONIO MIGUEL PÉREZ-GODIÑO PÉREZ	IRENE SANCHEZ PASTRANA
Investigado	JOSÉ ALBERTO DÍAZ DOMINGUEZ	MARIA TERESA ASIN JIMENEZ
Interviniente	FERNANDO CLAVIJO BATLLE	SILVIA MARRERO AGUIAR
Denunciante	RUBENS ASCANIO GÓMEZ	ADRIANA HERNANDEZ DIAZ
Denunciante	MARÍA JOSÉ ROCA SÁNCHEZ	ADRIANA HERNANDEZ DIAZ
Denunciante	IDAIRA AFONSO DE MARTÍN	ADRIANA HERNANDEZ DIAZ
Denunciante	SANTIAGO PÉREZ GARCÍA	ESTHER MARTIN GARCIA
Denunciante	JUAN LUIS HERRERA PÉREZ	ESTHER MARTIN GARCIA
Denunciante	CARMEN JULIA PÉREZ GARCÍA	ESTHER MARTIN GARCIA

AUTO

Presidente:

Excmo. Sr. D. Antonio Doreste Armas.

Magistradas:

Ilma. Sra. Dª Margarita Varona Faus.

Ilma. Sra. Dª Carla Bellini Domínguez.

Las Palmas de Gran Canaria, a 16 de enero de 2019.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 26 de noviembre de 2018 mediante diligencia de ordenación de la Letrada de la Administración de Justicia de esta Sala se tuvo por presentados recursos de súplica por la procuradora doña Irene Pastrana Sánchez en representación de don Antonio Miguel Pérez Godiño, por la procuradora doña Silvia Marrero Aguiar en representación de don Fernando Clavijo Batlle y por la procuradora doña María Teresa Asín Rodríguez en representación de don José Alberto Díaz Domínguez, contra el auto de fecha 14 de noviembre de 2018, por el que se acordó declarar la falta de competencia de esta Sala para continuar con las presentes diligencias previas y se acordó dar traslado de dicho recurso al Ministerio Fiscal y demás partes personadas.

SEGUNDO.- El 11 de diciembre de 2018 y una vez finalizado el plazo conferido en la citada diligencia de ordenación se tuvo por presentado dentro de plazo los siguientes escritos

registrados con los números:

- 443/2018, de la procuradora doña Adriana Hernández Díaz en representación de don Rubens Ascanio Gómez y otros, impugnando los recursos.

- 444/2018, de la procuradora doña Esther Martín García en representación de don Santiago Pérez García y otros, impugnando los recursos.

- 458/2018, del Ministerio Fiscal, interesando la desestimación del recurso interpuesto por la representación de don Fernando Clavijo Batlle.

- 459/2018, del Ministerio Fiscal, interesando la desestimación del recurso interpuesto por la representación de don José Alberto Díaz Domínguez.

- 460/2018, del Ministerio Fiscal, interesando la desestimación del recurso interpuesto por la representación de don Antonio Miguel Pérez Godiño.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La representación letrada de tres de los investigados han formulado recurso de súplica frente al auto dictado por esta Sala con fecha 14 de noviembre de 2018.

1.- Los motivos en los cuales se fundamenta el recurso de D. Antonio Miguel Pérez Godiño se basan en la indebida cuestión de competencia planteada prematuramente, antes de la entrada en vigor del nuevo Estatuto de Autonomía de Canarias, e incumpliendo los trámites procesales al no haberse dado traslado de ella a dicha representación, conforme establece el art. 759.2 de la L.E.Cr., causándole, en consecuencia, indefensión, e instando la nulidad de la misma.

2.- La representación de el Excmo. Sr. D. Fernando Clavijo Batlle argumenta su recurso en los siguientes motivos:

Primero: Nulidad de pleno derecho del Auto, al haberse dictado prescindiendo de normas esenciales del procedimiento con grave indefensión de esta parte.

Segundo: Competencia del TSJC para la completa instrucción de las presentes Diligencias Previas.

Tercero: Competencia del TSJC para resolver sobre lo interesado por la parte antes de la entrada en vigor del nuevo Estatuto de Autonomia de Canarias.

3.- Por su parte la representación de D. José Alberto Díaz Domínguez sustenta su recurso en un único motivo: Nulidad de la resolución recurrida, al haber sido dictada prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento.

SEGUNDO.- Recurso formulado por la representación del Sr. PÉREZ GODIÑO y del Sr. DÍAZ DOMÍNGUEZ:

El motiva alegado por las citadas representaciones se fundamenta en la vulneración al derecho de defensa sufrido por los recurrentes toda vez que en el que auto recurrido se resuelve una

cuestión de competencia planteada indebida y prematuramente, antes de la entrada en vigor del nuevo Estatuto de Autonomía de Canarias, e incumpliendo los trámites procesales al no haberse dado traslado al suplicante, según preceptúa el art. 759.2 de la LECrim., por lo que tal infracción procesal le ha causado indefensión, interesando la nulidad de la misma.

La STS 849/2013, de 12 de noviembre, en su Fundamento Decimoséptimo recoge lo siguiente:

"Como hemos dicho en SSTS. 802/2007 de 16.10 y 566/2008 de 2.10, la tutela judicial exige que la totalidad de las fases del proceso se desarrollen sin mengua del derecho de defensa, y así la indefensión, para cuya prevención se configuran los demás derechos fundamentales contenidos en el párrafo 2 del art. 24 CE, se concibe como la negación de la expresada garantía (SSTC 26/93 de 25.1 y 316/94 de 28.11).

Resulta conveniente analizar los rasgos de este concepto que la LOPJ convierte en eje nuclear de su normativa. La noción de indefensión, junto con la de finalidad de los actos procesales que se menciona también en el art. 240.1, se convierte en elemento decisivo y trascendental, que cobra singular relieve por su naturaleza y alcance constitucional. Es indudable que el concepto de indefensión comprendido en los arts. 238.3 y 240 LOPJ ha de integrarse con el mandato del art. 24.1 CE. sobre la obligación de proporcionar la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, aunque ello no signifique en la doctrina constitucional que sean conceptos idénticos o coincidentes.

A) Se ha expuesto, como primero de los rasgos distintivos, la necesidad de que se trate de una efectiva y real privación del derecho de defensa; es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia: no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada, bien porque no existe relación sobre los hechos que se quieran probar y las pruebas rechazadas, o bien, porque resulte acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción SSTC 106/83, 48/84, 48/86, 149/87, 35/89, 163/90, 8/91, 33/92, 63/93, 270/94, 15/95, 91/2000, 109/2002).

No basta, por tanto, con la realidad y presencia de un defecto procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa en relación con algún interés de quien lo invoca, sin que le sean equiparables las meras situaciones de expectativa del peligro o riesgo SSTC 90/88, 181/94 y 316/94).

En definitiva, no son, por lo general, coincidentes de manera absoluta las vulneraciones de normas procesales y la producción de indefensión con relevancia constitucional en cuanto

incidente en la vulneración del derecho fundamental a un proceso justo que establece el art. 24 CE. Así la STS 31.5.94 recuerda que el Tribunal Constitucional tiene declarado, de un lado, que no toda vulneración o infracción de normas procesales produce "indefensión" en sentido constitucional, pues ésta solo se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio (SSTC 145/90, 106/93, 366/93), y de otra, que para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración puramente formal sino que es necesario que con esa infracción forma se produzca ese efecto material de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa (SSTC 153/88, 290/93).

Por ello la exigencia de que la privación del derecho sea real supone e implica una carga para la parte que la alega, ***consistente en la necesidad de proporcionar un razonamiento adecuado sobre tal extremo, argumentando como se habría alterado el resultado del proceso de haberse practicado la prueba solicitada o evitado la infracción denunciada.***

B) Pero además, y en segundo lugar, la privación o limitación del derecho de defensa ha de ser directamente atribuible al órgano judicial. Ni la Ley ni la doctrina del Tribunal Constitucional amparan la omisión voluntaria, la pasividad, ni tampoco, ***de existir la negligencia, impericia*** *o el error.* ***La ausencia de contradicción y defensa de alguna de las partes en el proceso que resulta de su actuación negligente no puede encontrar protección en el art. 24.1 CE;*** *así ocurre cuando la parte que pudo defender sus derechos e intereses legítimos a través de los medios que el ordenamiento jurídico le ofrece no usó de ellos con la pericia técnica suficiente, o cuando la parte que invoca la indefensión coopere con la conducta a su producción, ya que la indefensión derivada de la inactividad o falta de diligencia exigible al lesionado, o causada por la voluntaria actuación desacertada, equivoca o errónea de dicha parte, resulta absolutamente irrelevante a los efectos constitucionales, porque el derecho a la tutela judicial efectiva no impone a los órganos judiciales la obligación de subsanar la deficiencia en que haya podido incurrir el planteamiento defensivo de la parte (STC 167/88, 101/89, 50/91, 64/92, 91/94 ,280/94, 11/95)."*

Pues bien, con sustento en la jurisprudencia citada, esta Sala rechaza la pretendida nulidad del auto citado por dos motivos:

1°.- En cuanto se refiere a la Diligencia de ordenación dictada por la LADJ de fecha 4 de diciembre de 2018, ésta lo que lleva a cabo es la remisión al Ministerio Fiscal de la exposición razonada remitida a este Tribunal por la Magistrada instructora de las Diligencias Previas nº 1213/2017, en las que no se está dilucidando una cuestión de competencia entre dos Juzgados o Tribunales de la jurisdicción ordinaria, como regula el citados artículo, por cuanto que un Juzgado de instrucción, como es el el Juzgado de Instrucción nº 2 de San Cristóbal de La Laguna, no puede promover una cuestión de competencia a un Tribunal Superior, como es éste. Lo que un Juzgado de instrucción lleva a cabo es la realización de una Exposición razonada de los motivos por los que considera que no es competente para conocer de un asunto y, oído el Ministerio Fiscal, al ser la determinación de la competencia cuestión de orden público, posteriormente y mediante auto motivado, aceptar o rechazar la competencia, pero nunca tiene capacidad un Juzgado de instrucción para remitir directamente un asunto que entiende que no le compete.

2º.- Y, suponiendo que el Sr. Pérez Godiño entendiera que tal derecho le correspondía, pudo, ya que se encuentra debidamente personado en las actuaciones, haber recurrido la Diligencia de ordenación reseñada, apenas tuvo conocimiento de ella, que no ha sido precisamente ahora. La mencionada Diligencia de ordenación le fue notificada a la parte recurrente el día 4 de septiembre de 2018 a las 13:29:45, tal y como consta en las actuaciones.

Y, del mismo modo que conoció y se aquietó con esta Diligencia, también lo hizo con la primera de ellas, la de fecha 28 de noviembre de 2017.

Corolario de lo anteriormente expuesto es que no existe tal vicio de nulidad como tampoco indefensión, toda vez que, conocido el emplazamiento del Ministerio Fiscal para la evacuación del informe sobre competencia y contenido, pudo, y no lo hizo, bien recurrir la Diligencia, bien interponer incidente de nulidad de actuaciones, según disponen los arts. 240 y 241 de la LOPJ en los plazos legalmente establecidos, ya fuera para los recursos ordinarios o para la nulidad hoy alegada.

Diferente argumentación afecta al suplicante don José Alberto Díaz Domínguez, ya que éste no se encontraba personado en las actuaciones al momento de ser dictada la Diligencia recurrida, con lo cual difícilmente puede exigir derechos que le corresponderían a la parte en un proceso, quien opta por no personarse en él. Pero sí es lo cierto que, en el momento en que esa parte se personó en las presentes actuaciones, pudo tomar pleno conocimiento de todo lo obrante en las mismas desde el inicio de éstas, pues para ello tiene lugar una personación, para ser parte en un proceso, o bien pudo pedir que directamente se le facilitase copia de todo lo actuado, a fin de tener conocimiento de lo que hoy dice ignorar y no haberse podido defender.

Tampoco, por tanto, puede alegar indefensión quien conociendo la existencia de las actuaciones pudo recurrir tal Diligencia ante la LADJ y no lo hizo, puesto que nulidad invocada es un remedio extraordinario que requiere, con anterioridad, haber utilizado la vía de los recursos ordinarios que el ordenamiento jurídico pone a disposición de las partes personadas.

Además de lo anterior, tal y como recoge la jurisprudencia citada al efecto, ninguna de las partes expone en su recurso una fundamentación adecuada acerca de cómo habría alterado su propia situación el hecho de haberle sido notificada dicha Diligencia, y el efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte suplicante.

En consecuencia, el recurso se desestima

Por cuanto se refiere a la cuestión de competencia planteada antes de la entrada en vigor del nuevo Estatuto de Autonomía de Canarias, dado que tal motivo de recurso ha sido también alegado por la representación del Sr. Clavijo, se resolverá conjuntamente en posterior Razonamiento.

TERCERO.- Recurso formulado por la representación del Excmo. señor CLAVIJO BATLLE:

El recurrente esgrime como primero de los motivos, la nulidad de pleno derecho del Auto de fecha 14 de noviembre de 2018, al haber sido dictado prescindiendo de normas esenciales del procedimiento con grave indefensión de esta parte. Expone que este Auto resulta de una tramitación procesal que ha prescindido de los trámites procesales establecidos;

A) Concretamente afirma que respecto de la Diligencia de ordenación de fecha 4 de septiembre de 2018, no tenía razón para promover cuestión de competencia , ya que ésta había sido ya asumida desde diciembre de 2017

Totalmente desacertada la afirmación del suplicante por cuanto que la Diligencia de ordenación de fecha 28 de noviembre de 2017, lo único que hace es recibir la Exposición Razonada del Juzgado de Instrucción nº 2 de La Laguna, con testimonio de la causa, (documental que no debió remitir el citado Juzgado hasta tanto este Tribunal Superior hubiera aceptado la competencia, pero que por cuestiones de economía procesal no se devolvieron) y dar traslado de ella al Ministerio Fiscal. Se trata de un mero registro de actuaciones ante este Tribunal, sin otra actividad procesal salvo la señalada.

La Diligencia de ordenación no acepta la competencia, quien ha de hacerlo es, mediante Auto, la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia, al encontrarse investigado un aforado.

Igual argumentación ha de realizarse para la segunda Exposición razonada. La Diligencia de ordenación de fecha 4 de septiembre de 2018 lo que recoge es la recepción de la nueva Exposición Razonada, y la remisión al Ministerio Fiscal para informe, según preceptúa el art. 759.2º de la LECrim., es decir, cumple con el trámite de recibir y remitir, nunca de aceptar o rechazar una competencia, como tampoco de continuar con la instrucción o archivar la causa.

B) Alega que los plazos conferidos al Ministerio Publico para que evacuara el informe que recoge la Diligencia de ordenación no se ajustaron a las previsiones legales.

A este respecto, damos íntegramente por reproducido lo ya expuesto por esta Sala el Razonamiento Segundo del Auto de fecha 14 de noviembre de 2018, en el cual se deja constancia que no existe ninguna irregularidad procesal digna de nulidad por vulneración del derecho de defensa en lo que atañe al plazo que el Ministerio Fiscal empleó en evacuar su informe y, prueba de ello, son todas las causas de prevaricación administrativa de aforados al Tribunal Supremo que éste ha conocido desde la entrada en vigor de la Ley.

C) En cuanto a la falta de notificación de dictamen del Ministerio Fiscal de fecha 8 de noviembre de 2018 a este recurrente, Sr. Clavijo, damos por reproducido lo expuesto en este Auto, Razonamiento Segundo, en cuanto a la cuestión de competencia expuesta. Añadiendo además que el aforado se personó en esta causa penal en fecha **30 de octubre de 2018**. Ello significa que desde dicho momento ha podido tener conocimiento de todo lo actuado, no solo desde dicha fecha, sino de todo lo anterior y, no recurrió ni la primera Diligencia de ordenación como tampoco la segunda.

Igual argumentación cabe respecto de la Providencia de decha 10 de septiembre de 2018.

D) Expone el recurrente la falta de audiencia a la parte y la considera una vulneración a la tutela judicial efectiva, por contravenir los arts. 759.2º de la LECrim. y 51 Y 52 de la LOPJ.

Efectivamente, de la Exposición Razonada solo se dio traslado al Ministerio Fiscal, y no a las partes personadas, si bien es cierto que de la Diligencia de ordenación de fecha 4 de septiembre de 2018, dando traslado al Ministerio Fiscal de la Exposición Razonada para que evacuara informe, se le dio copia a las partes debidamente personadas, es decir, al Sr. Pérez Godiño, don Santiago Pérez y don Rubens Ascanio, con fecha 4 de septiembre de 2018 a las 13:29:45, tal y como consta en las actuaciones. El resto tuvieron conocimiento de ella al personarse en las actuaciones. Es decir, el Sr. Clavijo tuvo conocimiento de la misma el día 30 de octubre de 2018.

Y, como se ha dejado constancia en los apartados anteriores, la citada Diligencia de ordenación no ha sido recurrida por ninguna de las partes, remitiéndonos igualmente al Razonamiento Segundo de esta resolución.

E) Entiende el recurrente que la cuestión de competencia era innecesaria, pues ya, por Diligencia de ordenación de fecha 28 de noviembre de 2017, se estaban instruyendo las Diligencias Previas nº 14/2017 por esta Sala, bajo las normas recogidas en la LO 1/1982.

Se equivoca la parte en esta afirmación y que es sobre la que gravita todo este primer apartado del recurso. Esta Sala de lo Penal del TSJC nunca, hasta el día 14 de noviembre de 2018, se había pronunciado acerca de su competencia para el conocimiento de estas actuaciones. Ni la Diligencia de ordenación de fecha 28 de noviembre de 2017, como tampoco la Diligencia de ordenación de 4 de septiembre, recogen la asunción de competencia alguna. Se trata de una actuación de registro de un procedimiento por parte de la LADJ, en la cual además se remite la Exposición razonada al Ministerio Público a fin que emita informe acerca de la competencia de este Tribunal Superior para el conocimiento de las Diligencias Previas aperturadas. Y, hasta que no se produce la aceptación de la competencia, mediante Auto razonado, no comienza en esta Sala la asunción del procedimiento en curso. Y, ni el Ministerio Fiscal ni tampoco este Tribunal ha entendido que le corresponde el conocimiento de ellas.

A tenor de lo expuesto, se desestima este motivo de recurso.

CUARTO.- Como segundo motivo de recurso, la parte suplicante entiende que esta Sala de lo Penal del TSJC es la competente para la completa instrucción de las presentes Diligencias Previas. Considera que le corresponde dicha competencia al ser el juez predeterminado por ley, por lo que el Auto recurrido vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de seguridad jurídica, al regir el principio de irretroactividad de la ley, añadiendo además que dicha competencia había sido ya asumida por esta Sala desde que se dictó la primera Diligencia de ordenación de fecha 28 de noviembre de 2017.

Comenzar dando íntegramente por reproducido lo expuesto en el Razonamiento Tercero del Auto recurrido, en el cual -por mayoría, al existir Voto Particular,- se rechaza la competencia de esta Sala para el conocimiento de las presentes Diligencias Previas, al mismo tiempo que se vuelve a insistir en que este Tribunal nunca ha procedido a admitir a trámite las mismas, ni cuando fue remitida la primera de las Exposiciones razonadas, ni tampoco al recibir la segunda de ellas, puesto que, volvemos a reiterar, la mera Diligencia de ordenación interesando del Ministerio Fiscal informe acerca de competencia y contenido de la Exposición razonada remitida, no es una asunción de la competencia. La admisión, o no, se lleva a cabo

mediante Auto, tal y como se ha efectuado en la contestada resolución de fecha 14 de noviembre de 2018, primera y única que se ha pronunciado acerca de la competencia y de la no asunción de la misma por esta Sala.

Por tal motivo, no puede hablarse de cual sea la legislación aplicable a un proceso en curso, que es la razón de ser de las Disposiciones Transitorias citadas y su posible competencia sobre el mismo. En este supuesto, no hay ni ha habido proceso en curso; la Sala nunca asumió su competencia sobre el mismo. Tampoco es desdeñable abundar en el hecho de que la LO 1/2018 no ha contemplado Disposición Transitoria alguna que pudiera referirse, en su caso, al tratamiento procesal de procesos en curso cuando podía haberlo contemplado perfectamente, como sí ha hecho en relación a las dos Disposiciones Transitorias que recoge la referida Ley Orgánica.

Nada permite concluir que se trate de un olvido del legislador, sino de la expresa voluntad del mismo de que la ausencia o derogación de los aforamientos para esta Comunidad Autónoma desplegara sus efectos, incluso de naturaleza jurídico-procesal, desde el momento mismo de su publicación y entrada en vigor.

En cuanto a los argumentos que el recurso de súplica esgrime acerca de la competencia y, como hemos dicho, dando por reproducido lo ya esgrimido al efecto, cabe destacar dos puntos nuevos: **I.-** El informe del Consejo de Estado, **II.-** La vulneración al principio de retroactividad de la Ley y, **III.-** La vulneración de los principios de tutela judicial efectiva y de seguridad jurídica.

I.- Por cuanto se refiere a este apartado, como punto de partida, hemos de señalar que poco o nada puede afectar y aportar el citado informe a este motivo de recurso cuando es lo cierto que tal informe se lleva a cabo para cuando se produzca una modificación de los aforamientos, dado que en este Comunidad Autónoma, tal situación se encuentra superada debido a la vigente LO 1/2018

Aun así, sí que parece procedente resaltar determinados puntos del mismo:

Concretamente entiende el mencionado informe, en cuanto a la formulación para la configuración del aforamiento, que ha de hacer referencia a las funciones propias del cargo, *"pues no hay que olvidar que el fundamento del aforamiento se encuentra en razones institucionales al cargo ejercido, que hacen la función del mismo una garantía de su desempeño público"*. Como ya mencionábamos en nuestra anterior resolución, en la cual se citaba este particular requisito exigido por la jurisprudencia, se hace necesario recordar que los hechos que hoy se debaten en las Diligencias Previas, no fueron hechos supuestamente cometidos por el aforado en función de su cargo, sino cuando ostentaba la condición de Alcalde de la ciudad de La Laguna.

Hecho importante que el citado informe recalca cuando expone en la página 21 que: *"Conviene recordar en este punto que los supuestos de aforamiento ya vigentes en los que opera una restricción funcional similar a la que se pretende introducir en la Constitución, no han suscitado mayores problemas en la práctica y que las reglas interpretativas fijadas por la doctrina constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo impiden una aplicación extensiva de los aforamientos. Así, la regla de interpretación y aplicación restrictiva de los aforamientos*

consagrada por el Tribunal Constitucional (Sentencias 55/1990, de 28 de marzo, y 68/2001 y 69/2001, ambas de 17 de marzo); la afirmación del criterio de excepcionalidad que ha de presidir la aplicación de las normas sobre aforamientos, en tanto que disposiciones prevalentes sobre las que establecen los criterios generales de competencia (sentencias citadas del Tribunal Constitucional; y Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 277/2015, de 3 de junio); o la resolución de los problemas interpretativos que suscite la aplicación del aforamiento atendiendo primordialmente a la finalidad a la que sirve la prerrogativa, pues no hay que olvidar que el fundamento del aforamiento se encuentra en razones institucionales vinculadas al cargo ejercido, que hacen del mismo una garantía de su desempeño público y del funcionamiento de la institución.

Y, es de resaltar que el informe en ciernes continúa dando vigencia y vigor a la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en la que: a) Se considera al aforamiento como un privilegio y que, b) como tal ha de ser aplicado con carácter restrictivo.

Esta restricción aparece también recogida por la citada doctrina en el acuerdo del pleno no jurisdiccional de fecha 2 de diciembre de 2014 que en las cusas para con aforados, la resolución judicial que acuerda la apertura del juicio oral constituye el momento en el que queda definitivamente fijada la competencia del Tribunal de enjuiciamiento. Criterio sobre la perpetuatio iurisdictionis que ya venía siendo aplicado en las SSTS 964/2011, 1034/2012, 1476/2012, 272/2013, 673/2013 y 869/2014, entre otras muchas.

Por tanto, hemos de recalcar que esta Sala nunca ha dictado resolución de admisión de su competencia hasta que se dicta el Auto recurrido, en el que expresamente se declara incompetente. Por esta razón, la Sala nunca ha entrado en el estudio de la cuestión de fondo, al ser precisa una resolución y un pronunciamiento de competencia con carácter previo.

Por otra parte, el sustrato del aforamiento, como ya se ha expuesto, está en la función de proteger o garantizar el cumplimiento de la función de servidor público, Y en esta dirección es en la que se pronuncia, como hemos recogido, el Consejo de Estado, cuando rechaza actuaciones que no vienen derivadas de la función que le es propia al Presidente del Gobierno, sino que devienen de su condición de primer edil de La Laguna y cometidos en actuaciones propias de la gestión local.

Por consiguiente, reiteramos también lo ya argumentado en cuanto al mantenimiento de los aforamientos respecto a delitos cometidos por el aforado por actos vinculadas al cargo ejercido, pues el Consejo de Estado en el citado informe, solo considera favorable su mantenimiento para aquellos delitos cometidos en las circunstancias citadas, por lo que, como seguimos sosteniendo, tampoco sería competente en este caso esta Sala. Por lo tanto, el voto mayoritario de la Sala no puede verse conducido por el docto y académico voto particular del Auto recurrido, alguno de cuyos planteamientos están recogidos en lenguaje mas llano en el recurso de súplica al que se responde, por cuanto se parte de una situación que no concurre en este supuesto.

En síntesis, en estos momentos corresponde al Juez originario y natural determinado por ley, el conocimiento de las actuaciones, toda vez que esta Sala de lo Penal del TSJC ha acordado su reenvío a aquél con sustento en la LO 1/2018 y el acuerdo del pleno no jurisdiccional de fecha 2 de diciembre de 2014

E, igualmente volver a hacer hincapié en el citado texto, folio 26 del mismo que, subrayado y en negrita, propone que la modificación de los arts. 71.3 y 102.1 recojan siempre que los delitos cometidos lo habrán de ser siempre, en el **ejercicio de las funciones propias de su cargo.**

Por último remarcar igualmente que el informe que recoge la propuesta de reforma constitucional mencionado aconseja incluir alguna Disposición Transitoria en el instrumento normativo de reforma, relativa a la entrada en vigor del nuevo Texto que aclarara las situaciones jurídicas preexistentes al momento de su entrada en vigor y a los procesos que se inicien con posterioridad a esa entrada en vigor pero por hechos acaecidos con anterioridad. Pues bien, la LO 1/2018 no contiene Disposición Transitoria alguna a este respecto y sólo recoge que la entrada en vigor de la misma se producirá el mismo día de su publicación en el BOE. Si ello lo unimos al hecho cierto e incontestable de que las actuaciones tienen su fundamente en una actividad no de quien es en la actualidad Presidente del Gobierno, sino de quien actuaba en el ejercicio de su cargo de Alcalde de la ciudad de La Laguna, no parece que pueda sino ser de aplicación la nueva Ley a los hechos controvertidos.

Ha de insistirse, por tanto, que cuando se llega a un cargo que osenta aforamiento, ope legis el aforado arrastra su actuación munipal denunciada como ilícito. Cesado el aforamiento, ope legis debería volver al Juez natural que conoció inicialmente del asunto, sin que quepa alegar que eso sólo tendría valor en caso de renuncia voluntaria (como por ejemplo si un aforado termina el mandato y pese a volver a presentarse a las elecciones no sale reelegido, vuelve a la situación procesal precedente, pese a no ser voluntaria la finalización del mandato). En este sentido, y en esa dirección se ha pronunciado el Consejo de Estado; lo que podría ser objeto de investigación no hace referencia a una actuación derivada de la función atribuida y que es propia del Presidente del Gobierno de Canarias, sino que viene referida a una actuación de quien fuera el primer edil de la ciudad de La Laguna en cometidos municipales propios de la gestión local.

II.- En cuanto al segundo de los argumentos, relativo a la vulneración del principio de irretroactividad de la ley, varios argumentos son los que desatienden esta petición por parte de la decisión mayoritaria de esta Sala.

La aplicación del principio de irretroactividad de la ley ha sido alegado en esta súplica por el recurrente, haciéndose eco del voto particular del Excmo. Sr. Presidente de esta Sala, y, a su vez, de lo recogido en el informe del Consejo de Estado, el cual al folio 44, concordantes y siguiente, trata del citado principio y de la teoría de la ultractividad.

Pues bien, tal problema es ampliamente debatido en la SAN 225/2017, de 29 de mayo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª. Lo recogido en ella resalta el principio de eficacia inmediata de la Ley cuando no existen normas de derecho transitorio, como es el caso que hoy nos ocupa.

La Ley Orgánica 1/2018 entró en vigor el mismo día de su publicación y en ella no se recoge nada respecto de los actos, negocios o relaciones jurídicas de los aforados surgidas anteriormente a la entrada en vigor de ésta, como tampoco dice que se mantenga, tras la entrada en vigor de la ley orgánica citada, las normas de naturaleza sustantiva o adjetiva que le competían con anterioridad, puesto que lo que en ella no se preceptúa son excepción o

excepciones al principio del efecto inmediato de la ley. Tal ley nada dice acerca de lo señalado y tampoco puede ampararse en el principio de jerarquía de la ley, pues ambas son orgánicas. Pretender fundamentarlo en las disposiciones transitorias del Código Civil o en la naturaleza de las leyes procesales no tiene cabida cuando la ley es clara y rotunda al efecto al fijar, por inexistencia de Disposiciones Transitorias sobre dicho particular, el principio de eficacia inmediata de la ley.

Atendiendo a lo expuesto, la LO 1/2018 se dictó con vocación ejecutiva, para su eficacia inmediata, y sin posibilidad de amparar situaciones ocurridas en la ley anterior. Es por esto que, dado que dicha norma no dispone otra cosa, los actos serán enjuiciados por el Tribunal competente una vez que se produzca la entrada en vigor de la ley, haciéndose especial hincapié en que: 1.- El suplicante conocía perfectamente la existencia de esta Ley y la aprobación de la misma (no su publicación que sí se retrasa en el tiempo), 2º.- Conocía el principio de eficacia inmediata de la misma, pues dicha Ley creada, discutida y aprobada durante su mandato, carece de Disposiciones Transitorias al respecto; 3º.- No puede hablarse de similitud con lo que el informe del Consejo de Estado recoge, puesto que en este documento se habla de forma reiterada de la necesidad de que se trate de actos cometidos en relación a las funciones de su cargo; 4º.- El TSJC no asumió nunca la competencia para el conocimiento de los hechos supuestamente delictivos.

La STC 49/2015, de 5 de marzo afirma que el principio de irretroactividad de las leyes no es un principio general, sino que se refiere a las leyes sancionadoras o restrictivas de los derechos individuales:

"a) Es doctrina reiterada de este Tribunal la de que el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el art. 9.3 CE "no es un principio general sino que está referido exclusivamente a las leyes ex post facto sancionadoras o restrictivas de derechos individuales (SSTC 27/1981, 6/1983 y 150/1990)" (STC 173/1996, de 31 de octubre , FJ 3). Fuera de estos dos ámbitos, nada impide constitucionalmente al legislador dotar a la ley del grado de retroactividad que considere oportuno, entre otras razones porque la interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones de congelación o petrificación del ordenamiento jurídico, lo que resulta inadmisible -ello, obviamente, sin perjuicio del debido respeto a otros principios consagrados en el art. 9.3 CE - (SSTC 108/1986, de 29 de julio, FJ 17 ; 99/1987, de 11 de junio , FJ 6).

b) La expresión "restricción de derechos individuales" del art. 9.3 CE ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerar que se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (del título I de la Constitución) o en la esfera general de protección de la persona (SSTC 104/2000, de 13 de abril, FJ 6 ; 131/2001, de 7 de junio, FJ 5 ; 112/2006, de 5 de abril, FJ 17 ; 89/2009, de 20 de abril, FJ 4 ; 90/2009, de 20 de abril, FJ 4, y100/2012, de 8 de mayo, FJ 10).

c) Lo que el art. 9.3 CE prohíbe es "la incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad" (STC 42/1986, de 10 de abril). Como ha reiterado este Tribunal "la eficacia y protección del derecho individual -nazca de una relación pública o de una privada- dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo, de

manera que la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas [por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 b), o 178/1989, de 2 de noviembre , FJ 9], de lo que se deduce que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 CE, cuando incide sobre "relaciones consagradas" y afecta a "situaciones agotadas" [por todas, STC 99/1987, de 11 de junio , FJ 6 b)]" (STC 112/2006, de 5 de abril , FJ 17)."

A tenor de la citada sentencia, el aforamiento no tiene la consideración de ley sancionadora ni tampoco restrictiva de los derechos individuales. Como ya ha quedado constancia a lo largo de la presente resolución, así como de la anterior recurrida, el aforamiento es un privilegio que se concede a una persona en razón del cargo que ocupa como servidor público y por hechos cometidos durante su mandato y en relación a su función. Los requisitos antedichos no son de aplicación para mantener la irretroactividad de la norma que hoy se pretende pues, no puede hablarse de ley sancionadora y tampoco de restricción de derecho individuales. Muy al contrario, la nueva ley en vigor concede mas derechos al servidor público que la anterior, pues le garantiza mas instancias en la defensa de sus derechos. Concretamente el derecho a la segunda instancia en el proceso penal, en desarrollo del derecho reconocido por el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme al cual todo condenado por delito podrá someter a revisión la causa ante un tribunal superior, derecho del que se carecía en la normativa anterior, o lo que es lo mismo, la situación procesal actual se revela como mas favorable al recurrente.

Como consecuencia de lo expuesto en el presente apartado, el contenido de la nueva Ley Orgánica 1/2018 ninguna competencia le es reservada ni atribuida a este Tribunal en relación a causas penales que afecten a miembros del Parlamento de Canarias y de su Gobierno Autónomo, por lo que el cumplimento del principio de legalidad al que inexorablemente estamos sujetos Jueces y Magistrados, hace inviable la aplicación de otra norma que no sea la vigente al momento procesal en el cual nos encontramos. Y ello porque, tal y como recoge la STC de 19 de noviembre de 1982, nada le impide constitucionalmente al legislador dotar a la Ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno.

III.- Finalmente, la parte recurrente alega como último apartado de este motivo de recurso, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de seguridad jurídica. Pues bien, nada mas lejos de la realidad cuando la remisión a un Juzgado de instrucción favorece al investigado toda vez que puede tener acceso a la doble instancia, derecho tan debatido en nuestro país y finalmente conseguido después de muchos años de dura batalla y varias sanciones por parte de la Unión Europea, cosa que no ocurriría si la competencia la tuviera esta Sala a la cual habría que acudir de nuevo en apelación, y posteriormente en Casación al Tribunal Supremo.

Es mas, a este respecto se hace necesario tener en cuenta que, por parte del hoy suplicante, el cual se persona en las actuaciones el día 30 de octubre de 2018 y, *"ante la inexplicable demora del Fiscal tanto en el Juzgado de La Laguna como ante este TSJ"*, pide el impulso de las mismas. El día 31 de octubre de 2018 se dicta providencia por la que se conceden 5 días

mas al Ministerio Público para que emita dictamen. Ese mismo día, el recurrente presenta escrito en el que pide a la Sala que resuelva, e interesa el sobreseimiento. De dicho escrito se da cuenta a la Ponente y al Presidente el día 2 de noviembre de 2018. El día 5 de noviembre de 2018 se presentan los siguientes escritos: 1) De recusación al Excmo. Sr. Pte. del TSJC, y 2) Del suplicante recurriendo en reforma la providencia de fecha 31 de octubre en la cual se conceden 5 días al Ministerio Fiscal para evacuar informe. El 8 de noviembre se presentan escritos de impugnación del recurso de reforma y de solicitud de inhibición de esta Sala para el conocimiento de las presentes actuaciones por parte de la representación de don Rubens Ascanio. El mismo día 8 de noviembre se presenta por parte del Ministerio Fiscal, informe sobre competencia, dictándose Auto de inhibición por este Tribunal con fecha 14 de noviembre de 2018.

Con tales antecedentes entiende esta Sala que no cabe hablar de una posible ausencia del derecho a la tutela judicial efectiva al señor Clavijo, cuando es lo cierto que este Tribunal Superior se ha pronunciado sólo TRECE días después de que el citado recurrente se personara en las actuaciones y presentara escrito solicitando a la Sala que resolviera. Lo que no se puede pretender es que este Tribunal se pronuncie sobre el fondo del asunto, sin que previamente se haya declarado la competencia para conocer del mismo. Por eso, independientemente del tiempo en que el procedimiento ha estado a disposición de la Fiscalía (cuyo informe fue presentado en unos plazos que no merecen especial reproche ni rechazo y que, además, tampoco debía darse respuesta sin él, como el Tribunal Supremo sostiene según la jurisprudencia ya citada), la Sala no ha contado con un informe previo y preceptivo de competencia hasta el día 8 de noviembre de 2018 y, por tanto, antes de este informe, que por seguridad jurídica y un principio de igualdad se recaba siempre del Ministerio Fiscal, no cabía al Tribunal dictar resolución alguna que no fuera la relativa a su propia competencia. Si a ello añadimos el exceso de asuntos de esta Sala a partir de la entrada en vigor de la Ley 41/2015, los asuntos de causas con preso y plazos de condena, que requieren de una inmediatez en el dictado de las resoluciones, y que ha dado lugar a que haya aumentado de forma considerable la carga de trabajo, y siendo estas concretas actuaciones ajenas a los preferentes condicionantes, entendemos que carece absolutamente de razón el suplicante en la queja expuesta.

Tampoco podemos sostener la vulneración al principio de garantía dado que el hoy recurrente, como Presidente del Gobierno de Canarias conocía, al igual que el resto de los partidos políticos, la existencia de esta Ley, la cual ha venido fraguándose desde la legislatura anterior, siendo además debatida y aprobada en el Senado, en sesión de fecha 24 de octubre de 2018. A ello nos referimos cuando afirmamos que éste era pleno conocedor de la existencia de la supresión de los aforamientos, o lo que es lo mismo, tenían suficiente conocimiento de la modificación y del alcance de la misma.

En conclusión, se vuelve al Juez originario y natural, que puede ser sustituido en su función jurisdiccional, y por ministerio de la Ley, por la Sala de lo Penal del TSJ, pero que luego otra Ley lo reenvía al Juez originario. En ambos casos son jueces naturales y predeterminados por Ley. No cabría si quiera entender que haya una presunción de la parte, (pese a ciertos datos que se encuentran en el recurso), de que un Tribunal pudiera entenderse más proclive a los intereses del recurrente que el otro órgano judicial al que remite la reforma operada en el Estatuto de Autonomía. Ambos órganos jurisdiccionales actúa sometidos al principio constitucional de independencia judicial y sujetos exclusivamente al principio de legalidad, lo que es predicable de ambos órganos jurisdiccionales.

En consecuencia, el motivo de desestima.

QUINTO.- Como último motivo, el recurrente insiste en la competencia de esta Sala para resolver el recurso interpuesto por dicha representación contra la Providencia de fecha 31 de octubre de 2018, y segundo, sobre la solicitud de sobreseimiento de la misma fecha, dando esta Sala íntegramente por reproducido lo recogido en el Razonamiento Cuarto del Auto recurrido, al no esgrimirse argumentos alguno, como tampoco argumento nuevo, que exijan de una nueva valoración al respecto.

SEXTO.- No se efectúa especial pronunciamiento respecto de las costas.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda desestimar el recurso de súplica formulado por las representaciones procesales de D. Antonio Miguel Pérez Godiño, del Excmo. Sr. D. Fernando Clavijo Batlle y de D. José Alberto Díaz Domínguez, contra el auto de 14 de noviembre de 2018, que acordó declarar la falta de competencia de esta Sala para el conocimiento de las presentes Diligencias Previas.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a la representación del querellante.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así por este auto, lo acordamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR AL AUTO DE 16-1-19

Al igual que aconteció con el Auto originario, de 14-11-18, debo de formular Voto Particular respecto al Auto de 16-1-19, que resuelve, desestimándolos, los recursos de súplica interpuestos contra ese Auto originario. Disiento, de nuevo, de la decisión adoptada por la Sala que presido -dicho sea con el máximo respeto al criterio de mis compañeras- y estimo que uno de los recursos interpuestos debe ser estimado, revocando el citado Auto del pasado año, que confirmó la Providencia de la Sala, de fecha 31-10-18 (en adelante Prov), que otorgó un nuevo plazo al Ministerio Fiscal (en adelante MF), de cinco días para la emisión del Informe (en adelante InfMF), y, por contra, debe resolverse sobre la admisión o inadmision de la Exposición Razonada remitida por el Juzgado de Instrucción (en adelante ER del JI). Estimo, además, que el escrito de la parte afectada, en solicitud de resolucion sobre la ER, debe ser objeto de respuesta por este TSJ independientemente de la entrada en vigor del nuevo Estatuto de Autonomía de Canarias (en adelante EAC).

La interposición de recursos por parte de otras dos personas investigadas (un concejal, el Sr. Pérez Godiño y el actual Alcalde Sr. Díaz), complican la exposición del presente Voto, como la del Auto, debiendo abordarse su análisis en primer lugar, para luego concentrar el contenido del presente Voto Particular, en el eje y núcleo de la cuestión debatida: el mantenimiento o no del aforamiento del Excmo. Sr. Clavijo, Presidente del Gobierno de Canarias, ante este Tribunal del que formo parte.

El Auto del que discrepo trata de forma conjunta los dos primeros recursos, y, pese a que su contenido no es exactamente el mismo, en este Voto Particular se va a seguir el mismo orden sistemático, para no complicar aún más la comprensión de las cuestiones discutidas.

PRIMERO.- Recursos interpuestos por el Concejal Sr. Perez Godiño y el Alcalde Sr. Díaz.

Ambos recursos instan la nulidad del procedimiento pretendiendo su retroacción al momento de la infracción procesal que señalan, que es el de la ausencia de traslado a ambos, para alegaciones, de la cuestion de competencia que -dicen- planteó la Sala al requerir informe al MF.

Como bien recuerda el Auto del que se discrepa, la nulidad de actuaciones (arts. 238 y ss. LOPJ) requiere la confluencia de dos requisitos: la infracción procesal y la producción de efectiva indefensión (STCo. 566/08, entre tantas).

En el presente caso, el Auto señala la ausencia de ambos requisitos.

A.- Respecto al primero, porque indica el Auto que la cuestión de competencia no sólo no fue planteada, sino que no podía siquiera ser planteada, -dice el Auto- por la imposibilidad de que un órgano judicial de rango inferior (aquí el Juzgado de Instrucción) la pueda hacer respecto a uno jerárquicamente superior (este Tribunal), y, aunque el Auto lo afirma sin apoyo normativo, éste es el art. 52 LOPJ en la regulación procesal general y el art. 759.2 de la Ley procesal especial penal. Sin embargo, se ha de discrepar en cuanto a la contundencia con la que el Auto afirma que esa solicitud de informe no implica el planteamiento de una cuestión de competencia pues ello precisa una interpretación forzada -demasiado forzada- de lo que es propiamente una cuestión de competencia. En efecto, si bien formalmente ni el Juzgado ni la Sala lo plantean de forma rituaria, lo cierto es que tal solicitud de InfMF (que no se hace sólo en la Diligencia de Ordenación de la LAJ, sino también en los posteriores Autos de esta Sala) plantea realmente una cuestión de competencia y ello por tres razones:

1.-Se apoyan en un único precepto procesal penal, el citado art. 759 de la LECr., precisamente el que regula las cuestiones de competencia, como indica el rótulo del precepto, que, además (párrafo 3º), permite la iniciativa (recabar la competencia) al órgano superior.

2.- Pero es que, además, no es sólo que la Sala plantea una cuestion de competencia cuando solicita (reiteradamente) el InfMF en base a ese exclusivo precepto, sino que esa cuestión se encuentra formalmente planteada a la vista del texto de la solicitud de informe ("que informe sobre competencia y contenido").

3.- Por último, como tercera razón de discrepancia con el Auto de la Sala, debe añadirse que, materialmente, la cuestión de competencia está ya planteada; es más, es que prácticamente es la unica cuestión controvertida en el Auto de la Sala y en el anterior Voto particular de quien suscribe. Basta leer su contenido para concluir, con toda seguridad, que es ese el núcleo del debate (por no decir que es el exclusivo objeto del debate).

De esta forma, debe concluirse que efectiva, material y hasta formalmente (excepto en el aspecto rituario de rotularla expresamente) se está planteando una cuestión de competencia y, entonces, es claro que el Auto recurrido (y las resoluciones anteriores de la Sala) infringen el precepto al que se refieren los recursos, el citado art. 759 LECr. (y el art. 52 LOPJ), pues estos preceptos imponen trámite de audiencia a las partes y no sólo al MF, trámite que esta Sala ha desatendido en cuantas veces, en esta causa penal, se ha solicitado, sólo al MF, informe sobre "competencia".

Ahora bien, esta primera discordancia que se acaba de plantear carece de efecto práctico, puesto que se ha de coincidir con el Auto en cuanto a la ausencia del segundo de los requisitos: la producción de una efectiva indefensión

B.- Así, debe partirse de que no sólo la normativa citada, sino su glosa jurisprudencial, señalan que la indefensión que produzca la infracción procesal debe ser efectiva, es decir, material y real (STCo. 91/00, entre tantas).

En el caso, las partes han tenido la efectiva oportunidad de alegar y así lo han hecho (la mejor prueba es la interposición de los recursos que aquí se resuelven), de forma que sólo cabría

entender que ha habido indefensión efectiva si se entendiera -desde luego muy forzadamente- que estas alegaciones se han hecho tardíamente, cuando se podían haber anticipado desde la primera ocasión en la que esta Sala solicitó el InfMF.

Pero ni aún así cabría hablar de indefensión efectiva desde que se recuerde que la doctrina jurisprudencial -acertadamente expuesta por el Auto del que se discrepa- indica que la indefensión tiene que haber sido provocada por el órgano judicial (STCo. 280/94, entre otras) y no basarse (o concurrir) con negligencia o pasividad de la parte que se considera indefensa (STCo. 91/94) y es eso lo que aquí acontece de manera plena en la representación de los encausados aquí recurrentes, porque están personados en las actuaciones desde su inicio y, por tanto, con pleno acceso a la causa (aún estando en esta sede del TSJ), de forma que desde ese momento inicial pudieron recurrir, tanto la Diligencia de Ordenacion, como los sucesivos Autos que solicitaron informe sólo al MF, o bien presentar alegaciones sin esperar a que se les ofreciera el trámite. Esta argumentación sirve igualmente, aunque de forma parcial, en el otro afectado, el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno, porque se personó después, ya estando la causa en esta Sala, pero ha tenido oportunidad de alegar igual (sólo que más tarde) que si se le hubiera ofrecido el trámite de alegaciones.

Por tanto, aunque se disienta de la primera razón (hay infracción procesal) del Auto en la parte que desestima los recursos de los dos suplicantes indicados, a los que se refiere este Fundamento Jurídico, ha de coincidirse con la segunda (ausencia de indefensión efectiva), con lo que la discordancia con el Auto, en lo que atañe a estos dos primeros recursos, es irrelevante a efectos prácticos, pues los recursos, a criterio del que suscribe, están adecuadamente desestimados.

SEGUNDO.- Recurso interpuesto por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias (en adelante PresGob).

A.- Antecedentes y evolución procedimental previa al presente Voto.

Procede realizar un breve repaso de los hitos acontecidos desde el anterior Voto Particular, presentado frente el anterior Auto de esta Sala que dispuso la remisión de la causa penal al Juzgado de procedencia.

1.- Ante la decisión mayoritaria de la Sala, (siguiendo el InfMF) pronunciándose por Auto en el sentido de remitir la causa penal al Juzgado de procedencia, quien suscribe presentó Voto Particular discrepando del criterio mayoritario en dos aspectos:

a.- Mantener, (al menos para dar respuesta a los recursos y peticiones en trámite mucho tiempo antes de la entrada en vigor de la nueva L.O.) la competencia de esta Sala, debiendo para ello, aplicarse la doctrina de la ultractividad de la L.O. anterior, ya que no procede el "desaforamiento" del PGob, pues éste no acontece por cese en el cargo, sino por el cambio normativo por nueva L.O., carente de norma de Derecho Transitorio que regulara la situación de los asuntos en trámite; por ello, no sólo no es de aplicación la jurisprudencia citada en el

Auto recurrido, sino la normativa y doctrina relativa a este singular supuesto, (distinto y distante de la situación fáctica en la que se pronunció la jurisprudencia citada en el Auto) que es materia propia de la Teoría General del Derecho, doctrina y normativa que disponen que la competencia se mantenga, en estos asuntos, en el órgano judicial anterior, o sea, el competente antes de la reforma legislativa.

b.- Riesgo de afectación al derecho constitucional al juez predeterminado por la Ley (como derecho autónomo, si bien derivado del derecho a la tutela judicial efectiva), dado que la actuación de la Sala fue, en lugar de dar rápida respuesta según la normativa vigente en ese momento (que tenía competencia este TSJ), la contraria: no resolver las peticiones y recursos pendientes de respuesta desde hacía varias semanas, precisamente hasta la entrada en vigor de la nueva L.O., y sin que la petición de InfMF justificara esta espera, pues ni éste InfMF es preceptivo ni, mucho menos, la Sala estaba obligada a esperarlo una vez expirado el plazo dado, y menos aún estaba obligada a reiterarlo con nuevos plazos adicionales precisamente con el efecto de la demora en la emisión por parte de éste y, con ello, pasó el tiempo que faltaba para la entrada en vigor de la nueva L.O. En definitiva: se esperó, vía dar nuevo plazo al MF para informe, a la entrada en vigor de la nueva L.O. que suprimía el aforamiento, en lugar de dar respuesta judicial a las peticiones pendientes mientras este TSJ era competente. Con ello, además, se le privó al PGob de la única posibilidad revisora, a apreciar por este TSJ, del criterio del JuzgInstrucc, que valoró indicios delictivos. En definitiva, la tolerancia por parte de este TSJ, con el incumplimiento del plazo dado al MF hizo evaporarse el derecho a la respuesta judicial de este TSJ (competente durante ese tiempo) merced, se repite, a la innecesaria reiteración de petición de InfMF a pesar de haber expirado, con mucho, el plazo dado a èste.

2.- Justo a los pocos días, se conoce el Dictamen del Consejo de Estado de 15-11-18, (en adelante Dictamen ConsEst) solicitado por el PresGob de España con ocasión de la propuesta de reforma constitucional para la supresión de los aforamientos, en el cual se dá pleno respaldo a los razonamientos indicados en el apartado "a" anterior (aplicación por ultractividad, de la norma derogada, a los asuntos penales en trámite), incluso yendo más allá que lo defendido en el Voto de quien suscribe, pues entiende que ante la ausencia de normas de Derecho Transitorio en la nueva L.O. conlleva el mantenimiento de la competencia a toda la tramitación de la causa penal).

3.- Ante la interposición de los recursos de súplica por el PresGob de Canarias y otros dos afectados, la Sala solicita el (aquí sí) preceptivo InfMF, y éste cambia el argumento pro pérdida de competencia de este TSJ: ya no se funda en la entrada en vigor de la nueva L.O. que "desafora" con inmediata entrada en vigor, sino que se viene a fundar en la inexistencia de causa penal, es decir, en que, al no haberse aceptado la competencia, el asunto no fue nunca asumido por este TSJ, con lo cual no puede retener la competencia. Este cambio de argumentación, omitiendo la anterior y buscando una nueva (desde luego original e ingeniosa, dicho sea en rigurosos términos de elogio) muestra la solidez del argumento resumido antes como "a" (mantenimiento de la competencia por aplicación de la ultractividad de la norma anterior por ausencia en la nueva L.O. de normas de Derecho Transitorio que regularan los asuntos en trámite), solidez que deriva no ya de la propia argumentación antes resumida, de génesis de quien suscribe, sino del Dictamen del Consejo de Estado, cuya solvencia jurídica está fuera de toda duda y es incomparablemente superior a la del aquí firmante.

4.- El nuevo Auto de este TSJ, del que el presente Voto se aparta, viene, no obstante, a reproducir los argumentos del anterior, además de asumir este nuevo argumento del InfMF, apoyado en la doctrina defensora de la interpretacion restrictiva de los aforamientos y de combatir los argumentos del anterior Voto Particular resumidos en las conclusiones "a" y "b" anteriormente expuestas.

B.- Discordancia frente al Auto. Razonamientos.

1.- Introducción.

Debe indicarse que se toma como base, para la exposición del eje y núcleo de la cuestión debatida, lo razonado en el Voto Particular anterior, con las variaciones necesarias derivadas de las dos novedades anteriores: el apoyo en el Dictamen del Consejo de Estado y el combate de los nuevos razonamientos del Auto y ello con la finalidad de simplificar el análisis de la cuestión, evitando remisiones al anterior Voto Particular que, de esta forma, queda ahora integrado en el presente, facilitando el análisis crítico por las partes (y, en su caso, del órgano jurisdiccional superior, si hubiere lugar).

2.- Contenido, siguiendo la sistemática del anterior Voto Particular.

a.- Las razones que luego se van a desarrollar, en forma de rótulo o prefacio, pueden sintetizarse así:

1.- La jurisprudencia en la que se apoya el Auto no es aplicable aquí, pues se refiere a casos de renuncia del aforado al cargo. En el caso presente, al provenir el "desaforamiento" de una Ley carente de Derecho Transitorio que regule las situaciones en trámite, hay que acudir al Derecho Transitorio General, según doctrina, normativa y jurisprudencia aplicable a este caso, que concluye que debe seguir aplicandose la Ley anterior, mediante la ultractividad, bien limitada a resolver las dos cuestiones pendientes (recurso de reforma y solicitud de resolucion sobre si hay o no indicios delictivos) o bien, de forma más amplia tal y como hace el Dictamen del Consejo de Estado, a todo el ulterior procedimiento.

2.- La actitud pasiva de este Tribunal, durante semanas, esperando al Informe del Fiscal, cuando no hay norma alguna que obligue a esa espera, omitiendo resolver antes de la entrada en vigor del nuevo EAC las dos peticiones pendientes, pone en riesgo el derecho constitucional al Juez ordinario predeterminado por la Ley (derecho autónomo, aunque relacionado con el de la tutela judicial efectiva) del titular del derecho al aforamiento, que, aunque pueda calificarse de privilegio, sigue siendo un derecho reconocido por la L.O. 10/82, derecho que tiene que ser respetado y tutelado por este Tribunal, máxime ante la insistencia del PresGob aforado pidiendo que la Sala resolviera y contando con el tiempo suficiente (más que suficiente) para hacerlo.

b.- Desarrollo.

1.- Sobre la competencia de esta Sala para seguir conociendo las Diligencias Previas,

al menos limitada a los trámites procesales pendientes de resolución, ha de indicarse que se ha dilatado la respuesta de esta Sala, (al recurso de reforma y a la solicitud de resolución sobre la Exposicion Motivada del Juzgado de Instrucción) sin justificación suficiente. Entiendo que la Sala debe retener la competencia, como mínimo limitada a estos dos trámites procesales. En definitiva, se trata de acoger la tradicional institución procesal de la "perpetuatio iurisdiccionis", como efecto de la ultractividad de la norma derogada, ora limitada a esas dos resoluciones pendientes, ora a los sucesivos trámites y fases del procedimiento, alternativa esta última por la que opta el Dictamen del Consejo de Estado.

La novedad legislativa capital sobre la que gravita la decisión de la Sala es la entrada en vigor de la L.O. 1/18, aprobada el 24 de Octubre y publicada en el BOE del 6 de los corrientes, aprobatoria del Estatuto de Autonomia de Canarias (en adelante nuevo EAC), cuyo art. 40.2 ya no contiene el aforamiento general de la persona a la que se refiere la ER, que es el parlamentario regional y Presidente del Gobierno autonómico; el "desaforamiento", visto precipitadamente sin más examen, se aplicaría al aquí afectado dado que los hechos objeto de examen acaecieron cuando era Alcalde, pero esta impresión inicial debe ceder ante un examen jurídico detallado de la cuestión.

Desde luego que este cambio normativo obstaculizó la resolución de la Sala, que ya no podia, ni puede ahora, puede ceñirse a decidir la ER del JuzgInstruc (si hay o no indicios delictivos en la actuacion del aforado ex art. 779.1.1 LECr.), sino que previamente debía resolver sobre su propia competencia.

No obstante, expongo las razones que sustentan la retención de la competencia o lo que la doctrina científica llama la ultractividad de la norma (se repite: limitada al menos a estos dos trámites procesales pendientes de resolver).

1.- Ausencia de normativa transitoria en el nuevo EAC, que hubiera regulado la situacion de las causas penales de los aforados, en trrámite.

a.- El nuevo EAC ha omitido la Disposición Transitoria, habitual en todas las normas procesales, que regulara la sede judicial (la competencia objetiva y funcional) o el procedimiento a seguir en los asuntos en trámite, conteniendo sólo la fórmula (habitual en normas no procesales) de entrada en vigor en su integridad al día siguiente de su publicación. Tal omisión acaso pueda justificarse en el carácter de norma de carácter político (prácticamente en su integridad), siendo la modificación procesal-sustantiva (la reducción del aforamiento) un elemento marginal y, además poco frecuente (necesita que existan causas penales en trámite), de tal forma que puede entenderse como un olvido del legislador orgánico que genera más bien una laguna de Ley que una necesidad de interpretación del precepto en relación al resto del Ordenamiento Juridico y en especial a los principios constitucionales.

Para el Auto de esta Sala, replicando a lo antes argumentado en el anterior Voto Particular, esta omisión revela la decisión del legislador enderezada a la inmediata ejecutividad de la norma. No se comparte esta lectura de la "voluntas legislatoris", pues sigue habiendo omisión sobre los asuntos o procedimientos en trámite. De ser cierta esta decisión del legislador, es decir, para acoger la interpretación que indica el Auto, en la L.O. no habría habido una omisión, sino la plasmacion, en la correspondiente Disposición Transitoria, de esa decisión legislativa, ordenando que los procedimientos en trámite pasaran a competencia del órgano judicial ordinario, en el estado en el que se encontraran. En definitiva, se trata de una omisión del

legislador y tan aventurada es la suposición de que con ello se pretendía el "desaforamiento" en los procedimientos en trámite, como aventurado es igualmente suponer que de esta omisión se desprende la voluntad de que los procedimientos continuaran en el órgano judicial anterior. Ambas deducciones son inadmisibles, pues la solución a la omisión (fuera por olvido o fuera por omisión intencionada) es la que jurídicamente procede aplicando las reglas de Derecho Transitorio General, que operan sobre la aplicación de la norma en el tiempo.

Esta orientación del problema jurídico (cuestión de aplicación más que de interpretación) es lo que, en primer término, permite ver con cierta distancia la jurisprudencia restrictiva en materia de aforamientos, jurisprudencia en la que insiste reiteradamente el Auto del que se discrepa y que es abundantemente citada por el Dictamen del Consejo de Estado.

Debe resaltarse, además, que la extensa cita que el Dictamen del Consejo de Estado hace respecto de la interpretación restrictiva de los aforamientos (ampliamente aprovechada en el Auto para defender su conclusión) no obsta a que la conclusión del Dictamen del Consejo de Estado sea adversa a la aplicación de tal restricción, pues pese a exponer tal doctrina restrictiva, termina concluyendo que, ante la ausencia de normas de Derecho Transitorio en la nueva Ley, debe aplicarse la norma anterior (mantener el aforamiento) a los asuntos iniciados antes de la entrada en vigor de ésta, como se verá luego.

Como bien indicó el MF en su informe inicial (el del primer Auto), se trata de supuesto que denomina "históricamente novedoso" y que "no ha sido tratado por la jurisprudencia".

b.- Tal situación la resuelve el Auto (y el InfMF, al que aquél sigue) acudiendo al criterio contenido en el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 2-12-14 (en adelante, el Acuerdo), que indicó que en los casos de pérdida del aforamiento por renuncia, procedía la correspondiente pérdida de competencia del órgano judicial especial de aforamiento, salvo el caso de que ya se hubiera efectuado el trámite procesal de apertura del juicio oral. Asimismo, tal postura cuenta con jurisprudencia consistente en la STS de 10-12-14 (n.º 869/14) que resolvió en igual sentido, así como diversos ATS como el de 13-5-16. Sin embargo, en estos casos la pérdida de aforamiento se debió a renuncia en el cargo, no por cambio legislativo.

El anterior InfMF (el actual, como se ha dicho, no reproduce este argumento, sino que alza otro), asumido por la Sala, reconoce que el supuesto de hecho no es el mismo, puesto que en el presente caso no se trata de una renuncia al cargo aforado (ni siquiera un cese por finalización de mandato), sino que se trata de una modificación de la Ley, pero, no obstante, el InfMF y el Auto anterior de esta Sala extienden este criterio en base a que la jurisprudencia citada (y el Acuerdo no jurisdiccional) no distinguen la causa del "desaforamiento", sino que resuelven el caso con carácter general, pero olvidando indicar concretamente que el criterio jurisprudencial se refiere sólo al supuesto de renuncia al cargo, -a juicio del anterior InfMF, seguido por la Sala- llega a la conclusión de que debe abarcar todos los supuestos de "desaforamiento" independientemente de la causa.

No comparto este razonamiento:

1.- De entrada, porque no hay razón alguna para extender el supuesto concreto del Acuerdo y de la jurisprudencia citados a otro supuesto distinto y distante (pues la causa del

desaforamiento es otra). Tanto el Acuerdo como la STS y el ATS en los que se apoya la postura del anterior InfMF y del Auto contemplan el caso de que un aforado renuncie al cargo, y aunque se refiriera al caso de que exista expiración del mandato por transcurso del tiempo tampoco seria aplicable, porque el supuesto de autos es completamente distinto y ni siquiera podría invocarse la analogía ex art. 4.2 del CCiv, pues este precepto opera sobre normas, no sobre jurisprudencia.

2.- Especialmente, debe destacarse que la causa del "desaforamiento" es sustancialmente distinta (consiste en una modificacion legal sobrevenida que afecta a un derecho subjetivo del aforado) y esta causa tiene sustantividad propia, con solución distinta que -esto es clave- tiene cimiento en normativa y doctrina jurisprudencial propia, -que ahora se verá- por lo que no cabe acudir a una hermenéutica extensiva del Acuerdo y de la jurisprudencia, expandiendo su doctrina a un caso (la modificacion legislativa) distinto al contemplado en ellos (la renuncia al cargo). La pérdida de un derecho (el aforamiento lo es, como luego se verá) se debe a un cambio legal, y en esos casos, estando en trámite un procedimiento en el que se está ejerciendo ese derecho, la solución jurìdica se encuentra, desde la óptica doctrinal científica, en la teoría general del Derecho, y desde el Derecho Positivo, en el Título Preliminar del Código Civil y la jurisprudencia que lo glosa.

3.- Y, muy en particular, esta interpretación extensiva que hace el Auto sobre el Acuerdo y jurisprudencia del TS en este caso concreto, podría afectar o, pone en riesgo (por utilizar un término prudente) al derecho constitucional al Juez predeterminado por la Ley por cuanto la Sala tenía que haber resuelto, con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo EAC, la solicitud del aforado, máxime ante la insistencia de éste, y sin que tuviera que esperar al InfMF. Esta posible afectación al derecho constitucional se desarrollará en el apartado III del presente Voto, no obstante se adelanta desde ahora que ello vulnera la doctrina jurisprudencial que defiende la interpretación y aplicación de las normas siguiendo los principios constitucionales (STCo. 21-3-98, entre tantas) y el claro mandato del art. 5.1 LOPJ, que impone a los Jueces y Tribunales la interpretación y aplicación material de los principios constitucionales (en el caso, el del juez predeterminado por la Ley en relacion con el de tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE) todo ello en relacion a la pasividad de la Sala en resolver la cuestión planteada, dilatándola sin justificación suficiente pese a la insistencia del aforado.

c.- Por el contrario, existe doctrina jurisprudencial adecuada (se insiste: jurisprudencial, lo que excluye la SAN 225/17, aislada y no jurisprudencial, invocada por el Auto), que sustenta la ultractividad de la norma, (su efecto procesal es la retención de la competencia), doctrina ajustada precisamente al caso presente, que se caracteriza justamente por una modificacion legal de carácter procesal, pero que afecta a un derecho sustantivo; así, tanto se entienda el aforamiento como un derecho procesal o adjetivo, como si se entiende con un contenido de carácter material o sustantivo, la doctrina jurisprudencial que se va a exponer la apoya, dado que se trata de un supuesto en el que la Ley no confiere retroactividad (art. 2.3 del CCiv, precepto que despliega efectos a todo el Ordenamiento Jurídico, al desbordar los meros efectos civiles, como todos los de los Capítulos I al III del Título Preliminar) lo que conduce a un supuesto de ultractividad, arrastrando el efecto que impone esa jurisprudencia: se sigue aplicando la norma anterior.

1.- Se trata de la STS,I, de 24-3-88 que, con referencia a otras Salas del mismo Alto Tribunal,

razona que "*una reiterada doctrina mantenida por este TS y por el mismo TCo. proclama que si bien en tiempos pasados se llegó a sostener que las leyes de competencia y de procedimiento son de interés público y tienen efecto retroactivo, después se corrigió este criterio al aplicar a las normas procesales el principio de irretroactividad y en concreto respecto a los procesos pendientes es doctrina mayoritaria que sigan sometidos a la Ley en vigor cuando se iniciaron, incluìdos los recursos....que el principio general de irretroactividad no permite que la excepción de ley retroactiva llegue a lesionar intereses de particulares protegidos por el Ordenamiento Jurídico vigente cuando fue causado el perjuicio -STS TS, Sala V, 15-X-81*"....

Igualmente cabe citar a la STS 17-5-86, que indica que "*la doctrina de esta Sala relativa a la vigencia del principio de irretroactividad de las leyes, especialmente en su versión procesal, vedaría la aplicación de la nueva normativa a los asuntos que están sub iudice, los cuales han de ser objeto de tramitación y resolucion con arreglo, en principio, a las normas, tanto procesales como sustantivas, vigentes en la fecha en la que se inició el procedimiento judicial...*".

Cierto es que esa doctrina contiene una excepcion "*....cuando se trata de derechos públicos*", pero esta excepción que no es aplicable al presente caso, pues aquí no hay ninguna "protección integral" de este derecho (el aforamiento), en la Constitución.

La posición que fue defendida en el anterior Voto era más modesta, en el sentido de que la retención de competencia, (por aplicación de la ultraactividad normativa o "perpetuatio iurisdiccionis") no debía llevar a mantener la competencia "ad futuram" durante todo el resto del procedimiento, como indica la jurisprudencia transcrita, sino sólo a los dos tramites procesales pendientes: el recurso de reforma contra la Providencia que dispuso dar nuevo plazo al MF para informe sobre competencia y la solicitud de resolución de la cuestión de fondo (estimacion o rechazo de la Exposición Razonada del Juzgado de Instrucción que detectó indicios delictivos). Se defendía en el anterior Voto, pues, aplicar la ultractividad a lo que la doctrina llama situaciones "in fieri", es decir, que se encuentran en fase de ejecución o todavía no consumadas, que deben seguir reguladas -tanto en su variante sustantiva como procesal- según la Ley anterior, cuando -y éste es el dato clave- no hay disposiciones de Derecho Transitorio, pero (aquí está la morigeración de la tesis que aquí se defiende) sólo a los trámites o fases procesales pendientes de resolucion, no a las ulteriores o sucesivas.

Sin embargo, el contenido del Dictamen del Consejo de Estado, -que incluso acoge el concepto de ultraactividad y al que luego se hará referencia con trascripción de su contenido-, al reforzar la posición defendida en este Voto, hace variar esta limitacion, de forma que la competencia debería mantenerse hasta la finalizacion de la causa penal.

2.- Añádase, como argumento complementario (o marginal si se quiere) el absurdo efecto (y toda interpretación que a él conduzca debe ser desechada, ex STS, I, de 9-6-56, clásica en la actividad jurídica hermenéutica) que significaría que, de no sostenerse la tesis que aquí se defiende, la resolucion del recurso pendiente (el de reforma, que por su naturaleza y disposición legal ex art. 220 LECr, debe resolverse por el mismo órgano que lo dictó), quedaría en manos de órgano distinto (en caso de que la norma desplazara la competencia) o quedaría ayuno de respuesta (en el caso presente). Igualmente, desde una óptica más didáctica, (acaso impropia de una resolucion judicial como la presente) cabe indicar que, trasladando la decisión de la Sala a un supuesto en el que se estuviera en medio de la fase probatoria (por ejemplo, en

medio de declaraciones testificales señaladas para varios días o esperando un Dictamen pericial) estos trámites procesales probatorios se interrumpirían bruscamente quedando el proceso, (si se permite esta expresión) "colgado".

3.- Igualmente se encuentra apoyo jurisprudencial a la tesis aquí defendida si se considera la cuestión desde la perspectiva de la antes citada institución jurídica (poco conocida, excepto en el Derecho Laboral ex art. 86 ETy que el Dictamen del Consejo de Estado recoge) que es la ultractividad, que opera sobre la base de la aplicación de las normas de Derecho Transitorio General, aplicación sostenida en que la Ley (el nuevo EAC) no contiene normas de Derecho Transitorio específicas. Esta doctrina tiene su traducción científico-jurídica en lo que se denomina la ultractividad normativa, o bien, con más precisión, lo que la jurisprudencia constitucional denomina ultractividad aplicativa (STCo. 108/86), "extractividad", "vestigio de vigencia" (SSTCo. 182/97 y 199/87), o "ultractividad aplicativa", o "ultractividad" a secas (acogida en el Dictamen del Consejo de Estado) que es propia de las normas procesales, precisamente instituída para salvaguardar tanto los derechos adjetivos adquiridos con anterioridad a la vigencia de la nueva norma procesal, como los sustantivos que de ella se desprenden.

Tales conceptos han sido acuñados por la dogmática jurídica, que señala que hay ultractividad cuando no hay retroactividad (Verdera Izquierdo y Díez-Picazo, que la denomina ultractividad propia), que es el caso presente, en el que, como no hay retroactividad impuesta por la nueva Ley, el Derecho abolido sobrevive para regular una situación jurìdica preexistente (Coviello).

Entre la jurisprudencia cabe citar a la STS de 29-3-99, debiendo precisarse, antes de exponer su contenido, que su proveniencia de la Sala I del TS no le priva de aplicación al proceso penal, puesto que se trata de doctrina general sobre la aplicación de las leyes en el tiempo, operando sobre las **instituciones de los Capitulos I a III del Título Preliminar del CCiv, que son instituciones y normativa de aplicación a todas las normas jurídicas (procesales, penales y cualesquiera otras), tratándose de reglas generales que operan sobre la totalidad del Ordenamiento Jurìdico, lo que se puede llamar "normas que regulan las normas"**, lo que es extensible a las Disposiciones Transitorias del CCiv, pues como afirma la doctrina científica, *"A pesar de que las Leyes no contengan Disposiciones Transitorias. mediante la interpretación de las nuevas normas, realizadas sobre las reglas generales de interpretación, se concretará si regulan sólo situaciones que acontezcan en el futuro o tambièn las ya existentes"* (Albadalejo)."*Acudiremos a las Disposiciones Transitorias del Código Civil, en particular de la 1ª a la 4ª y la 13ª, -que establece un criterio de interpretación de las anteriores- en los que una concreta reforma legislativa carezca de Derecho Transitorio particular"* (Verdera, siguiendo a Gil y a Espín), *"los cuales junto con los artículos citados forman el Derecho Transitorio General"* (Verdera), de manera que *"desempeñan una función de Derecho Transitorio común que excede incluso del propio de la legislación civil, alcanzando al resto del Ordenamiento Jurìdico* (Lasarte y Hernández Gil).

El apoyo que sustenta este Voto no es, naturalmente, doctrinal o dogmàtico, sino que cuenta con sustento jurisprudencial en el pronunciamiento antes aludido (STS, I, de 29-3-99, a la que se pueden sumar las SSTS de 1-7-88, 2-6-89 y 7-2-83). Razona la primera de estas STS que "***cuando una Ley no contenga disposicion expresa y su finalidad no señale claramente el alcance de sus preceptos,(hay que) acudir a ellas (a las Disposiciones Transitorias del***

CCiv.) para aplicarlas como señale la analogía de las situaciones, razón por las que estas Disposiciones Transitorias han sido consideradas por la doctrina más tradicional hasta la más reciente, como reglas interpretativas y complementarias del mandato contenido en el enunciado que establece que las Leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario, recogido antes en el art. 3 del CCiv y ahora en el art. 2.3 del mismo". Es preciso acudir, pues, a las Disposiciones Transitorias del CCiv, que son el Derecho Transitorio General, con la óptica o perspectiva de la analogía *("analogía de las situaciones"*, según se acaba de transcribir) analogía que, conforme al art. 4.1 del CCiv, se dá claramente aquí (Ley carente de Disposiciones Transitorias), con lo que se dá la *"identidad de razón"* del precepto, sin que sea de aplicación la excepcion del art. 4.2, que excluye a las normas penales, pues la Ley que se está examinando (la L.O. aprobatoria del nuevo EAC) no es penal y, además, el precepto objeto de examen es de carácter procesal y de derivado contenido sustantivo (el derecho al aforamiento).

Naturalmente que al referirse la jurisprudencia anterior a las "*reglas interpretativas*" habrá que acudir a la principal de ellas (aparte de los clásicos cánones exegéticos del art. 3.1 CCiv) que es la interpretación constitucional que impone el art. 5.1 LOPJ y a la que la propia jurisprudencia ordinaria (STS 21-12-89 y STCo.119/90, entre tantas) dan prevalencia, vinculacion constitucional a la que se referirá el apartado III del presente Voto. La jurisprudencia constitucional es insistente al afirmar que las leyes deben ser interpretadas de la forma más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales (STCo. 115/87, entre tantas) que, en este caso, es el derecho fundamental al Juez predeterminado por la Ley del apartado 2 del citado mismo precepto constitucional.

Por lo demás y como ya se ha dicho, esta institucion, la ultractividad, se acoge en el Dictamen del Consejo de Estado.

4.- Ademas, la normativa sustantiva general (que es civil) apoya igualmente la retención de competencia (que es, se repite, el efecto procesal de la ultractividad que aquí se defiende). Así deberá insistirse en que las normas del Código Civil se aplican supletoriamente a todo el Ordenamiento Jurìdico (incluído, naturalmente, el Derecho Procesal Penal), según ordena el art. 4.3 del CCiv, que impone que "*Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en materias regidas por otras Leyes*", siendo necesaria esta supletoriedad ante la ausencia de normas de Derecho transitorio en la Ley Orgánica aprobatoria del nuevo EAC. Y esas normas de Derecho Transitorio son las contenidas en las propias Disposiciones Transitorias del CCiv.

Así, siguiendo a esa normativa y jurisprudencia, ante la ausencia de normas de Derecho Transitorio en la Ley Orgánica aprobatoria del nuevo EAC (caso presente) hay que acudir al Derecho Transitorio Común o General, que es el de las Disposiciones Transitorias del CCiv. (como refleja su Exposición de Motivos), la primera y principal de las cuales ordena que "*se regirán por la normativa anterior los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen..*" lo cual, aplicado al caso, conduce a que, nacido el derecho del aforado de hecho anterior a la entrada en vigor del nuevo EAC, este derecho se regirá por la normativa anterior, es decir, el antiguo EAC.

Y tal Disposicion se complementa con la contenida en el ordinal Decimotercero del tal conjunto de Disposiciones Transitorias del Código Civil, que establece una regla de cierre al ordenar que "*los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores se resolverán*

aplicando los principios que les sirven de fundamento", lo que refuerza la norma de mantenimiento o pervivencia de la legislacion anterior que imponen las Disposiciones Transitorias Primera y Cuarta.

Asi, tanto en aplicación de las propias normas de Derecho Transitorio General como las reglas de interpretación constitucionales (preeminentes ex arts. 5.1 y 7 de LOPJ y la jurisprudencia constitucional como la STCo. 12-5-94, entre tantas) debe mantenerse la vigencia del Derecho anterior, al menos en lo que respecta a los dos trámites procesales pendientes.

De esta manera, bien se contemple el aforamiento como un derecho procesal (adjetivo) o bien se entienda como un derecho sustantivo (material) o bien se califique como de carácter híbrido, la posición que se defiende en este Voto tiene apoyo normativo y jurisprudencial.

5.- Dictamen del Consejo de Estado:

En los términos anteriores, (salvo alguna alteración puntual) se pronunciaba el anterior Voto Particular de quien suscribe, pero tal postura ha sido reforzada por el Dictamen de 15-11-18 del Consejo de Estado (conocido días después de firmado y notificado el Auto con su Voto), Dictamen ya referido en el prefacio del presente Voto y que se emitió a solicitud del Gobierno (de la nación) con ocasión de su iniciativa de supresión general de los aforamientos. La solvencia jurídica del máximo órgano consultivo nacional y el exacto encaje entre la cuestión suscitada en este asunto penal y el planteado en el Dictamen hace que sea aplicable con toda precisión al caso y del que cabe reproducir sus razonamientos, en lo que aquí atañe.

El Dictamen, -de extensión, profundidad y acierto propio del prestigio del órgano- se ocupa de esta materia en su apartado V.3.2 ("Régimen Transitorio") del que se extraen los siguientes párrafos (pags. 44 y ss.), cuyos subrayados se hacen por quien suscribe:

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

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

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

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

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

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

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

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

6.- Existencia de asunto, procedimiento o causa penal en trámite.

Fuera o no debido a los argumentos esgrimidos anteriormente y al apoyo que recibió el anterior Voto Particular por parte del Dictamen del Consejo de Estado (según lo hasta ahora expuesto), lo cierto es que el nuevo InfMF olvida los argumentos en su día alzados para apoyar la pèrdida de competencia y ahora argumenta otro nuevo, que incorpora la Sala en el Auto, y que se puede resumir en la inexistencia de causa penal asumida por la Sala, o sea, que al no haberse asumido la competencia, ésta no puede retenerse. Como ya se dijo, la omisión de la anterior argumentación por el MF puede indicar la aceptación tácita del acierto de cuanto hasta ahora se ha argumentado. Desde luego que el nuevo argumento puede calificarse de original, lo que no obsta a que, a criterio de quien suscribe, no resulte asumible. Se explican las razones del disenso:

a.-De entrada, el criterio defendido choca con la realidad material: después de que la Exposición Razonada del Juzgado fuera remitida hace meses a la Sala, resulta difícil aceptar, a estas alturas del procedimiento, que la Sala nunca ha tenido abierta una causa penal.

Ello implicaría la adopción de una posición extremadamente formalista o rigorista, que debe quedar descartada desde que se entienda -como debe entenderse-que la propia disputa sobre la competencia, es decir, el debate en el que la Sala se encuentra desde hace dos años (si se toma la fecha de la primera remisión de Exp. Raz.) o desde hace varios meses (si se toma la fecha de la segunda Exp Raz.) constituye materialmente un proceso abierto, un procedimiento ante este Tribunal.

b.- A ello abunda lo argumentado en el apartado Primero A del prefacio del presente Voto, cuando se expuso que, desde la perspectiva material -y, hasta formal, excepto en cuanto al rótulo de la misma-, la cuestión de competencia se encuentra, si no resuelta, al menos planteada desde el principio y, en este caso, tenía que haber sido resuelta hace ya tiempo, sin que sea admisible que se dilate en el tiempo con las injustificadas solicitudes de InfMF, sin resolver esta Sala pese a la expiración de los plazos otorgados para la emision de tales Informes.

c.- Además, en la reproducción textual del Dictamen del Consejo de Estado se constata que el mismo no habla de "causa" penal, es decir, de procedimiento penal formal y rituariamente abierto, sino de "procesos" o "procedimientos", con lo que basta que existan actuaciones ante un órgano judicial para que opere la ultractividad, para que ese procedimiento continúe en trámite ante el mismo órgano.

d.- Y no se trata sólo de la terminologia utilizada, sino que los argumentos alzados en el citado Dictamen abundan en pro de la consideración de las actuaciones ya producidas como un "proceso" o "procedimiento". Se destaca que el Dictamen indica que, para concretar *"el momento preciso en que se considera iniciado un proceso, lo cual podría hacerse por referencia a la notitia criminis, esto es, a la fecha en la que se comunica la existencia de hechos que pudieran ser constitutivos de delito al órgano judicial que debe proceder a su investigación (denuncia, querella, atestado, etc.)"*; de esta manera, si se aceptara este primer criterio apuntado por el Dictamen, es claro que la "notitia criminis" se fija , como muy tarde, en la fecha de la Exposición Razonada del Juzgado (la decisión del JuzgInstrucc de que pueden haber indicios de criminalidad en la actuacion del aforado) o incluso mucho antes, desde la interposición inicial de la denuncia o querella, pero en todo caso, ya hay un proceso iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva L.O.

El Dictamen no se cierra en esta primera alternativa de fijación del momento en el cual el proceso debe considerarse iniciado, pues continúa indicando que sería conveniente aplicar las reglas habituales en estos casos así como *"aprovechar la jurisprudencia ya existente en relacion con los casos que pudieran suscitar alguna duda"*. Con ello remite a la jurisprudencia que ha concretado en qué momento ha de entenderse que hay procedimiento dirigido contra una persona concreta, jurisprudencia que se ha planteado en relacion a la fijación del "dies a quo" para la prescripción delictiva y tal jurisprudencia es clara al determinar que tal momento se fija en "***el momento en el que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolucion judicial motivada en la que se atribuya una posible participación en un hecho***

que pueda ser constitutivo de delito." (STS 14-12-18). Es obvio que esa resolución judicial motivada que atribuya una posible participación en un hecho que puede ser delictivo **es, en el presente caso, la Exposición Razonada del Juzgado, pues precisamente ese es su objeto y razón de ser: que entiende la Juez que el PresGob puede tener una participación en un hecho que puede ser delictivo.**

Así, es claro que en el caso del presente procedimiento, ese momento inicial vuelve a ser el mismo que si se adoptara el primero de los criterios indicados por el Dictamen, pues es claro que el procedimiento se dirige contra el PresGob desde el momento en el que el JuzgInstruc. remite a este TSJ la Exposición Razonada declarando la existencia de estos indicios.

O sea, que se utilice uno u otro de los dos criterios alternativos que indica el Dictamen del ConsEst, es claro que el procedimiento estaba ya iniciado antes (mucho antes) de que entrara en vigor la nueva L.O.

e.- Además, en el mismo Dictamen se encuentra otro apoyo a la postura que aquí se defiende, cuando el Consejo de Estado precisa que *"la exigencia constitucional de que se trate de juez predeterminado (y no postdeterminado) impone que la determinación sea previa, lo que parece excluir cualquier posibilidad de retroactividad en ese punto, de forma que la determinación del órgano competente esté fijada antes de que comience el proceso. Ciertamente, cabría plantearse el dies a quo que hubiera que tomarse en consideración a estos efectos, esto es, si el juez ha de estar determinado en el momento en que se inicia el proceso o en el momento en el que suceden los hechos que dan lugar al proceso (lo primero apunta a que el derecho a la predeterminacion del juez en el caso concreto nace cuando se inician las actuaciones judiciales, mientras que lo segundo supondría que tal derecho nace con la comisión del delito)."*

De nuevo, dá igual que se tome una u otra de las dos alternativas que propone el Dictamen, porque tanto si se considera el momento en el que suceden los hechos (hace varios años), como si se considera el momento de inicio de las actuaciones judiciales (y, a su vez da igual que este momento se fije en la entrada de la denuncia o querella o que se fije en la firma de la Exposición Razonada), en todo caso, el momento constitucionalmente idóneo para la predeterminacion del Juez es anterior (muy anterior) a la del cambio legislativo que "desafora".

El criterio contrario (el defendido por el Auto) choca frontalmente con lo dictaminado por el Consejo de Estado, pues entonces sí que se trata de un juez "postdeterminado" por la Ley toda vez que cuando el asunto (por utilizar un término genérico) llegó a la Sala, en el año 2.017, es obvio que el Juez predeterminado por la Ley era esta Sala e igualmente si se hace caso omiso de esta primera remisión de la Exposición Razonada del JuzgInstr y se acude a la segunda, recibida a mediados del pasado año, igualmente acontece mucho antes de la entrada en vigor de la nueva Ley.

Ingresado el asunto, la causa, el procedimiento, o el proceso, (según quiera denominársele) lo cierto es que cualquier fecha que se tome es anterior a la entrada en vigor de la Ley y por tanto, debe mantenerse el Juez predeterminado en ese momento de ingreso o entrada.

f.- Es más, cabe resaltar en pro de la postura que aquí se defiende, la causa por la que la Sala, durante tantos meses, no resolvió, aunque este último argumento se reproduzca, con mayor extensión, el próximo apartado III.

Si durante todo este tiempo la Sala no ha sido capaz de decidirse sobre si tiene o no competencia (y, simultáneamente o después de ello, sobre si existen o no indicios de criminalidad) lo ha sido por pasividad o, por mejor precisar, por la injustificada tolerancia con la pasividad del MF tras la expiración del plazo dado al citado MF para informe. Debe resaltarse, al efecto, que el Pres.Gob recurre la Providencia de esta Sala que, una vez expirado sobradamente el plazo para la emisión del Dictamen del MF, le otorga -se repite: sin justificación alguna- un nuevo plazo, precisamente el suficiente para que, dentro del este nuevo plazo, emita informe que, aprovechando la entrada en vigor de la nueva norma, eluda pronunciarse sobre el fondo.

La Sala, en esa Providencia, motiva la nueva prórroga en el carácter "preceptivo" del Informe, olvidando (como se remarcará luego en el presente Voto) que, aunque fuera oportuno, habitual y hasta preceptivo el Informe del MF, desde luego que lo que no era preceptivo era esperar a que lo emitiera, de tal manera que si el plazo expiró, la Sala tenía que haber dado respuesta a los dos escritos del PresGob, (el recurso y la petición de pronunciamiento sobre el fondo), pues en ese momento aún no había entrado en vigor la nueva L.O. El conocimiento general de que probablemente iba a entrar en vigor debió -se repite- constituir un acicate o incentivo para cumplir su deber procesal de dar respuesta a la doble petición de la parte, deber de respuesta acorde no ya con el principio de tutela judicial efectiva y su variante de tutela rápida o sin dilaciones indebidas (STCo. 119/00, entre tantas) sino al derecho constitucional de recibir respuesta por el juez predeterminado por la Ley en ese momento, y en ese momento era competente (sin las dudas actuales, puesto que aún no había entrado en vigor la nueva L.O.) esta Sala y ésta debió resolver en lugar de demorar la respuesta dando un nuevo plazo cuyo único efecto era ese: se produce un retraso que dá tiempo para eludir el pronunciamiento, permitiendo así dar pié a la solución al final adoptada por la Sala, que viene a ser -siguiendo los términos utilizados por el Dictamen del ConsEst- escoger el juez postdeterminado por la Ley nueva en lugar del Juez predeterminado por la Ley entonces en vigor.

III.- Sobre la afectación al derecho fundamental constitucional al juez predeterminado por la Ley y derivadamente, del derecho fundamental constitucional a la tutela judicial efectiva y su efecto que es el principio de celeridad procesal.

No sólo la adopción de la medida antes propuesta (la retención de la competencia vía ultractividad de la norma anterior) cuenta con apoyo jurisprudencial de rango ordinario, sino también de rango jurisprudencial constitucional, puesto que la solucion contraria (la pérdida inmediata de la competencia, que dispone el Auto de la Sala), podría conllevar afectación al derecho constitucional al juez predeterminado por la Ley y al de tutela judicial efectiva, ambos rfdcogidos en el art. 24 de la Constitución, particularmente en las circunstancias del presente supuesto.

La exposición de esta afectación requiere establecer una premisa: el retraso de la Sala y su incidencia en la entrada en vigor del nuevo EAC.

1.- Retraso en la resolucion de los dos trámites pendientes a la entrada en vigor del nuevo EAC.

La Sala ha demorado la resolución de la causa penal (la revisión de la Exposición Razonada del JuzgInstruc que declaraba la existencia de indicios delictivos) por no haberse remitido el InfMF, requerido reiteradamente.

Ahora bien, es del todo punto relevante insistir en que no sólo no existe norma alguna que imponga a la Sala esperar al InfMF, sino que, a la vista de la inminencia de la entrada en vigor del nuevo EAC que suprimía el aforamiento, la Sala debió responder a la solicitud del aforado para no correr el riesgo de afectar a su derecho al juez predeterminado por la Ley y a la tutela judicial efectiva, máxime ante su solicitud expresa de resolución y la interposición de recurso de reforma contra la Providencia que le otorgó al MF un tercer plazo innecesario.

A.- Como elemento fundamental en la tesis que se defiende en este Voto, se debe concluir que la decisión de la Sala no puede condicionarse a la emisión del InfMF, por las razones siguientes:

El art. 759.2 LECr. al que alude la Prov. como sustento de la decisión de pedir InfMF, se enmarca en el planteamiento de una "cuestión de competencia". En el caso, sólo desde una perspectiva estrictamente rituaria puede entenderse que ninguna cuestion de competencia (arts. 51 y 52 LOPJ) se ha planteado, además de que, como muy bien se alegó en su día por la parte recurrente en el recurso de reforma, la competencia se entiende implícitamente asumida, puesto que, a lo largo del trámite anterior ante la Sala, ésta ha dictado resoluciones, concretamente la emitida en su día (Providencia de 28-11-17), conforme con el dictamen del MF, en la que se indicaba al JI que concretara los indicios existentes en relacion al aforado.

Ello no obsta a que la Sala pudiera solicitar el InfMF entendiendo que la "competencia" a la que se refiere el precepto ha de interpretarse en sentido lato, pidiendo la Sala, para reforzarla, el apoyo del Dictamen del MF. Y, sobre todo, es de entender que la Sala, en el legítimo ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, y ante la nueva remisión de la causa penal, al retomar las Diligencias Previas estimara procedente la solicitud de InfMF, y ello por lo siguiente:

En primer término porque tal ha sido su práctica habitual en todos los asuntos penales que le han entrado (vía querellas, ExpRaz, o denuncias) y decidir de forma contraria (es decir, sin InfMF) constituiría, bien un privilegio del encausado (si se resuelve a su favor) o una injustificada discriminación (si se resuelve en su contra).

En segundo lugar, porque la solicitud de dictamen se refuerza dada la relevancia, complejidad y densidad de la causa penal (22 Tomos), e igualmente se justifica por la fragilidad del InfMF adscrito al JI (por cuanto cambia de criterio sin motivar y hasta se equivoca en la calificación del acto jurìdico contractual atribuído al aforado, confundiéndose gravemente al calificar el préstamo como comodato cuando se trata de un mutuo), informe que, asumido por el JI, dio origen a la reactivacion de la causa penal. Con ello, la Sala contaría con el más solvente InfMF de la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia, que le alumbre en la decisión de abrir o no causa penal contra el aforado y máxime cuando, según enseñan los antecedentes de esta Sala, la gran mayoría de sus resoluciones de apertura de causa penal se han hecho en el mismo sentido del InfMF.

Pero para ello, es preciso entender (y, por tanto, revisar la Prov recurrida, vía estimacion del recurso) que el dictamen solicitado lo es sobre el contenido de la ER, o, todo lo más, utilizando

la terminología habitual en las solicitudes de informe, de "competencia y contenido", y en estos términos habría que entender esa solicitud de InfMF, dado que en las dos previas ocasiones en las que la Sala lo requirió (Diligencia de Ordenación de 4-9-18 y Providencia de 10-9-18, ésta por referencia a aquélla), se refirió a "informe" sin mayor precisión.

B.- Ahora bien, admitiendo por las razones anteriores la legitimidad, conveniencia y oportunidad de solicitar el InfMF, lo que no era "preceptivo" (término equivocado en la Providencia cuya reforma se pidió y estimo que debió atenderse) era esperar a su emisión para la adopción de la decisión de la Sala. Y ello no sólo por la inexistencia de norma jurìdica alguna que condicione la decisión judicial a la emisión de tal informe (al menos en este trámite procesal), sino por el tan repetido riesgo de afectación al derecho constitucional al juez predeterminado por la Ley al que alude el aforado, en sus recursos de reforma y de súplica, derecho al que la doctrina jurisprudencial constitucional dá una extraordinaria relevancia (STCo. 31-1-00, entre tantas).

La pasividad de la Sala en resolver (que, por sí, ya supone la adopción de una decisión: la de esperar) podría encontrar justificación en la equivalente actitud pasiva del aforado, hasta entonces también esperando, como la Sala, al InfMF; pero desde que esta pasividad desapareció, reclamando el aforado a la Sala una decisión, esta justificación se esfumó y obligaba a la Sala, ya sin excusa alguna, a decidir. Cabe indicar que la jurisprudencia constitucional dá relevancia a la actitud del afectado en el sentido de que aluda a las dilaciones (STCo.119/00), cosa que el aforado hace en su escrito de solicitud de resolución judicial ante esta Sala.

Cierto es que con ello, el aforado asumía el riesgo de empeorar su situación procesal penal, (puesto que la Sala puede optar por respaldar el último de los InfMF presentado en el JI, en vez del primero, que era favorable al archivo), pero lo cierto es que, al solicitarlo, la Sala debe darle respuesta,-sea positiva o sea negativa- en aras a los repetidos principios de ajuste al Juez predeterminado por la Ley y al de tutela judicial efectiva del art. 24 CE y tal respuesta la debió dar la Sala, especialmente en cumplimiento del derecho al Juez predeterminado por la Ley en ese momento, preceptos desarrollados por la normativa procesal orgánica general (arts. 5 y 7.1 LOPJ) y especialmente aplicables al proceso penal, preferente por su naturaleza (art. 10.2 LOPJ), y de singular relevancia según abundante doctrina jurisprudencial ya citada (SSTCo. 12-5-94).

Tal deber de resolver se acentúa desde que se considere, como hace el aforado, no sólo la pasividad del MF en la emision del informe, sino también (en menor medida) la actitud de esta Sala en esperarlo. Véase: se solicita el Informe en la data de 4-9-18. No se emite por el MF, pero solicita, en plazo, una prórroga, que es concedida por la Sala en la fecha de 10-9-18, de cinco días más, con lo que desde el 17 de Septiembre pasado habia expirado el plazo para la emisión del InfMF. Desde esa fecha (o desde el 27, si se considera que el MF dispone de un plazo adicional) ya la Sala podía -debía- haber resuelto, si bien la conveniencia de esperar se puede justificar, como antes se ha dicho, tanto en la conveniencia de conocer su criterio como en la pasividad, hasta entonces, de la parte afectada. Pero, se insiste, desde que el aforado insta a la Sala a resolver, ésta debió apresurarse a hacerlo.

Lo relevante del retraso no es su duracion (pocas semanas o si se quiere forzando las fechas, los 13 días que se computan en el Auto), ni siquiera considerando la habitual respuesta rápida de esta Sala, sino el efecto de ese retraso, efecto que se analizará en el apartado E siguiente.

No corresponde a esta Sala, frente a lo que se pretende por el aforado en su escrito de 29-10-18 aludiendo al art.2.1 de la Ley 50/81 (aprobatoria del Estatuto del MF), entrar a considerar las causas de la pasividad del MF; por eso, es indiferente que sean éstas de orden interno por disposicion de las normas de organización o de funcionamiento de la Fiscalía, por la lógica necesidad de un profundo estudio (perfectamente entendible, en el que el plazo de pocos días resulta insuficiente) o por consultar a instancias superiores, dada la relevancia de la cuestión planteada y la complejidad jurìdica de la causa penal, en particular por el volumen de documentación de la misma (22 tomos).

C.- Esta necesidad de resolución se acentúa desde que se hubiera tenido en cuenta (hecho notorio ex art. 281.4 LECv., por su amplísima publicidad en medios de comunicación) que desde el 24 de Octubre se había aprobado la L.O. que modificaba el Estatuto de Autonomía de Canarias y que en ella se suprimía el aforamiento del recurrente. **La inminencia de su entrada en vigor, sólo pendiente de publicación, no debió conducir a la Sala a esperar (más bien seguir esperando) a su entrada en vigor -y, por tanto, a la posible perdida del aforamiento- sino, al contrario, constituir un acicate para resolver, y ello precisamente para atender el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva a prestar por el Juez predeterminado por la Ley, que era en ese momento, sin la más mínima duda, esta Sala,** derechos constitucionalmente protegidos por el art. 24 CE.

D.- Aquí es necesario declarar que el aforamiento es un derecho, calificación que ya se ha efectuado en el apartado II del presente Voto.

Cierto es que el aforamiento se puede calificar, desde el punto de vista crítico jurìdico/político como un privilegio, pero ni siquiera ello justificaría la pasividad de la Sala en resolver, esperando la supresión del privilegio como si éste fuera una aberración medieval (recuérdese que el aforamiento permanece, entre otros, para los Jueces y Magistrados) y, además, también cabe invertir la negatividad del término "privilegio" y calificar (desde la perspectiva del aforado) tal derecho como una garantía.

Resulta preferible eludir estas calificaciones con carga positiva (garantía) o negativa (privilegio) y ceñirse a calificar el aforamiento de una manera neutral: es un derecho. La norma entonces vigente (el EAC vigente al tiempo de constituirse la obligación de resolver, en sus arts.10.3 y 19.2, igual que la totalidad de Estatutos de Autonomía del resto de las CCAA de España) configura el aforamiento, pues, como un derecho y como tal, tiene que ser respetado, estando obligada esta Sala a su tutela judicial efectiva, como cualquier otro derecho.

E.- El efecto de la falta de respuesta es aquí especial pues -se repite- eventualmente podría afectar (o, al menos, pone en riesgo) el derecho del aforado al Juez predeterminado por la Ley a la tutela judicial efectiva: no se trata de un traslado de competencia de un órgano judicial a otro (con lo que obtendría respuesta judicial de ese nuevo órgano, ahora competente) sino que la supresión del aforamiento conlleva la evaporación del derecho a la respuesta judicial **por parte de este TSJ,** sin sustitución por otro órgano judicial que **resuelva en estos momentos** y, -dato de suma relevancia- **cuando esta Sala habría tenido que resolver en tiempo.**

Con ello, el aforado se vé privado de un derecho (incluso aunque se calificara de privilegio, así se califica pacíficamente a los otorgados por el Derecho Concursal y el Laboral a los

trabajadores en los casos de insolvencia empresarial) por el retraso de la Sala en resolver, por persistir ésta en esperar el InfMF cuando no tenía que esperar.

Tal efecto especial consiste en que esta falta de respuesta le priva de la única oportunidad de evitar, en este momento procesal, su condición de investigado (antes "imputado"), puesto que la decisión del JuzgInstrucc es la de considerarle tal. Por tanto, el aforamiento opera, materialmente, como un recurso, es decir, como la oportunidad de revisarse, por un órgano judicial (en ese momento esta Sala, al ser la predeterminada por la Ley), lo que decide otro órgano judicial inferior. Así, la decisión de la Sala, al abdicar de la competencia conlleva necesariamente la confirmación de la decisión del JuzgInstr y la pérdida del derecho a la resolución por esta Sala con la "spes" o eventualidad del sobreseimiento. En todo caso, la posición del aforado empeora porque en el peor de los casos lo que podría pasarle es que la Sala confirmara los indicios delictivos, pero en el mejor de los casos sería el sobreseimiento, posibilidad que ahora queda yugulada. Con este último razonamiento queda contestado el argumento del Auto según el cual la nueva situación del aforado le supone una mejora o ventaja, siendo evidente que le perjudica, pero en todo caso, dá igual que le beneficie o le perjudique por cuanto el argumento del Auto debe ser repelido desde que se considere que la solucion jurídica en esta cuestión en absoluto depende de que produzca al aforado un perjuicio o una ventaja.

Por tanto, la única forma de despejar la eventual afectacion (o puesta en riesgo) a los derechos constitucionales al juez predeterminado por la Ley y a la tutela judicial efectiva por parte de esta Sala, es la de resolver los dos trámites procesales pendientes mediante lo que se ha propuesto en el apartado I anterior, bien se denomine, desde la perspectiva de la competencia, como retención limitada de la competencia, bien se trate de mantener limitadamente la "perpetuatio iurisdiccionis" como efecto procesal de la ultractividad de la norma derogada, y ello con alcance alternativo: bien restringido a la doble respuesta judicial que debió darse desde el momento de nacer el derecho a esa respuesta: la petición de resolucion ante la iniciativa del JI contenida en la ER y el recurso de reforma interpuesto contra la Providencia que otorgó un tercer plazo al MF para informe, o bien continuarse con la totalidad de los trámites del procedimiento penal.

F.- Como ya se dijo en el anterior Voto Particular, estando eventualmente afectado un derecho fundamental, desde luego que sería deseable que la decisión de la afectación constitucional fuera efectuada por el propio TCo., al amparo del art. 163 de la Constitución, del art. 5.2 LOPJ y del art. 35 LOTCo, mediante el planteamiento por esta Sala de una cuestion de constitucionalidad en pro de declaracion de interpretación constitucional. Sin embargo, esto no parece posible, dada la configuración procesal de tal utilísimo instrumento, configuración que obstaculiza el planteamiento de la cuestión como una finalidad meramente interpretativa, pues la configuracion indicada impone que tal cuestion debe realizarse en pro de declaracion de inconstitucionalidad de un precepto, lo que aquí resulta forzado, porque lo que hay no es propiamente un precepto inconstitucional, sino la ausencia del necesario precepto de Derecho transitorio que hubiera resuelto la afectación de derechos fundamentales constitucionales. En estos casos de planteamiento de mera cuestion de interpretación o aplicación, la decisión se traslada más bien al propio órgano judicial (aquí, esta Sala) por mandato del art. 5.3 LOPJ, reforzado por la doctrina del propio TCo. (Sentencia de 28-5-92), que exhorta a que los

órganos judiciales a que "*realicen un esfuerzo interpretativo*".

IV.- Mención aparte, por su fragilidad, merece la argumentación complementaria que el Auto utiliza para justificar el retraso en la respuesta de las peticiones pendientes formuladas por el PresGob (el recurso y la solicitud expresa de resolucion), argumentación que se basa en dos elementos fácticos:

1.-El conocimiento por parte del PresGob de la tramitación de la nueva L.O. que suprimía el aforamiento.

El conocimiento de la tramitación de la nueva Ley era, desde luego, obvio, no sólo para el PresGob, sino para cualquier persona que mostrara mínimo interés en la evolucion legislativa y más en una norma de esa relevancia (L.O. de modificación del Estatuto de Autonomía de Canarias), de forma que la publicación del Proyecto, en el Diario Oficial del poder legislativo, ya mostraba el texto de tal Proyecto de Ley y, después, los medios de comunicación fueron dando amplia información del avance en su tramitación parlamentaria. Ahora bien, ese conocimiento no asegura que el "desaforamiento" previsto en el Proyecto fuera mantenido (caben enmiendas o incluso la retirada o el rechazo del Proyecto), con lo que el problema no se plantea hasta el conocimiento (igualmente general) de su aprobación definitiva en las Cortes; pero, aparte lo anterior, y sobre todo, no se alcanza a comprender en qué incide este conocimiento en el problema jurídico planteado, salvo que se quiera imputar al PresGob una especie de conformidad con el "desaforamiento", suponiéndole un inmenso poder político, el suficiente para modificar el texto de una L.O. para evitar su "desaforamiento".

Por tanto, no se comparte, en absoluto, este argumento, pues el conocimiento (desde luego, general) del Proyecto y la probable aprobación del "desaforamiento" en él previsto, en nada merma el derecho al Juez predeterminado por la Ley ni a la aplicacion del mecanismo de la ultractividad. Al contrario, si en algo afecta el conocimiento general (y, por ende, de la Sala) de la probabilidad de supresión del "desaforamiento", era en cuanto a incentivar a esta Sala a resolver dando respuesta, antes de su probable aprobación, a los dos escritos pendientes, es decir, que, como ya se ha dicho, una actuación más acorde con los principios constitucionales de tutela judicial efectiva y de respeto al derecho al Juez predeterminado por la Ley debió conducir a resolver en tiempo las peticiones pendientes (recurso y solicitud de resolución) antes de esa previsible entrada en vigor, en lugar de actuar como se hizo: demorar injustificadamente la respuesta (vía dación de prórroga al InfMF, con la incorrecta motivacion de que era "preceptivo") con el efecto de eludir la respuesta bajo la pretendida justificación de pérdida de competencia por la entrada en vigor de la L.O.

2.- El "*exceso de asuntos de esta Sala a partir de la entrada en vigor de la Ley 41/15, los asuntos de causas con preso y plazos de condena, que requieren una inmediatez en el dictado de resoluciones y que ha dado lugar a que haya aumentado de forma considerable la carga de trabajo*".

Lo único que puede compartirse respecto al argumento es su última frase, pues efectivamente, la carga de trabajo de la Sala ha aumentado, porque las cifras publicadas en la estadística judicial (de acceso público) indican que ésta ha aumentado desde el 7,5 % del año 2016, al 15 % en el 2.017 y al 25 % en el pasado año, un alto ritmo de crecimiento que, en el año o años próximos, superará la capacidad de la actual plantilla de la Sala. Como se vé, este

incremento justificaría un aumento de plantilla a la vista del previsible aumento futuro. De estas objetivas, incuestionables y frías cifras se desprende que la carga de trabajo de la Sala ha aumentado, sí, pero desde una cifra bajísima (7,5 %) a una muy baja (el 25 % actual). Y, así, el argumento de la carga de trabajo no se puede aplicar al momento presente, pues estas cifras muestran la extrema fragilidad de tal argumento: la carga de trabajo de la Sala es muy baja, pues los porcentajes citados (7,5 % en 2016, 15 % en 2.017 y 25 % en el pasado año) lo son sobre los llamados "módulos de entrada", es decir, sobre la carga de trabajo prevista por el CGPJ para esta Sala y por tanto, esa carga de trabajo es baja en el momento de dictase el Auto, pese a su crecimiento desde años anteriores (es que en 2.016 era irrisoria la carga de trabajo, al ser el 7,5 % sobre la que debería haber), de forma que en ese año pasado, en el que se dictó el Auto, la carga era del 25 % del módulo, es decir, que todo el trabajo de la Sala era la cuarta parte de lo que debería tener, una situación tal que hace inasumible el argumento del Auto, máxime cuanto este argumento no es jurídico, sino aritmético, es decir, no proviene del mundo del Derecho (y, por tanto, de las inexactas Ciencias Sociales), sino del mundo de la aritmética, es decir, de la exactitud, que excluye argumentaciones o alegaciones más o menos discutibles, como lo son el resto de las cuestiones debatidas en el Auto y en el presente Voto.

En conclusión, en el momento de dictarse el Auto (año 2.018), no hay, en absoluto, el exceso (sic) de asuntos en esta Sala, en el que se apoya el Auto, sino al contrario, faltan asuntos (el cuádruple) para llegar a los estándares de trabajo previstos por el CGPJ para esta Sala.

V.- En resumen, sostengo, dicho sea con el mayor respeto (y con este respeto no se alude a una fórmula ceremonial carente de contenido material) al criterio mayoritario de la Sala, en opinión de quien suscribe, ésta debió:

1.-Dictar Auto, estimando el recurso de súplica y reteniendo la competencia mediante la ultractividad del antiguo EAC:

2.- Dar respuesta a las dos peticiones del PresGob pendientes de resolver.

a.-Respecto a la primera, sobre el recurso de reforma interpuesto antes de la entrada en vigor del nuevo EAC, contra la Providencia de 31-10-18, procedería tramitarlo según lo dispuesto en el art. 222 LECr. y, posteriormente, estimándolo en el sentido de requerir, de nuevo, Informe al Excmo. Sr. Fiscal Superior de esta Comunidad Autónoma sobre el contenido de la Exposición Razonada remitida por el Juzgado de Instrucción.

b.-Respecto a la segunda, la solicitud de resolucion y sobreseimiento, se emitiera o no el nuevo informe al que se refiere el apartado anterior, procedería dictar el Auto que la Sala estimara ajustado a Derecho, bien en el sentido de desechar los indicios delictivos, siguiendo el criterio del anterior Auto de dicho Juzgado, decretando el sobreseimiento parcial y provisional o bien en el sentido de confirmar los indicios delictivos señalados en el último Auto del Juzgado de Instrucción, remitiendo entonces las actuaciones a ese Juzgado de Instrucción para que continuara su actividad investigadora.

VI.- Respecto a la irrecurribilidad del Auto, declarada en el llamado "pié de recurso" del mismo, debe indicarse que el pronunciamiento de quien suscribe no debe alcanzar a su eventual

discordancia, al no formar parte del contenido del Auto, si bien puede recordarse el InfMF que ha manifestado postura proclive a que una instancia superior resolviera la difícil y relevante problemática planteada, dado que escapa al contenido propio y material de ámbito penal, al tratarse exclusivamente de una cuestión de competencia.

Es cuanto tengo el deber de exponer, en Las Palmas de Gran Canaria, a 7 de Febrero de 2.019.-

-Antonio Doreste Armas-