



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

Resolución: Auto 000019/2018

Intervención:

Fiscal

Investigado

Investigado

Interviniente

Denunciante

Denunciante

Denunciante

Denunciante

Denunciante

Denunciante

Interviniente:

MINISTERIO FISCAL

ANTONIO MIGUEL PÉREZ-GODIÑO PÉREZ

JOSÉ ALBERTO DÍAZ DOMÍNGUEZ

FERNANDO CLAVIJO BATLLE

RUBENS ASCANIO GÓMEZ

MARÍA JOSÉ ROCA SÁNCHEZ

IDAIRA AFONSO DE MARTÍN

SANTIAGO PÉREZ GARCÍA

JUAN LUIS HERRERA PÉREZ

CARMEN JULIA PÉREZ GARCÍA

Procurador:

IRENE SANCHEZ PASTRANA

MARIA TERESA ASIN JIMENEZ

SILVIA MARRERO AGUIAR

ADRIANA HERNANDEZ DIAZ

ADRIANA HERNANDEZ DIAZ

ADRIANA HERNANDEZ DIAZ

ESTHER MARTIN GARCIA

ESTHER MARTIN GARCIA

ESTHER MARTIN GARCIA

AUTO

Presidente:

Excmo. Sr. D. Antonio Doreste Armas.

Magistradas:

Ilma. Sra. D^a Margarita Varona Faus.

Ilma. Sra. D^a Carla Bellini Domínguez.

En Las Palmas de Gran Canaria, a 14 de noviembre de 2018.

HECHOS

PRIMERO. El 28 de noviembre de 2017 se tuvo por recibida la exposición razonada elevada a esta Sala por el Juzgado de Instrucción nº 2 de San Cristóbal de La Laguna, dictada en el curso de las diligencias previas nº 1213/2017, por tener la condición de investigados por los presuntos delitos de prevaricación y malversación el Excmo. Sr. D. Fernando Clavijo Batlle, Presidente del Gobierno de Canarias, y otros.

SEGUNDO. Mediante providencia de esta Sala de fecha 12 de diciembre de 2017 se acordó acceder a la solicitud del Ministerio Fiscal de que por el Juzgado de La Laguna se practicara una serie de diligencias y, una vez verificadas, se elevara a esta Sala una nueva exposición razonada.





TERCERO. Recibida la nueva exposición razonada el 4 de septiembre de 2018, mediante una diligencia de ordenación se dio traslado de la misma al Ministerio Fiscal para que informase en el plazo de dos días. A solicitud del Ministerio Público, y dado el volumen de las actuaciones, la Sala acordó mediante providencia de fecha 10 de septiembre de 2018 ampliar el plazo establecido en cinco días. No habiéndose evacuado el traslado, mediante una nueva providencia de fecha 31 de octubre de 2018 se requirió al Ministerio Fiscal a fin de que en el plazo improrrogable de cinco días presentase ante la Sala el dictamen solicitado.

CUARTO. El día 6 de noviembre de 2018 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, cuya entrada en vigor tuvo lugar el mismo día de su publicación.

QUINTO. El 8 de noviembre de 2018 tuvo entrada en esta Sala el dictamen del Ministerio Fiscal evacuando el traslado conferido en providencia de fecha 31 de octubre de 2018, informando que esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias no es competente para conocer de la causa a la que se refiere la Exposición Razonada remitida por el Juzgado de Instrucción nº 2 de San Cristóbal de la Laguna en las diligencias previas 1213/2017.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. El artículo 73.3.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia es competente, como Sala de lo Penal, para el conocimiento de las causas penales que los Estatutos de Autonomía reservan al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia:

"3. Como Sala de lo Penal, corresponde a esta Sala:

a) El conocimiento de las causas penales que los Estatutos de Autonomía reservan al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia."

A su vez, la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, estipula en sus arts. 40 y 51 que los miembros del Parlamento (en su caso, el Gobierno) serán inviolables por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo. Durante su mandato, no podrán ser detenidos ni retenidos, sino en caso de flagrante delito.

En su contenido anterior, el citado Estatuto de Autonomía de Canarias, según redacción aprobada en LO 10/1982, de 10 de agosto, reformada por LO 4/1996, de 30 de diciembre, en sus artículos 10.3 párrafo 2º y 19. 2º recogía que el fuero competente para resolver acerca de la inculpación, prisión, procesamiento y juicio respecto de los miembros del Parlamento y del Gobierno de esta Comunidad Autónoma le correspondía al Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Competencia que también recogía el ya citado artículo 73.3.a) de la LOPJ, como Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

El actual Estatuto ha procedido a suprimir las prerrogativas que con respecto al aforamiento disfrutaban el Presidente del Gobierno, el Gobierno y los miembros del Parlamento. Así se reconoce, por omisión, en los arts. 40 y 51 de Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias.





Art. 40:

"2. Los miembros del Parlamento serán inviolables por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo. Durante su mandato, no podrán ser detenidos ni retenidos, sino en caso de flagrante delito."

Artículo 51.

"3. Los miembros del Gobierno solo podrán ser detenidos, durante el ejercicio del cargo, en caso de flagrante delito."

Así mismo, el nuevo Estatuto de Autonomía de Canarias dispone en su art. 80, como complemento a las disposiciones de la LOPJ, que corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Canarias:

"1. Conocer de los recursos relacionados con los procesos electorales de la Comunidad Autónoma con arreglo a las leyes.

2. Resolver las cuestiones de competencia entre órganos judiciales de Canarias, en todos los casos que no exista un superior común."

SEGUNDO.- Como consecuencia de la norma anterior, norma que fue aprobada el día 13 de septiembre de 2018 por el Congreso de los Diputados y por el Senado el 24 de octubre de 2018, esta Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias ha perdido la competencia que al Juez determinado por Ley le correspondía, ya que no es disponible el mantenimiento de la competencia ni puede prorrogarse la intervención de este Tribunal fuera de los supuestos en los que legalmente esté autorizado para conocer de una causa penal, en función del aforamiento especial de algunas personas. Resulta de lo anterior es que los Jueces y Tribunales estamos obligados a examinar nuestra propia competencia predeterminada por Ley.

Por tal motivo el informe del Ministerio Fiscal es de carácter preceptivo y así viene siendo exigido en todos los Tribunales Superiores y en el Tribunal Supremo, antes de entrar a conocer acerca de la causa penal, citándose al respecto y solamente a título ejemplificativo, el ATS de fecha 21 de Mayo de 2012, en el recurso nº 3/20002/2012, en el cual nuestro Alto Tribunal recibe la Exposición Razonada en fecha 3 de Enero de 2012, designa Ponente en providencia de 18 de Enero de 2012 y remite las actuaciones al Ministerio Fiscal **para informe sobre competencia y fondo**, evacuando en fecha 8 de Marzo de 2012 dicho trámite y, finalmente por Auto de fecha 21 de Mayo de 2012, acuerda acerca de la competencia. De igual modo, el ATS de fecha 13 de Mayo de 2016, recurso 3/20137/2016, en su Razonamiento Segundo recoge que:

*Cabe indicar que, en otras causas especiales contra aforados -entre otras muchas, causa especial núm. 20357/2016 (providencia de 5 de mayo de 2016); causa especial núm. 20550/2012 (providencia de 4 de mayo de 2016); o causa especial núm. 20483/2015 (providencia de 5 de mayo de 2016) -esta Sala **ha optado por acordar la paralización provisionalísima de las mismas hasta la constatación oficial de la existencia de los***





presupuestos fácticos que determinan la competencia ..."

Corolario de lo anterior es que la competencia es considerada en este tipo de causas penales como una prerrogativa de carácter indisponible, estando su aplicación unida a la propia ley que la ampara, que se extiende solo al periodo de mandato del aforado, siempre que los hechos cometidos estuvieran directamente relacionados con el ejercicio de la función pública inherente al cargo representativo, y ello por exigencias de la interpretación restrictiva que debe prevalecer en materia de privilegios de fuero, según recoge la STC 22/1997, de 11 de Febrero.

Ello afirma el criterio taxativo y limitado que debe prevalecer en materia de fueros y privilegios, y que conduce a disfrutar de sus efectos solo en el periodo parlamentario, entendiendo que la protección de la inmunidad se hace a la función y no al funcionario (*post officium vel in contemplatione officii*), según se expresa el ATS de 18 de Marzo de 1991. Prorrogar mas allá el status de los parlamentarios respecto al derecho del aforamiento especial de éstos *supondría una extensión del ámbito temporal de la prerrogativa, innecesaria para salvaguardar la finalidad, que la convertiría en un mero privilegio personal*" (STC nº 22/1997, de 11 de Febrero).

En los mismo términos se pronuncia el ATS ya citado de fecha 13 de Mayo de 2016: *"El fundamento de la inmunidad parlamentaria no es otro que el tratar de evitar que por medio de la vía penal pueda perturbarse el funcionamiento de las Cámaras legislativas, de ahí que pierda su razón de ser cuando las personas aforadas pierdan la condición de Diputados y Senadores.*

*En cualquier caso, la inmunidad parlamentaria, **como privilegio procesal que es, habrá de ser interpretada y aplicada con carácter taxativo y restrictivo**, como ha declarado reiteradamente esta Sala (v. autos de 24 de marzo de 1983, 8 de julio de 1986, 12 y 27 de julio de 1993, entre otros)".*

TERCERO.- La interpretación conjunta de la jurisprudencia citada con la normativa que instauro el nuevo Estatuto de Autonomía de Canarias y la establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial, permite determinar que la Sala de lo Penal de este TSJ ha perdido, por disposición legal con rango de Ley Orgánica, su competencia para el conocimiento de las Diligencias Previas provenientes del Juzgado de Instrucción nº 2 de San Cristóbal de La Laguna incoadas contra, entre otros, el Excmo. Sr. D. Fernando Clavijo Batlle, Presidente del Gobierno de Canarias. Si el apartado a) del artículo 73.3 de la LOPJ atribuye la competencia a esta Sala para el conocimiento de las causas penales que le reservan los Estatutos de Autonomía y el recientemente publicado para esta Comunidad Autónoma deroga expresamente la normativa del anterior y, con ella, la reserva de competencia a esta Sala de la decisión sobre inculpación, prisión, procesamiento y juicio de los Diputados del Parlamento de Canarias, resulta incuestionable que a esta Sala ninguna competencia le es reservada ni atribuida por el vigente Estatuto de Autonomía en relación a las causas penales que afecten a los miembros del Parlamento de Canarias y de su Gobierno Autónomo.





Por otro lado, de la Jurisprudencia citada se constata como el privilegio del aforamiento, que remite a una determinada competencia objetiva y funcional, es de carácter restrictivo, lo que fundamenta que aunque es lo cierto que la reforma legislativa como causa de la pérdida de la condición de aforado, aunque se mantenga la condición de parlamentario, no ha sido objeto de pronunciamiento jurisprudencial dada la novedad histórica que instaura el vigente Estatuto de Autonomía de Canarias, consideramos que al caso presente es de aplicación la Ley Orgánica vigente.

Entendemos, así mismo que tampoco es de aplicación el instituto de la *“perpetuatio iurisdictionis”*, que permite continuar la competencia jurisdiccional de un órgano judicial en una concreta causa, aunque no concurra ya el elemento determinante de su competencia en la misma, toda vez que en este supuesto la Sala ni siquiera ha llegado a dictar resolución alguna en las Diligencias remitidas en virtud de la Exposición Razonada del Juzgado de Instrucción nº 2 de La Laguna en fecha 4 de Septiembre de 2018, fuera de los concretos hechos que se señalan en los antecedentes de la presente resolución.

De ello inferimos que tampoco se puede valorar en este caso la circunstancia del estado del proceso para establecer la competencia objetiva y funcional del órgano de aforamiento, conforme a lo que fuera establecido en el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 2 de diciembre de 2014, en el que se acordaba por unanimidad que *“en las causas con aforados la resolución judicial que acuerda la apertura del juicio oral constituye el momento en que queda definitivamente fijada la competencia del Tribunal de enjuiciamiento aunque con posterioridad a dicha fecha se haya perdido la condición de aforado”*. Dicho Acuerdo, aunque había sido tomado en un supuesto de renuncia personal al aforamiento, no establece, sin embargo, distinción alguna en relación a los supuestos en que esa condición de aforado pueda desaparecer y, por tanto, puedan ser aplicados los efectos jurídicos que fija el mencionado Acuerdo; de esa manera ha de entenderse que el Acuerdo se extiende a todos los supuestos de pérdida de la condición de aforado sin excepción para, en palabras de la STS 869/2014, de 10 de diciembre, *“sentar un criterio uniforme y general que ofrezca seguridad jurídica”*.

En virtud de lo anterior, ha de concluirse que no cabe a esta Sala asumir la competencia para el conocimiento de las Diligencias Previas en cuestión.

CUARTO.- En cuanto a los escritos pendientes presentados por las partes con números de registro: 395, 398, 401, 409 y 411, entiende esta Sala que al carecer de toda competencia para el conocimiento de las actuaciones e incidencias de las mismas, al ser órgano manifiestamente incompetente para ello, debe abstenerse de dictar cualquier resolución en la causa que no sea la relativa a la declaración de incompetencia, una vez oído el Ministerio Fiscal. A este respecto ha de indicarse que no sólo es reiteradísima la doctrina del Tribunal Supremo expuesta en las causas especiales de que ha venido conociendo el mismo, respecto a los efectos procesales que se derivan de la pérdida del aforamiento, sino que también hay precedentes en esta propia Sala sobre tal particular, pudiéndose citar al respecto las resoluciones dictadas por la misma en el PA nº 1/2003 y en las Diligencias Previas nº 11/1994 y 17/2006, en las que perdida la condición de aforado por quien la ostentaba ante este Tribunal, la Sala ha declarado su incompetencia y ha remitido las actuaciones al órgano judicial correspondiente, sin pronunciar ninguna otra resolución que no fuera la de la declaración de





incompetencia. Ello viene impuesto, además, por el respeto al derecho de las partes al juez ordinario predeterminado por la Ley y a la interpretación restrictiva que impone el privilegio procesal del aforamiento.

En cuanto a los escritos con núm. de registro 399, 408 y 412 relativos al Recurso de Reforma contra la providencia de fecha 31 de Octubre de 2018 acerca del requerimiento al Ministerio Fiscal para la presentación del informe sobre competencia y contenido interpuesto por la representación del Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias y las contestaciones y oposiciones al respecto, manteniendo lo expuesto en el párrafo anterior de este Razonamiento en cuanto a la falta de competencia para cualquier tipo de pronunciamiento acerca del mismo, añadiremos que, sin resolver el mismo, si que se ha expuesto en el Razonamiento Segundo de este Auto, la necesidad del informe en cuestión.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL T.S.J. ACUERDA:

Declarar su falta de competencia para continuar con las presentes diligencias previas seguidas en virtud de denuncia contra el Excmo. Sr. D. Fernando Clavijo Batlle y otros.

Remítanse testimonio del presente auto y los testimonios recibidos, así como, en su caso, los incidentes y recursos dimanantes de las mismas, al Juzgado de Instrucción nº 2 de San Cristóbal de La Laguna para que continúe la instrucción de las diligencias previas.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas.

Contra esta resolución cabe recurso de súplica en el plazo de tres días ante esta Sala.

Así por este auto lo acordamos, mandamos y firmamos.

Asunto: Diligencias Previas 14/17

VOTO PARTICULAR

Disiento de la decisión adoptada por la Sala que presido -dicho sea con el máximo respeto al criterio de mis compañeras- y estimo que el recurso de reforma interpuesto debe ser estimado, revocando la Providencia de la Sala, de fecha 31-10-18 (en adelante Prov), que otorgó un nuevo plazo a la Fiscalía, de cinco días para la emisión del Informe (en adelante InfMF), y, por contra, debe resolverse sobre la admisión o no 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 resolución de la ER, debe ser objeto de respuesta independientemente de la entrada en vigor del nuevo Estatuto de Autonomía (en adelante EAC).





Se subrayan y resaltan los aspectos más relevantes del presente Voto, al igual que lo hace el Auto de la Sala, del que discrepo.

I.- Ello se basa en las razones que se van a exponer y que, 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 procesal, 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, si bien limitada a resolver las dos cuestiones pendientes (recurso de reforma y solicitud de resolución sobre si hay o no indicios delictivos).

2.- La actitud 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, podría eventualmente afectar al derecho constitucional a 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, máxime ante la insistencia del aforado pidiendo que la Sala resolviera.

II.- Sobre la competencia de esta Sala para seguir conociendo las Diligencias Previas, 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 Exposición Motivada del Juzgado de Instrucción) sin justificación suficiente. Entiendo que la Sala debe retener la competencia, limitada a estos dos trámites procesales. En definitiva, se trata de acoger la tradicional institución procesal de la “perpetuatio iurisdictionis” a la que alude el MF en su Informe, pero limitada a esas dos resoluciones pendientes.

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 Autonomía 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 obstaculiza la resolución de la Sala, que ya no puede ceñirse a decidir la ER del JI (si hay o no indicios delictivos en la actuación del aforado ex art. 779.1.1 LECr.), sino que previamente debe 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 a estos dos trámites procesales pendientes de resolver).

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

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 una laguna de Ley o una necesidad de interpretación del precepto en relación al resto del Ordenamiento Jurídico y en especial a los principios constitucionales.

Como bien indica el MF en su informe, 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 InfMF, 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 de esta Sala extienden este criterio en base a que la jurisprudencia citada y el Acuerdo no distinguen la causa del “desaforamiento”, sino que resuelven el caso con carácter general, sin expresar concretamente que el criterio jurisprudencial se refiere sólo al supuesto de renuncia al cargo, por lo que -a juicio del MF, seguido por la Sala- debe abarcar todos los supuestos de “desaforamiento” independientemente de la causa.

No comparto este razonamiento:

1.- De entrada, deberá recordarse que una de las fuentes del criterio del TS no es estrictamente jurisprudencial (sin entrar a una crítica al valor de esta singular manifestación de voluntad del TS) mientras que, como ahora se verá, existe base jurisprudencial (en el sentido propio del art. 1.6 del Código Civil) que resuelve la cuestión planteada (norma aplicable a los procesos en trámite en ausencia de disposiciones de Derecho transitorio). Esta objeción, desde luego marginal, no cabe aplicarla a las otras fuentes (STS y ATS), que tienen carácter jurisprudencial puro.

2.- En segundo lugar, porque no hay razón alguna para extender el supuesto concreto del Acuerdo y de la jurisprudencia citados a otra causa distinta. Tanto el Acuerdo como la STS y el ATS en los que se apoya la postura del InfMF y de Auto contemplan el caso de que un aforado renuncie al cargo, y ni siquiera se refieren al caso de que exista expiración del mandato por transcurso del tiempo (supuesto al que ni siquiera podría aplicarse la analogía ex art. 4.2 del CCiv, pues este precepto se aplica sólo a las normas, no a la jurisprudencia).





3.- Especialmente, debe destacarse que la causa del “desaforamiento” es sustancialmente distinta (consiste en una modificación legal sobrevenida que afecta al 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 modificación legislativa) distinto al contemplado en ellos (la renuncia al cargo).

4.- Y, muy en particular, esta interpretación extensiva que hace el Auto sobre el Acuerdo y jurisprudencia del TS en este caso concreto, podría afectar al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (y derivadamente, al del 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 eventual afectación al derecho constitucional se desarrollará en el apartado III del presente Voto, no obstante se adelanta desde ahora que ello podría vulnerar 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 de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE) todo ello en relación a la omisión de la Sala en cuanto a no resolver la cuestión planteada, dilatándola sin justificación suficiente pese a la insistencia del aforado.

c.- Por el contrario, existe doctrina jurisprudencial que sustenta lo que podría llamarse, (desde la perspectiva estrictamente procesal o, más concretamente, orgánica-judicial), la retención de la competencia o la ultractividad de la norma, doctrina ajustada precisamente al caso presente, que se caracteriza justamente por una modificación 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 ultraactividad, 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, incluidos 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 resolución 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 excepción "...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 defendida en el presente Voto es más modesta, pues se defiende aquí que la retención de competencia, (o aplicación de la ultraactividad normativa o "perpetuatio iurisdictionis") no debe 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 (estimación o rechazo de la Exposición Razonada del Juzgado de Instrucción que detectó indicios delictivos). Se defiende, pues, aplicar la ultraactividad 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 resolución, no a las ulteriores o sucesivas.

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 resolución 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 resolución 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 ET) que es la ultractividad sobre la base de la aplicación de las normas de Derecho Transitorio General, aplicables porque 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 ultraactividad normativa, o bien, con más precisión, lo que la jurisprudencia constitucional denomina ultraactividad aplicativa (STCo. 108/86), "extractividad", "vestigio de vigencia" (SSTCo. 182/97 y 199/87), o "ultractividad aplicativa", que es propia de las normas procesales, precisamente instituida 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 jurídica 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 Capítulos 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 Jurídico, 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 también 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 Jurídico* (Lasarte y Hernández Gil).

El apoyo que sustenta este Voto no es, naturalmente, doctrinal o dogmático, 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 disposición 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 da claramente aquí (Ley carente de Disposiciones Transitorias), con lo que se da la *“identidad de razón”* del precepto, sin que sea de aplicación la excepción 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 el caso, es el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE, vinculado con el del derecho al Juez predeterminado por la Ley del apartado 2 del mismo precepto constitucional. Ç

4.- Además, la normativa sustantiva general (que es civil) apoya igualmente la retención de competencia o ultractividad que aquí se defiende. Al efecto, deberá insistirse en que las normas del Código Civil se aplican supletoriamente a todo el Ordenamiento Jurídico (incluido, 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 Disposición se complementa con la contenida en la del ordinal Decimotercera, 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 legislación anterior que imponen las Disposiciones Transitorias Primera y la Cuarta.

Así, 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 ex STCO. 12-5-94, entre tantas) debe mantenerse la vigencia del Derecho anterior, aunque sólo 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.

III.- Sobre la eventual afectación al derecho fundamental constitucional a la tutela judicial efectiva y derivadamente, del derecho fundamental constitucional al Juez predeterminado por la Ley.

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, y se complementa también con sustento de doctrina de rango jurisprudencial constitucional, puesto





que la solución contraria (la pérdida inmediata de la competencia, que dispone el Auto de la Sala), podría conllevar la afectación al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 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 resolución 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 ER del JI que declaraba la existencia de indicios delictivos) por no haberse remitido el InfMF, requerido reiteradamente.

Ahora bien, es del todo punto relevante indicar 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 expresa de resolución y la interposición de recurso de reforma contra la Providencia que le otorgó al MF un tercer plazo, por lo que debió estimarse el recurso.

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, ninguna cuestión de competencia (arts. 51 y 52 LOPJ) se ha planteado por ninguna de las partes, y, como muy bien se alega 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 relación al aforado.

Ello no obsta a que la Sala pueda 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 y 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, ER, 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 jurídico contractual atribuido al aforado, confundiendo al indicar que hay comodato cuando se trata de un mutuo), informe que, asumido por el JI, dio origen a la reactivación 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 estimación 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 es “preceptivo” (término que expresa la Providencia cuya reforma se pide y estimo que debe atenderse) es esperar a su emisión para la adopción de la decisión de la Sala. Y ello no sólo por la inexistencia de norma jurídica alguna que condicione la decisión judicial a la emisión de tal informe (al menos en este trámite procesal), sino por la posible afectación al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva al que alude el aforado, en su recurso de reforma, derecho al que la doctrina jurisprudencial constitucional dá una extraordinaria relevancia (STCo. 31-1-00, entre tantas).

Bien es cierto que la actitud de la Sala en esperar puede encontrar justificación en la equivalente actitud pasiva del aforado, hasta entonces también esperando al InfMF; pero desde que esta pasividad desaparece, reclamando el aforado a la Sala una decisión, esta justificación se debilita de forma que la Sala ya no tenía razón bastante para no 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 asume 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 al principio de tutela judicial efectiva del art. 24 CE, precepto desarrollado por la normativa procesal orgánica general (arts. 5 y 7.1 LOPJ) y especialmente aplicable 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).

En cuanto a los hitos temporales acaecidos procede indicar que 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 había 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 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 pudo hacerlo.

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; sean éstas de orden interno por disposición de las normas de organización o de funcionamiento de la Fiscalía o de la lógica necesidad de un profundo





estudio (perfectamente entendible, en el que el plazo de pocos días resulta insuficiente) o bien consulta del MF (o las tres razones a la vez), dada la relevancia de la cuestión planteada y la complejidad jurídica de la causa penal, en particular por el volumen de documentación de la misma (22 tomos).

C.- Esta conveniencia 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 aprobó 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, pudo constituir un acicate para resolver en lugar de esperar, y ello precisamente para contestar a la petición del recurrente.

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 jurídico/político como un privilegio, pero ni siquiera ello justificaría la espera de la Sala en resolver, puesto que la supresión del privilegio no faculta a adoptar una actitud de espera a costa de no responder a la solicitud del aforado, aparte de que el aforamiento es un derecho que se extiende a otros colectivos (recuérdese que el aforamiento permanece, entre otros, para los Jueces y Magistrados y hay privilegios, legalmente calificados como tales, tan comunes como los de los trabajadores respecto al cobro de sus salarios en los casos de insolvencia patronal) 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 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.

E.- El efecto de la falta de respuesta además conlleva un perjuicio adicional porque el "desaforamiento" no conlleva 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 desaparición del derecho a la respuesta judicial por parte de este TSJ, sin sustitución por otro órgano judicial que resuelva.

Por tanto, estimo que se ajustaría mejor a la tutela judicial efectiva 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 denomine el mantenimiento limitado de la “perpetuatio iurisdictionis” o bien se denomine, siguiendo la línea doctrinal expuesta en el apartado II, como ultractividad de la norma derogada, pero en todo caso, con efecto restringido (se insiste una vez más) a la doble respuesta judicial que debió darse desde el momento de nacer el derecho a esa respuesta: la petición de resolución 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.

F.- Desde luego que sería deseable que la decisión de la eventual 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 cuestión de





constitucionalidad ante el TCo. en pro de declaración de interpretación constitucional, pero la configuración legal de tal utilísimo instrumento obstaculiza el planteamiento de la cuestión como una actividad meramente interpretativa, sino que debe realizarse en solicitud de declaración 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 resolviera la posible afectación de derechos fundamentales constitucionales. En estos casos de planteamiento de mera cuestión 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.- En resumen, sostengo, con el mayor respeto al criterio mayoritario de la Sala, que ésta debió:

1.- Dictar Auto, reteniendo la competencia mediante la ultractividad del antiguo EAC, limitada a las dos resoluciones pendientes:

2.- Respecto a la primera, 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.

3.- Respecto a la segunda, la solicitud de resolución 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 al Juzgado de Instrucción para que continuara su actividad investigadora.

Es cuanto tengo el deber de exponer, en Las Palmas de Gran Canaria, a 14 de Noviembre de 2018.-

-Antonio Doreste Armas-

