



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

Procedimiento: Diligencias previas
Nº Procedimiento: 0000014/2018
NIG: 3501631220180000039
Resolución: Auto 000018/2018

Intervención:

Querellado
Querellado
Querellado
Querellado
Querellado
Querellante

Interviniente:

MARIO CABRERA GONZALEZ
MARCIAL MORALES CABRERA
MANUEL MIRANDA MEDINA
ANDRÉS DÍAZ MATOSO
RAFAEL MELIAN MARTINEZ
FISCALIA TSJ CANARIAS

Procurador:

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 13 de noviembre de 2018.

HECHOS

PRIMERO.- El pasado día 5 de octubre de 2018 tuvo entrada en esta Sala el oficio del Excmo. Sr. Fiscal Superior de Canarias, adjuntando las Diligencias de Investigación Penal n.º 6/2018 y el escrito de querella formulado por la Fiscalía contra el Diputado del Parlamento de Canarias, Excmo. Sr. D. Mario Cabrera González, y contra D. Marcial Morales Cabrera, D. Manuel Miranda Medina, D. Andrés Díaz Matoso y D. Rafael Melián Martínez por la supuesta comisión de los delitos de prevaricación y falsedad.

SEGUNDO.- Por diligencia de ordenación de fecha 8 de octubre de 2018 se tuvo por recibida la mencionada querella y se acordó su registro en el libro de Diligencias Previas. Así mismo, se dejó constancia de la composición de la Sala a la que, en su caso, correspondería el conocimiento de la querella y se acordó la unión a las actuaciones de certificación de la condición de Diputado del Parlamento de Canarias del Excmo. Sr. D. Mario Cabrera González.

TERCERO.- Remitido el correspondiente oficio al Parlamento de Canarias, en fecha 16 de octubre de 2018 tuvo entrada en esta Sala la certificación remitida por el Letrado-Secretario





General del Parlamento, en la cual se hace constar que D. Mario Cabrera González ostenta el cargo de Diputado del Parlamento de Canarias en la IX Legislatura, desde el día 23 de junio de 2015.

CUARTO.- En escrito que tuvo entrada en la Sala el pasado día 23 de octubre, el Ministerio Fiscal comparece a los efectos de dar traslado a este Tribunal del escrito presentado en la Secretaría de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma por D. Carmelo Hernández Hernández, para su unión a las Diligencias Previas 14/2018 incoadas en esta Sala.

Por providencia de fecha 24 de octubre de 2018 se tuvo por recibido el anterior escrito y se acordó su unión a las presentes Diligencias Previas.

QUINTO.- El día 7 de noviembre de 2018 se dictó providencia de la Sala en virtud de la cual se acordó dar traslado al Ministerio Fiscal para informe de competencia de este Tribunal para el conocimiento de las actuaciones, al haberse publicado en el B.O.E. del día 6 de noviembre de 2018 la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, con entrada en vigor en el mismo día de su publicación, y en la cual se elimina el aforamiento ante este Tribunal de los Diputados del Parlamento de Canarias y de los miembros del Gobierno de Canarias.

En escrito presentado el día 9 de noviembre de 2018, el Ministerio Fiscal, en contestación al traslado conferido, ha emitido dictamen acerca de la competencia de la Sala para el conocimiento de las actuaciones, considerando que la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Canarias no es competente para conocer de la presente causa.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Canarias, publicada en el B.O.E. del día 6 de noviembre de 2018, y cuya Disposición Final establece que la misma entrará en vigor el mismo día de su publicación, dispone en su artículo 40.2 que “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”. Por su parte, el artículo 51 establece en su número 3º que “Los miembros del Gobierno solo podrán ser detenidos, durante el ejercicio del cargo, en caso de flagrante delito”. A diferencia de lo que se disponía en los artículos 10.3, párrafo segundo y 19.2, respectivamente, del Estatuto de Autonomía de Canarias aprobado por Ley Orgánica 10/1983, de 10 de agosto, reformado por Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre, el actual Estatuto de Autonomía suprime la expresa referencia que hacía la anterior Norma Estatutaria a la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias para “decidir sobre la inculpación, prisión, procesamiento y juicio” tanto de los Diputados del Parlamento de Canarias como de los miembros del Gobierno Autónomo, de tal manera que el nuevo Estatuto de Autonomía ha suprimido y derogado el aforamiento de los referidos cargos ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias y su Sala de lo Penal.

De otra parte, el nuevo Estatuto de Autonomía dispone en su artículo 80, como complemento a las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo siguiente: “Artículo 80. *Competencias del Tribunal Superior de Justicia.*

En todo caso, 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”.

Por último, el artículo 73.3.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece las competencias que, como Sala de lo Penal, corresponde a este Tribunal, dispone nuestra competencia para “El conocimiento de las causas penales que los Estatutos de Autonomía reservan al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia”.

SEGUNDO.- La interpretación conjunta de la normativa que instaura 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 la querella interpuesta por el Ministerio Fiscal contra el Diputado del Parlamento de Canarias, Excmo. Sr. D. Mario Cabrera González, y las demás personas contra las que se formula la misma. 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 otra parte, 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 no 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 concorra ya el elemento determinante de su competencia en la misma. En este supuesto, la Sala ni siquiera ha llegado a dictar resolución de admisión o inadmisión a trámite de la querella interpuesta ni a realizar actividad procesal alguna, fuera de los concretos hechos que se señalan en los antecedentes de la presente resolución; de esta forma, consideramos 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 consecuencia, ha de concluirse que no cabe extensión alguna





de competencia de esta Sala para el conocimiento de la querella interpuesta por el Ministerio Fiscal, debiendo inhibirse del conocimiento de la misma en favor de los Juzgados de Instrucción de la localidad de Puerto del Rosario, al ser el lugar de la supuesta comisión de los hechos el territorio del partido judicial de dicha localidad.

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

Declarar su falta de competencia para el conocimiento de la querella interpuesta por el Ministerio Fiscal contra el Diputado del Parlamento de Canarias, Excmo.Sr. D. Mario Cabrera González, y contra D. Marcial Morales Cabrera, D. Manuel Miranda Medina, D. Andrés Díaz Matoso y D. Rafael Melián Martínez, debiendo inhibirse del conocimiento de la misma en favor de los Juzgados de Instrucción de Puerto del Rosario, a cuyo Juzgado Decano habrán de remitirse las actuaciones para su reparto.

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, firme que sea archívese definitivamente las presentes diligencias.

Así por este AUTO lo acordamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR

Acorde con el Voto Particular formulado en las Diligencias Previas 14/17, disiento aquí también de la decisión adoptada por la Sala que presido -dicho sea con el máximo respeto al criterio de mis compañeras- y estimo que la querella del Ministerio Fiscal (en adelante MF), debió ser admitida porque debe ser objeto de respuesta independientemente de la entrada en vigor del nuevo Estatuto de Autonomía (en adelante EAC).

I.- Ello se basa en las razones que se van a exponer y que, en forma de rótulo o prefacio, pueden sintetizarse así:

Al margen de que la espera durante semanas a la entrada en vigor del nuevo EAC, podría eventualmente afectar al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, lo relevante es que, al perderse el aforamiento por nueva Ley carente de Derecho Transitorio que regule la normativa aplicable a los tramites procesales pendientes, no es de aplicación la jurisprudencia del TS señalada en el Auto, porque se refiere a renuncia del aforado al cargo, sin que es de aplicación la doctrina, normativa y jurisprudencia sobre el Derecho Transitorio General, contenido en el Código Civil, que dispone que se siga aplicando la norma procesal anterior, mediante la ultractividad.

II.- Sobre la competencia de esta Sala para seguir conociendo las Diligencias Previas, limitada al trámite procesal pendiente de resolución, que es la admisión de la querella, ha de indicarse que se ha dilatado la respuesta de esta Sala, sin justificación suficiente . Entiendo que la Sala





debe retener la competencia, limitada a tal trámite procesal. En definitiva, se trata de acoger la tradicional institución procesal de la “perpetuatio iurisdictionis” a la que alude el MF en el Informe emitido en las D.P. 14/17.

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 una de las personas querelladas (parlamentario autonómico); el “desaforamiento”, visto precipitadamente sin más examen, se aplicaría inmediatamente. Este cambio normativo obstaculiza la resolución de la Sala, que ya no puede ceñirse a decidir el “petitum” de la querella del MF (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 (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 situación jurídica, en particular la sede judicial (la competencia objetiva y funcional) de 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 el informe emitido en las D.P. 14/17, se trata de un supuesto que denomina “históricamente novedoso” y que “no ha sido tratado por la jurisprudencia”.

b.- Tal situación la resuelve el InfMF, emitido en las citadas D.O. 14/17 (el Auto del que se discrepa sigue ese criterio) 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, alude a la STS de 10-12-14 (869/14) que resolvió en igual sentido.

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 STS y el Acuerdo no distinguen, 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 no cabe aplicarla a la otra fuente, que tiene carácter jurisprudencial puro.

2.- En segundo lugar, porque no hay razón alguna para extender el supuesto concreto del Acuerdo y de la STS citados a otra causa distinta. Tanto el Acuerdo como la STS 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 soluciones distintas que -esto es clave- tienen sustento 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 STS, expandiendo su doctrina a un caso distinto (la modificación legislativa) al contemplado en ellos (la renuncia al cargo).

4.- Ciertamente es que esta interpretación extensiva del Acuerdo y de la STS, en este caso concreto, afecta menos (a diferencia del caso de las D.P. 14/17, según Voto Particular semejante al presente y de igual fecha) al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (y derivadamente, al del Juez predeterminado por la Ley) por cuanto la dilación del procedimiento no es tanta y máxime cuando es innecesaria de todo punto la solicitud de informe al MF sobre competencia y contenido, pues ambos extremos se contienen “in re ipsa” en la propia querella.

No obstante, la Sala tenía que haber resuelto, con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo EAC, la solicitud del MF, en la querella, aún sin intervención de los querellados, lo cual no incide en cuanto aquí se razona, puesto que, al no habersele dado traslado de la querella, la desconocen y, por tanto, se ignora si hubieran o no insistido ante la Sala para que ésta resolviera.

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, más adecuadamente, la ultractividad de la norma derogada, 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 entienda con un contenido de carácter material o sustantivo, la doctrina jurisprudencial que se va a exponer apoya la postura que se defiende en este Voto, 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...”, doctrina que admite la excepción” cuando se trata de derechos públicos”, excepción que no es el presente caso, ya que 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 al trámite procesal pendiente: la admisión de la querella. 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 al trámite o fase procesal pendiente de resolución, no a las ulteriores o sucesivas.

2.- 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 ultraactividad 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 “ultraactividad 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 ultraactividad cuando no hay retroactividad (Verdura Izquierdo y Díez-Picazo, que la denomina ultraactividad 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 normas de aplicación a todas las normas, 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 la 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., 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, vinculación 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.





En resumen, que, siguiendo a esa 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.

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 (se repite acaso en demasía) en lo que respecta al trámite procesal pendiente.

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 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 ha de indicarse que la adopción de la medida antes propuesta (la retención de la competencia vía ultractividad de la norma anterior) podría verse complementada con apoyo jurisprudencial de rango constitucional, puesto que la solución contraria (la pérdida inmediata de la competencia, que dispone el Auto de la Sala), podría, eventualmente, conllevar la afectación al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución, si bien en las circunstancias del presente supuesto esta afectación es menor que el caso paralelo planteado ante esta misma Sala (las citadas D.P. 14/17).

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.

Cierto es que con ello la posición que aquí se defiende, el aforado podría empeorar su situación procesal penal, (puesto que la Sala puede optar por respaldar la querella, al admitirla), pero lo cierto es que la posibilidad contraria (la inadmisión de la querella) existe por remota que sea. Así, la Sala podría haber dado respuesta, -sea positiva o sea negativa- a la querella del MF, 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).

Es cierto que tal deber de resolver se atenúa desde que se considere la pasividad del MF pero ello, desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva, no releva a la Sala de resolver, sólo que rebaja el grado o intensidad de esa obligación de la Sala en resolver.





Por otra parte, debe destacarse que la querella podía haberse admitido desde el 16 de Octubre, por lo que la paralización de su trámite de admisión alcanza tres semanas, demora que carece de justificación como no sea precisamente la de esperar a la entrada en vigor del nuevo EAC que, al suprimir el aforamiento, parecería (y así se resuelve por el Auto de la Sala) que se pierde inmediatamente la competencia orgánica y funcional, frente a lo que aquí se defiende que es la retención de la competencia hasta la resolución del trámite pendiente: la admisión.

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 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.

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 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.

Por tanto, a mi entender, debió resolverse por Auto admitiendo la querella y remitiendo las actuaciones al Juzgado de Instrucción territorialmente competente para que iniciara las tareas de investigación que estimara competentes.

Es cuanto tengo el deber de exponer.

En Las Palmas de Gran Canaria, a 14 de Noviembre de 2.018.-

