



Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Canarias
Las Palmas de Gran Canaria

Sección:
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE
LO PENAL
Las Palmas de Gran Canaria
Procedimiento: Diligencias previas
Nº Procedimiento: 000014/2017
Proc. origen: Diligencias previas
Nº proc. origen: 0001213/2017
NIG: 3501631220170000022

A LA EXCMA. SALA

El Fiscal, evacuando el traslado conferido en virtud de la providencia de 31 de octubre de 2018, notificada el mismo día a los efectos de remitir informe sobre competencia, dice:

El informe interesado por la Excm. Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Canarias tiene su causa en la diligencia de ordenación de 4 de septiembre de 2018 por la que se daba cuenta de la recepción de la exposición razonada del Juzgado de Instrucción de San Cristóbal de La Laguna, del siguiente tenor literal: *Por recibida exposición razonada del Juzgado de Instrucción nº 2 de San Cristóbal de La Laguna, dictada en el curso de las diligencias previas nº 1213/2017 de dicho órgano judicial, en las que tienen la condición de investigados por los presuntos delitos de prevaricación y malversación don Antonio Miguel Pérez-Godino y don Fernando Clavijo Batlle, este último Presidente del Gobierno de Canarias, exposición dictada en virtud de lo acordado por esta Sala en providencia de fecha 12 de diciembre de 2017, adjuntándose pen drive conteniendo copia de los 22 tomos de que consta dichas diligencias, únase.*

En la referida diligencia de ordenación se da traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal a los efectos de emitir informe de conformidad con lo establecido en el artículo 759. 2º de la LECrim. En esencia, se trata de informar sobre la competencia de la Sala Civil y Penal del TSJ de Canarias en razón del aforamiento de alguna de las personas investigadas y del contenido en cuanto a la valoración de la existencia de indicios racionales en la comisión de los delitos a los que se refiere la exposición razonada por parte de las personas referidas.

En relación con la competencia, en el momento del traslado realizado, debería corresponder a la Sala Civil y Penal del TSJ de Canarias, de conformidad con lo previsto en el artículo 73.3 apartado a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) al corresponder a la Sala de lo Penal del TSJ de Canarias *“el conocimiento de las causas penales que los Estatutos de Autonomía reservan al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia”*. En la medida que en la exposición razonada remitida por el Juzgado de San Cristóbal de La Laguna se hacía referencia a la posible participación en los delitos relatados del Excmo. Sr. don Fernando Clavijo Batlle, Presidente de la Comunidad Autónoma de Canarias, de acuerdo con lo establecido en el artículo 19 del Estatuto de Autonomía de Canarias, Ley Orgánica 10/1982 de 10 de agosto, reformada por Ley Orgánica 4/1996 de 30 de diciembre.





Conforme al traslado conferido en virtud del artículo 759.2º de la LECrim. el informe debería extenderse al análisis de la posible existencia de los delitos de prevaricación y malversación de caudales descritos por al Magistrada del Juzgado de Instrucción de San Cristóbal de La Laguna, así como la existencia de indicios racionales de la participación en ellos de don Fernando Clavijo Batlle.

Indicar que para la elaboración del referido informe se requiere de un plazo mas extenso que los exiguos 2 días a los que se refiere el artículo 759.2 de la LECrim.. La complejidad de la causa viene marcada por varias razones, así: En primer lugar la extensa documentación remitida (1.507 folios) por la Magistrada Instructora acompañando a la Exposición Razonada dictada, a los que hay que añadir los 22 tomos del procedimiento original que fueron enviados a la Secretaría de la Sala de lo Penal del TSJ de Canarias, puestos a disposición del Fiscal, que precisaron un laborioso estudio, análisis y valoración. Igualmente en el concepto de “complejidad” debe tenerse en cuenta los diferentes criterios procesales que ha tenido las diligencias previas 1213/2017 durante su tramitación en el Juzgado de Instrucción de San Cristóbal de La Laguna hasta culminar con la Exposición Razonada remitida, citar a modo de ejemplo las siguientes: a) el auto de 15 de junio de 2017 por el que la Magistrada Instructora acuerda el sobreseimiento de las actuaciones, que es refrendado por el Ministerio Fiscal; b) el auto de 17 de octubre de 2017 de la Ilma. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que estimando los recursos de apelación de las partes querellantes, insta al órgano instructor continuar con la instrucción de la causa, practicando las diligencias de investigación que estime necesaria para el esclarecimiento de los hechos denunciados y las personas responsables; c) la providencia de 31 de octubre de 2017, donde la Magistrada instructora, acuerda –conforme a lo instando por la Audiencia Provincial- la practica de determinadas diligencias de prueba, al tiempo que da traslado al Fiscal para que informe sobre la competencia de la Sala Civil y Penal del TSJ de Canarias, en la medida que una de las autoridades a las que se le debe tomar declaración es a don Fernando Clavijo teniendo la condición de aforado conforme a lo establecido en el artículo 73.3 a) de la LOPJ y 10.3 y 19.2 del Estatuto de Autonomía de Canarias, en su condición del Presidente del Gobierno de la Comunidad Autónoma; d) el Fiscal, siguiendo doctrina consolidada del TS informa en sentido negativo respecto de la competencia del TSJ de Canarias, en el momento presente, siendo necesario agotar la instrucción al objeto de determinar si existen elementos de convicción que sugieran una posible imputación de la persona aforada; al amparo del artículo 759.2 de la LECrim.; e) la Magistrada instructora, separándose del criterio del Fiscal, remite el 24 de noviembre de 2017 a la Sala Civil y Penal del TSJ de Canarias exposición razonada al resultar denunciado don Fernando Clavijo Batlle, transcribiendo el fundamento jurídico cuarto del Auto dictado por la Audiencia Provincial Sección Segunda de 17 de octubre de 2017 al resolver los recursos de apelación interpuestos contra el Auto de sobreseimiento de las diligencias previas, como argumento de la exposición razonada; f) la Sala Civil y Penal del TSJ de Canarias en virtud de providencia de 12 de diciembre y siguiendo el criterio del Ministerio Fiscal, acuerda que por el Juzgado de Instrucción nº Dos de San Cristóbal de La Laguna, y en el seno de las diligencias previas 1213/2017, practicadas en su caso las declaraciones acordadas, previo informe del Ministerio Fiscal, tal y como prevé el art. 759.2 de la LECrim., se eleve por la





Magistrada instructora nueva Exposición Razonada que contenga indicios, a tenor de las diligencias practicadas y obrantes en las actuaciones, por los que considere que el aforado, Excmo. Sr. Clavijo Batlle, ha podido o debido participar en alguna de las actuaciones irregulares denunciadas, referidas a los supuestos delitos de prevaricación, malversación y/o tráfico de influencias, no bastando para ello con la transcripción del Fundamento Jurídico 4º del Auto de la Audiencia Provincial; g) el 27 de Julio de 2018 la Fiscalía Provincial de Santa Cruz de Tenerife, una vez practicadas las diligencias de investigación acordadas por la Instructora y evacuando el informe interesado, emite informe considerando que en la conducta llevada a cabo por el Excmo. Sr. don Fernando Clavijo Batlle durante su etapa como Alcalde Presidente de San Cristóbal de La Laguna concurren indicios del delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal y del delito de malversación de caudales públicos del artículo 432 del mismo texto legal, interesando que la Magistrada instructora realice la Exposición Razonada remitiéndola al órgano superior; h) finalmente, el 28 de agosto de 2018 la Magistrada Instructora emite Auto que contiene la Exposición Razonada que remite al TSJ de Canarias considerando que de lo actuado existen indicios de la comisión de un delito de prevaricación y otro de malversación de caudales públicos por parte del Excmo. Sr. don Fernando Clavijo Batlle por actos referidos a su actuación como Alcalde Presidente del Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna.

Sin duda, los trámites relatados aconsejaban un estudio minucioso de las actuaciones recibidas para informar sobre lo más esencial, la existencia de indicios en la comisión de los delitos relatados (prevaricación administrativa y malversación de caudales públicos), delitos por otra parte de naturaleza compleja muy vinculados al ámbito del derecho administrativo.

Junto a lo anterior, necesario es referir –en la medida que afecta a la propia competencia de la Sala- el proceso de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, que coincide con el traslado de la causa al Ministerio Fiscal mediante la diligencia de ordenación de 4 de septiembre de 2018, (el nuevo Estatuto de Canarias fue aprobado el 13 de septiembre de 2018 por el Congreso de los Diputados y el 24 de octubre de 2018 por el Senado, siendo publicado en el BOE el pasado 6 de noviembre de 2018). En lo que aquí importa, el nuevo Estatuto de Canarias contiene una reforma esencial que se concreta en la desaparición de los aforamientos que contemplaba en su anterior redacción.

En concreto el artículo 40 referido al *Estatuto de los diputados* establece en su nº 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.*

Por su parte, el artículo 51 referido a la composición del Gobierno de Canarias establece en su nº 3: *Los miembros del Gobierno solo podrán ser detenidos, durante el ejercicio del cargo, en caso de flagrante delito.*

La ausencia de referencia expresa a la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias para decidir sobre inculpación, prisión, procesamiento y juicio de los miembros del Gobierno o los miembros del Parlamento de Canarias, tal como refería el Estatuto de Autonomía en su redacción por LO 10/1982 de 10 de agosto, reformada por LO 4/1996 de 30 de diciembre, determina la pérdida de su condición de aforados.





La *reforma legislativa* como causa de la pérdida de la condición de aforado no ha sido tratada por la jurisprudencia para la determinación de la competencia, por ser un supuesto históricamente novedoso. En todo caso se trata de una cuestión esencial del procedimiento y que debe ser abordado en este informe integrando la jurisprudencia existente en cuanto al momento en que queda fijada de forma definitiva la competencia del Tribunal en los casos de pérdida de la condición de aforado.

Como ha tenido ocasión de exponer tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, en relación con las personas aforadas en su condición de miembro del Parlamento Regional o Presidente del Gobierno de Comunidad Autónoma, existiendo el aforamiento, se mantiene la competencia del órgano de aforamiento en tanto se mantiene la condición de parlamentario, (STC 90/1985, de 22 de julio; 206/1992 de 27 de noviembre), lo que ha sido interpretado y aplicado con carácter taxativo y restrictivo como señala el Auto del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2010.

Conforme a la jurisprudencia existente hasta el momento, la competencia de los tribunales determinada por la condición de personas aforadas, solo alcanza ante los mismos, por las normas jurídicas que lo contienen (en nuestro caso LOPJ y Estatuto de Autonomía de Canarias) en tanto han adquirido y mantienen la condición de personas aforadas, entre otros ATS de 15 de enero de 2013.

La pérdida de aforamiento y por tanto, a su vez, de la prerrogativa que asiste a las personas que tienen tal condición, determina la pérdida de la competencia objetiva y funcional derivada del órgano de aforamiento, lo que puede venir sin embargo matizado, no respecto de la pérdida de la prerrogativa de aforamiento de quien pierde la condición de aforado, que es evidente, pero sí respecto de la competencia del órgano de aforamiento, en función del estado del proceso en que se encuentre tal persona al tiempo de la pérdida de aforamiento. Dicha matización se produce como consecuencia de la aplicación del instituto de la "perpetuatio jurisdictionis", que permite continuar la competencia jurisdiccional de un órgano judicial, naturalmente para y en una concreta causa, aunque no concorra ya el elemento determinante de su competencia en la misma, cuando el proceso se encuentre en un momento procesal tal que determine o aconseje el mantenimiento de la competencia con que se inició.

La determinación del momento procesal en que se ha de estimar producida la perpetuatio jurisdictionis en el caso de los aforamientos ha sido fijada por el Tribunal Supremo en el Pleno no jurisdiccional de su Sala Segunda, de 2 de diciembre de 2014, en el que se acordó 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."

El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 2 de diciembre de 2014 tiene como causa la renuncia personal al aforamiento por parte de imputados, y como objetivo la determinación de los efectos jurídicos de la pérdida de la





condición de aforado como consecuencia de dicha renuncia. Pero el “Acuerdo” propiamente dicho se extiende a todos los supuestos de pérdida de la condición de aforado sin excepción, y, por tanto, no sólo a los que tengan origen en la renuncia personal. Lo que se deduce en primer lugar de su tenor literal, en cuanto no discrimina entre distintos supuestos, ni menciona expresamente la renuncia al aforamiento. Por lo que *a sensu contrario*, la pérdida de la condición de aforado previa a la apertura del juicio oral supone el desplazamiento de la competencia a la jurisdicción ordinaria de origen en todos los supuestos.

La Sentencia 869/2014 TS, de 10 de diciembre de 2014 deja claro el alcance del Acuerdo nombrado para todos los supuestos sin excepción, fijando la *perpetuatio jurisdictionis* en favor del tribunal concernido una vez que se dicta el auto de apertura del juicio oral, pero no hasta entonces. Dicha sentencia se marca como objetivo **“sentar un criterio uniforme y general que ofrezca seguridad jurídica”**. Trasciende, por tanto, a la consideración de un único supuesto específico de pérdida de aforamiento por renuncia. Y concluye con la afirmación de que una vez dictada la apertura del juicio oral queda definitivamente consolidada la competencia del tribunal, *“siendo inmune a la pérdida de la condición de diputadas... máxime si se tiene en cuenta que fue debida a una renuncia voluntaria de su condición de diputada”*. Es decir, la renuncia como causa de la pérdida del aforamiento es solamente un supuesto especialmente cualificado, o agravado, si se hace valer esta expresión, y en consecuencia el criterio que establece al unísono con el Acuerdo TS mencionado es de carácter y alcance absoluto.

Aun reconociendo la sentencia citada que la determinación del momento en que se fija la competencia del tribunal de enjuiciamiento y fallo es cuando se toma la decisión de admitir la denuncia o querrela, con nombramiento de un Instructor de la causa, el efecto de la *perpetuatio jurisdictionis* queda definitivamente fijado cuando concluye la instrucción con la apertura del juicio oral. Y ello es así porque en dicho momento queda delimitado definitivamente el ámbito objetivo y subjetivo del proceso, es decir, los hechos objeto de enjuiciamiento y las personas concernidas. Y porque además desde la apertura del juicio oral, el proceso solo puede terminar por sentencia u otra resolución similar que ponga fin a la causa.

Como decíamos anteriormente, la *reforma legislativa* como causa de la pérdida de la condición de aforado no ha sido tratada por la jurisprudencia para la determinación de la competencia, por ser un supuesto históricamente novedoso. Pero, si por una simple renuncia personal se da lugar al desplazamiento competencial devolutivo, con mayor razón debe provocar ese efecto la promulgación de una nueva ley que elimine el aforamiento.

Uno de los principios generales al que se sujeta el cambio jurisdiccional que suponen los aforamientos es el del *“criterio restrictivo a la hora de aceptar la competencia por implicación de un aforado, especialmente cuando se trata de causa seguida también contra no aforados”* (Auto TS de 11 de mayo de 2010 y Sentencia TS 277/2015).

En el momento presente, considerar que corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Canarias el conocimiento del presente procedimiento derivado de la Exposición Razonada remitida por la Magistrada del Juzgado de Instrucción nº Dos de San Cristóbal de La Laguna





dimanante de las diligencias previas 1213/2017, supondría la vulneración del derecho constitucional al juez predeterminado por la ley (artículo 24.2 de la CE y el 73.3ª de la LOPJ) y la vulneración del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la CE.

En consecuencia la Sala 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 Dos de San Cristóbal de La Laguna en las diligencias previas 1213/2017.

EL FISCAL

